

NOU

Norges offentlige utredninger 2012:17

Om kjærlighet og kjøletårn

Strafferettslige spørsmål ved alvorlige smittsomme sykdommer



Norges offentlige utredninger 2012

Seriens redaksjon:
Departementenes servicesenter
Informasjonsforvaltning

1. Til barnas beste.
Kunnskapsdepartementet.
2. Utenfor og innenfor.
Utenriksdepartementet.
3. Fripoliser og kapitalkrav.
Finansdepartementet.
4. Trygg hjemme.
Justis- og beredskapsdepartementet.
5. Bedre beskyttelse av barns utvikling.
Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet.
6. Arbeidsrettede tiltak.
Arbeidsdepartementet.
7. Mer effektiv konkurranselov.
Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.
8. Ny utdanning for nye utfordringer.
Justis- og beredskapsdepartementet.
9. Energiutredningen – verdiskaping, forsyningssikkerhet og miljø.
Olje- og energidepartementet.
10. Gjennomføring av Rotterdamreglene i sjøloven.
Justis- og beredskapsdepartementet.
11. Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2012.
Arbeidsdepartementet.
12. Ventetid – et spørsmål om tillit.
Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.
13. Pensjonslovene og folketrygdreformen II.
Finansdepartementet.
14. Rapport fra 22. juli-kommisjonen.
Statsministeren.
15. Politikk for likestilling.
Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet.
16. Samfunnsøkonomiske analyser.
Finansdepartementet.
17. Om kjærlighet og kjøletårn.
Helse- og omsorgsdepartementet.

ISSN 0333-2306
ISBN 978-82-583-1155-0

07 Xpress AS

Til Helse- og omsorgsdepartementet

Lovutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 3. desember 2010 for å utrede ulike spørsmål knyttet til straffelov og smittsomme sykdommer.

I mandatet ble det med henvisning til smittevernlovens formål om å beskytte samfunnet mot overføring av smittsomme sykdommer, blant annet angitt at utvalget skulle samle og vurdere kunnskap om hvorvidt det er hensiktsmessig å bruke straffeloven for å rettsforfølge smittefarlig atferd, og i så fall hva slags atferd som bør kunne straffefølges. Utvalget skulle vurdere forholdet mellom straffeloven og smittevernloven, og eventuelt foreslå endringer i straffeloven og annen lovgivning. Utvalget skulle i arbeidet blant annet vurdere relevant medisinsk og samfunnsvitenskapelig kunnskapsgrunnlag for den strafferettslige reguleringen.

Bakgrunnen for oppnevningen er at det har vært reist kritikk mot gjeldende straffebud som rammer smitteoverføring og smittefare. Kritikken retter seg også mot tilsvarende vedtatte bestemmelser i den nye straffeloven av 2005. Disse bestemmelsene er ennå ikke trådt i kraft. Under behandlingen av disse bestemmelsene i Stortinget ga flertallet i justiskomiteen uttrykk for behov for en gjennomgang av rettsstilstanden på feltet og for mer kunnskap om relevante forhold, blant annet under henvisning til internasjonalt arbeid på feltet.

Utvalget legger med dette fram sin innstilling med utkast til endringer i straffelovens bestemmelser vedrørende overføring av smitte og fare for slik overføring. Lovutkastet omfatter også enkelte endringer i straffeprosessloven og bioteknologiloven. Utvalget peker dessuten på muligheter for forbedring i praktiseringen av smittevernloven.

Utredningen har enkelte dissenser og særmerknader i kapittel 11 der utvalget foretar sine vurderinger. Dette medfører også at utkastet til lovtekst er utarbeidet av utvalgets flertall. For øvrig er utredningen enstemmig.

Oslo, 19. oktober 2012

Aslak Syse
Leder

Trine Kjus Brumoen

Kim Fangen

Stig S. Frøland

Bjørn Hofmann

Inger-Lise Hognerud

Jannicke Keller-Fløystad

Bera Ulstein Moseng

Anne Skjelmerud

Øystein Søbstad

Karl Otto Thorheim

Bente Træen

Kirsten M. Been Dahl

Innhold

1	Sammendrag	9	4	Smittevernlovgivningen	56
1.1	Oversikt og konklusjoner	9	4.1	Innledning	56
1.2	Utredningens innledende kapitler	10	4.2	Historikk	56
1.3	Norsk smittevernlovgivning	12	4.3	Smittevernloven	57
1.4	Norsk strafferegulering – gjeldende rett og vedtatte nye bestemmelser	14	4.3.1	Innledning	57
1.5	Utenlandsk rett	17	4.3.2	Kapittel 1 Innledende bestemmelser (formål, virkeområde, definisjoner)	58
1.6	Internasjonale forpliktelser og tilrådninger	19	4.3.2.1	Formål – § 1-1	58
1.7	Medisinsk og samfunnsvitenskapelig kunnskapsgrunnlag	20	4.3.2.2	Virkeområde – § 1-2	58
1.8	Synspunkter og erfaringer blant berørte	22	4.3.2.3	Definisjoner – § 1-3	59
1.9	Utvalgets vurderinger og forslag	23	4.3.3	Kapittel 2 Informasjon til smittede personer, unntak fra taushetsplikt, meldinger og varsler	61
2	Utvalgets arbeid	30	4.3.3.1	Informasjon – § 2-1	61
2.1	Oppnevning og sammensetning av utvalget	30	4.3.3.2	Unntak fra taushetsplikt – utgangspunkter	61
2.2	Utvalgets mandat	30	4.3.3.3	Opplysningsrett etter § 2-2 andre ledd	61
2.3	Bakgrunn og avgrensning av utvalgets arbeid	31	4.3.3.4	Opplysningsplikt etter § 2-2 tredje ledd	63
2.4	Møter og arbeidsform i utvalget ..	32	4.3.3.5	Opplysningsplikt for smittede personer?	64
3	Hensyn som taler for og mot strafferegulering av det å overføre smitte og utsette andre for smittefare	35	4.3.3.6	Spørsmål om opplysningsrett eller -plikt ved helsehjelp	64
3.1	Innledning – generelle utgangspunkter	35	4.3.3.7	EMD-sak om avveining mellom taushetsplikt og opplysningsrett/-plikt	65
3.2	Prinsipper for kriminalisering – straffeloven 2005	36	4.3.3.8	Andre regler i tilknytning til § 2-2 .	66
3.2.1	Straffelovkommisjonen	36	4.3.3.9	Meldeplikt etter § 2-3	66
3.2.2	Sanksjonsutvalget	40	4.3.4	Kapittel 3 Undersøkelser og vaksinasjoner	68
3.2.3	Regjeringens forslag til ny straffelov	40	4.3.5	Kapittel 4 Andre smitteverntiltak .	70
3.2.4	Stortingets lovbehandling	43	4.3.6	Kapittel 5 Plikter for smittede personer – tvangstiltak	71
3.3	Utgangspunkter når det gjelder hensyn ved strafferegulering av smitteoverføring, smittefare og smittespredning	44	4.3.7	Kapittel 6 Rett til smittevernhjelp m.m.	75
3.4	Folkehelseargumentet	45	4.3.8	Kapittel 7 Administrative organer og deres myndighet	78
3.5	Eget straffebud eller alminnelige straffebestemmelser	47	4.3.9	Kapittel 8 Straff, erstatning, klage, ikrafttredelse og overgangsbestemmelser	80
3.6	Om eventuell strafferegulering bare bør ramme smitteoverføring eller også smittefare	48	4.3.9.1	Straff – § 8-1	80
3.7	Smittedes frihet og ansvar	48	4.3.9.2	Andre bestemmelser i kapittel 8 ...	81
3.8	Ikke-smittedes frihet og ansvar	51	5	Strafferettslig regulering – historikk, gjeldende rett, rettspraksis og vedtatte bestemmelser i ny straffelov	82
3.9	Alminnelig rettsfølelse	53	5.1	Historikk	82
3.10	Andre hensyn og argumenter	54	5.2	Straffeloven 1902	82
			5.2.1	Innledning	82

5.2.2	Straffeloven 1902 § 155	83	6.10	Bioteknologiloven	138
5.2.2.1	Den opprinnelige bestemmelsen ..	83	6.11	Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	141
5.2.2.2	Endringer i § 155 i forbindelse med smittevernloven	83	6.12	Diskrimineringsombudsloven	143
5.2.2.3	Straffskjerpelse i 2003	84	6.13	Menneskerettsloven	143
5.2.2.4	Straffebudet i § 155 slik det lyder nå	84	6.14	Lov om alternativ behandling av sykdom mv.	144
5.2.2.5	Allmennfarlig smittsom sykdom og smittemåter	84	6.15	Tvisteloven	145
5.2.2.6	Smitteoverføring og fare for smitteoverføring	86	6.16	Ekteskapsloven	146
5.2.2.7	Skyldkrav	87	6.17	Helseberedskapsloven	146
5.2.2.8	Andre betingelser for straffbarhet ..	89	6.18	Utlendingsloven	147
5.2.2.9	Fullbyrdet overtredelse og forsøk ..	90	6.19	Adopsjonsloven	150
5.2.2.10	Medvirkning	91	7	Utenlandsk rett	151
5.2.2.11	Samtykke og påtalerregel	92	7.1	Innledning	151
5.2.2.12	Geografisk virkeområde	92	7.2	Danmark	151
5.2.2.13	Konkurrens med andre straffebud ..	92	7.3	Sverige	154
5.2.2.14	Strafferamme, straffarter m.m.	93	7.4	Nederland	159
5.2.2.15	Rettspraksis etter § 155 – kort oversikt	94	7.5	Storbritannia	161
5.2.2.16	Straffutmåling i rettspraksis	95	7.6	Sveits	163
5.2.2.17	Nærmere om rettspraksis – kort omtale av enkeltsaker	97	7.7	Finland	165
5.2.3	Straffeloven 1902 § 154	112	7.8	Island	166
5.2.4	Straffeloven 1902 § 154a	114	7.9	Frankrike	167
5.2.5	Straffeloven 1902 § 156	115	7.10	Tyskland	167
5.2.6	Straffeloven 1902 § 357	116	7.11	Oppsummering	168
5.2.7	Straffeloven 1902 § 152a	117	8	Internasjonale forpliktelser og tilrådninger	171
5.3	Straffeloven 2005 §§ 237 og 238 ..	117	8.1	Innledning	171
5.3.1	Innledning	117	8.2	Menneskerettigheter	171
5.3.2	Straffelovkommisjonens forslag ...	118	8.2.1	Innledning	171
5.3.3	Lovproposisjonen	118	8.2.2	Særlig relevante menneskerettigheter på utvalgets område ...	173
5.3.4	Behandlingen i Stortinget	119	8.2.3	Straffelovgivning om smitteoverføring og smittefare	174
5.3.5	De vedtatte bestemmelsene i straffeloven 2005 §§ 237 og 238	120	8.2.4	Forbudet mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling	175
5.3.6	Nærmere om § 237 – Smitteoverføring	120	8.2.5	Retten til personlig frihet og sikkerhet	175
5.3.7	Særskilt om samtykke – § 237 andre ledd	122	8.2.6	Retten til beskyttelse av privatlivet ..	177
5.3.8	Nærmere om § 238 – Grov smitteoverføring	124	8.2.7	Forbudet mot diskriminering	178
5.4	Andre relevante bestemmelser i straffeloven 2005	125	8.2.8	Retten til helse	178
6	Andre relevante lover	126	8.3	De forente nasjoner (FN)	181
6.1	Straffeprosessloven	126	8.3.1	Innledning	181
6.2	Skadeserstatningsloven	127	8.3.2	Tusenårsåmålene	181
6.3	Helsepersonelloven	129	8.3.3	FNs spesialsesjon om hiv/aids og politiske erklæringer fra FN's generalforsamling	181
6.4	Pasient- og brukerrettighetsloven ..	130	8.3.4	WHO	182
6.5	Folketrygdloven	131	8.3.5	UNAIDS	183
6.6	Helse- og omsorgstjenesteloven ..	132	8.3.6	FNs høykommissær for menneskerettigheter	185
6.7	Folkehelseloven	132	8.3.7	UNDP og The Global Commission on HIV and the Law	187
6.8	Pasientskadeloven	134			
6.9	Matloven	136			

8.3.8	Menneskerettsrådet og spesialrapportøren for helse	188	9.3.7	Undersøkelse om befolkningens kunnskap om og holdninger til hiv	218
8.3.9	UNODC og smittevern i fengsler ..	189	9.4	Smittevernarbeid	218
8.4	Europarådet	191	9.4.1	Innledning	218
8.4.1	Innledning	191	9.4.2	Seksualundervisning og annen primærforebygging	219
8.4.2	Europarådets ministerkomité	191	9.4.3	Smittevernarbeid i helsetjenesten	220
8.4.3	Europarådets parlamentarikerforsamling	192	9.4.4	Annet smittevernarbeid i kommunene	222
8.4.4	Den europeiske komiteen for sosiale rettigheter (ECSR)	192			
8.5	EU	193	10	Synspunkter og erfaringer blant berørte	227
8.5.1	Innledning	193	10.1	Innledning	227
8.5.2	Charter of Fundamental Rights of the European Union	194	10.2	Uttalelser og ytringer fra organisasjoner og interessegrupper m.m.	227
8.5.3	Kommisjonen	194	10.3	Internasjonalt engasjement	231
8.5.4	Rådet for Den europeiske union (Rådet)	195	10.4	Undersøkelser om hivpositive levekår mv.	233
8.5.5	Europaparlamentet	195	10.5	Utvalgets høring	234
8.5.6	European Union Agency for Fundamental Rights (FRA)	195	10.6	Synspunkter fra et utvalgsmedlem	240
8.5.7	The European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC) ..	196	10.7	Utvalgets innblikk i og vektlegging av synspunkter og erfaringer blant berørte	243
8.5.8	Erklæringer fra konferanser i Dublin, Vilnius og Bremen	196			
8.6	Oppsummering	197	11	Utvalgets vurderinger	245
9	Medisinsk og samfunnsvitenskapelig kunnskapsgrunnlag ..	199	11.1	Innledning	245
9.1	Innledning	199	11.2	Straffeloven	245
9.2	Medisinsk kunnskap og opplysninger om sykdomsforekomst	199	11.2.1	Innledning og noen utgangspunkter	245
9.3	Samfunnsvitenskapelig kunnskap	206	11.2.1.1	Innledning	245
9.3.1	Innledning	206	11.2.1.2	Hovedspørsmålet om straff eller straffrihet	246
9.3.2	Kunnskapsgrunnlag om betydningen av straffetrussel vedrørende smitteoverføring og smittefare	207	11.2.1.3	Særskilte straffebestemmelser eller bruk av generelle straffebud	248
9.3.3	Seksualvaneundersøkelser	209	11.2.1.4	Separat regulering av henholdsvis smitteoverføring mellom mennesker og smittespredning gjennom luft, vann, mat mv.	252
9.3.3.1	Innledning	209	11.2.2	Smitteoverføring mellom personer	252
9.3.3.2	Samleiedebuten	210	11.2.2.1	Innledning	252
9.3.3.3	Antall seksualpartnere m.m.	210	11.2.2.2	Smittemåter	253
9.3.3.4	Parallele seksuelle forhold	211	11.2.2.3	Hvilke sykdommer som bør omfattes	253
9.3.3.5	Sexkjøp	211	11.2.2.4	Bør straffetrusselen også omfatte smittefare?	254
9.3.3.6	Prevensjonsbruk	211	11.2.2.5	Enkelte særlige situasjoner	257
9.3.3.7	Risikovurdering ved sex	212	11.2.2.6	Skyldkrav	258
9.3.3.8	Homoseksuell atferd og seksuell orientering	212	11.2.2.7	Smitteverntiltak og andre faktorer som påvirker smitterisikoen	259
9.3.4	Risikogrupper hva gjelder hiv	213	11.2.2.8	Samtykke	261
9.3.5	Seksualvaner og smittebeskyttelse – betraktninger og teorier	213	11.2.2.9	Strafferammer og straffutmåling ..	262
9.3.6	Utvalgets hypoteser om betydningen av kulturkrets m.m. ..	216	11.2.3	Smittespredning gjennom luft, vann, mat mv.	263
9.3.6.1	Betydningen av strafferegulering i nordisk kontekst	216			
9.3.6.2	Menn som har sex med menn	216			

11.2.4	Andre endringer i straffeloven 2005	265	12	Økonomiske og administrative konsekvenser	288
11.3	Smittevernloven	266	13	Merknader til de enkelte bestemmelser i utvalgets lovutkast	291
11.3.1	Innledning	266	13.1	Merknader til utkastet til endringer i straffeloven 2005	291
11.3.2	Forholdet mellom smittevern- loven og straffeloven	267	13.2	Merknader til utkastet til endringer i straffeprosessloven	306
11.3.3	Smittevernhjelp og annen forebygging	268	13.3	Merknader til utkastet til endringer i bioteknologiloven	307
11.3.4	Forsterket smittevernveiledning når mottatt veiledning ikke følges	270	14	Utvalgets lovutkast	308
11.3.5	Taushetsplikt og opplysningsrett og -plikt	272	14.1	Utkast til endringer i straffeloven 2005	308
11.3.5.1	Innledning	272	14.2	Utkast til endringer i straffeprosessloven	309
11.3.5.2	Opplysninger om smittestatus i forbindelse med helsehjelp	272	14.3	Utkast til endringer i bioteknologiloven	309
11.3.5.3	Opplysninger om smittede barnehagebarn	273	Vedlegg		
11.3.6	Tilgang til rent injeksjonsutstyr for innsatte i fengsler	274	1	HIV/AIDS – Medisinske aspekter	310
11.3.7	Smittevernhjelp til asylsøkere og personer fra høyendemiske områder med opphold i Norge	276	2	Forskrift 1. januar 1995 nr. 100 om allmennfarlige smittsomme sykdommer	331
11.4	Straffeprosessloven – undersøkelse av mistenktes smittestatus	280	3	Engelsk sammendrag – English summary	333
11.5	Bioteknologiloven – assistert befruktning	284			

Kapittel 1

Sammendrag

1.1 Oversikt og konklusjoner

Utredningen består i hovedsak av tre deler.

Den innledende delen, kapitlene 1 til 3, inneholder sammendrag av utredningen, redegjørelse for utvalgets arbeid og en presentasjon av relevante hensyn og argumenter som gjør seg gjeldende i spørsmålet om overføring av – eventuelt også fare for overføring av – alvorlige smittsomme sykdommer skal være straffebelagt eller ikke.

Den neste delen er bakgrunnskapitlene 4 til 10, hvor det redegjøres for gjeldende norsk og utenlandsk rett og rettspraksis, internasjonale forpliktelser og tilrådninger, medisinsk og samfunnsvitenskapelig kunnskap samt berørtes erfaringer og synspunkter på feltet.

Utredningens tredje del består av utvalgets egne vurderinger og forslag. Vurderingene fremgår i kapittel 11, og lovutkastet i kapittel 14. Merknader til lovutkastet er inntatt i kapittel 13, mens økonomiske og administrative konsekvenser er omtalt i kapittel 12.

Utredningen inneholder tre vedlegg. Som vedlegg 1 følger notatet *HIV/AIDS – Medisinske aspekter* utarbeidet av professor emeritus dr. med. Stig Frøland. Frøland har også vært medlem av utvalget. Vedlegg 2 er forskrift 1. januar 1995 nr. 100 om allmennfarlige smittsomme sykdommer fastsatt i medhold av smittevernloven. Som vedlegg 3 er inntatt et engelsk sammendrag av utredningen.

Sammendraget i dette kapitlet er, fordi utvalgets vurderinger er etterspurt internasjonalt og bare sammendraget oversettes til engelsk, blitt så omfattende at utvalgets konklusjoner presenteres innledningsvis.

Utvalget har valgt å skille mellom *smitteoverføring*, det vil si situasjoner der smitte overføres direkte, som ved seksuell omgang, eller indirekte mellom mennesker, for eksempel via gjenstander, og *smittespredning*, det vil si tilfeller der sykdom framkalles ved spredning av smitte gjennom luft, vann, mat mv., for eksempel i forbindelse med næringsmiddelindustri eller legionellasmitte som

spres fra kjøletårn eller andre tekniske innretninger. Begrepene brukes imidlertid delvis også som samlebegrep for alle smittemåter.

Utvalgets lovutkast tar utgangspunkt i straffeloven av 2005. Et enstemmig utvalg foreslår en bestemmelse i straffeloven 2005 § 238 om *Allmennfarlig smittespredning* som rammer den «som sprer smittestoffer eller smittestoffprodukter, gjennom luft, vann, næringsmidler eller andre gjenstander bestemt for alminnelig bruk eller salg, og derved volder allmenn fare for liv eller helse». Både forsettlige og uaktsomme handlinger som får slike følger, rammes, men med ulik strafferamme.

Om slik smittespredning skjer med terrorhensikt, foreslås at dette rammes av straffeloven 2005 § 131 (terrorparagrafen).

På tilsvarende måte foreslår utvalget at det gjøres straffbart å unnlate gjennom anmeldelse eller på annen måte å søke å avverge en straffbar smittespredning eller følgene av den, «på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen er eller vil bli begått», se foreslått tilføyelse i straffeloven 2005 § 196.

I straffeloven 2005 § 241 foreslås inntatt også et forbud mot forbund om allmennfarlig smittespredning, i tillegg til forbud mot forbund om allmennfarlig forgiftning og alvorlig miljøkriminalitet.

Utvalget er delt i synet på om smitteoverføring (direkte og indirekte) mellom personer skal rammes av et særlig straffebud slik tilfellet er i dag (straffeloven 1902 § 155). Ett medlem foreslår opphevelse av dette straffebudet og at det ikke gis en ny bestemmelse i straffeloven 2005, og at den vedtatte bestemmelsen der heller ikke trer i kraft.

De 11 øvrige medlemmene finner at det er klart mest hensiktsmessig med et eget straffebud rettet mot overføring av alvorlige smittsomme sykdommer mellom personer, herunder ved samleie. Dette er foreslått i utkastet til straffeloven 2005 § 237 om *Smitteoverføring*. En egen slik bestemmelse gjør det mulig i lovteksten å innføre

straffrihet ved forsvarlig opptreden i et smittevernperspektiv, samt å tydeliggjøre og regelfeste når et samtykke vil være straffritakende. Straffetrusselen foreslås rettet mot det å overføre en smittsom sykdom som medfører betydelig skade på kropp eller helse, og mot klanderverdig atferd som medfører slik smittefare.

Av disse 11 medlemmene ønsker et mindretall på to at straff bare skal kunne komme til anvendelse når smitte er overført. De øvrige ni medlemmene mener også det å utsette andre personer for smittefare bør være straffbelagt når det er tale om klanderverdig opptreden («gjentatte ganger eller ved hensynsløs atferd») ut fra et smittevernperspektiv. Også bevisførselshensyn tilsier dette.

Straffetrusselen for smitteoverføring mellom mennesker foreslås bare rettet mot forsettlig og grovt uaktsomme handlinger, i motsetning til straffeloven 1902 § 155 og straffeloven 2005 § 237 som også rammer simpel uaktsomhet. Det framgår av lovutkastet at straff ikke kommer til anvendelse når forsvarlige smitteverntiltak (for eksempel bruk av kondom ved samleie) er iaktatt. Straff kommer heller ikke til anvendelse ved smitte som overføres ved seksuell omgang, når den som er blitt smittet eller utsatt for smittefare, på forhånd har samtykket i nærvær av helsepersonell i forbindelse med smittevernveiledning.

I de spesielle merknadene til lovutkastet er det pekt på at påtalemyndigheten bør utvise tilbakeholdenhet ved smitte som skjer fra mor til barn, ved bruk av felles injeksjonsutstyr blant rusmiddelbrukere, ved sexarbeid og mellom to smitteførende personer, særlig der begge er kjent med egen og partners smitestatus.

Forslaget innebærer en viss av- og nedkriminalisering i forhold til dagens § 155, og en tydeliggjøring av når straff ikke kommer til anvendelse. Det foreslås at straffenivået senkes noe. Dagens strafferamme (seks års fengsel) opprettholdes bare for grov smitteoverføring som i hovedsak vil foreligge når overføring av smitte har ført til tap av liv, smitten er overført til to eller flere personer, eller ved «atferd som er særlig hensynsløs».

Det vises til punkt 1.9 og kapittel 11 for de nærmere vurderinger og avgrensninger.

Utvalget understreker at det – uavhengig av om man har særskilt regulering av smitteoverføring eller om eventuell straffeforfølgning skjer etter andre straffebed – er en forutsetning at straffeforfølgningen ivaretar de krav som følger av menneskerettighetene og andre prinsipper for rettssikkerhet.

Utvalget foreslår ingen endringer i smittevernloven, men peker på områder hvor økt innsats kan

være av betydning for at utsatte grupper skal sikres et bedre tilgjengelig smittevern. Det dreier seg om retten til smittevernhelp (punkt 11.3.3), forsterket smittevernveiledning når mottatt veiledning ikke følges (punkt 11.3.4), tilgang til rent injeksjonsutstyr for innsatte i fengsler (punkt 11.3.6) og bedret smittevernhelp til asylsøkere, flyktninger og andre innvandrere (punkt 11.3.7). I punkt 11.3.5 drøftes ulike spørsmål knyttet til helsepersonells taushetsplikt og opplysningsrett og -plikt. Utvalget foreslår at helsemyndighetene utarbeider en veileder eller lignende om de nevnte temaene for å bidra til god og ensartet praktisering av smittevernloven.

I utvalgets mandat ligger også å vurdere lovgivningen på tilgrensende felter, og utvalget har samlet seg om to forslag, i henholdsvis straffeprosessloven (lov 22. mai 1981 nr. 25) og bioteknologiloven (lov 5. desember 2003 nr. 100).

Utvalget foreslår en ny bestemmelse i straffeprosessloven, ny § 157a, som fører til at det ved seksuallovbrudd skal kunne tas blodprøve av den «som med skjellig grunn mistenkes» for slike handlinger når dette ikke fremstår som et uforholdsmessig inngrep. Påtalemyndigheten kan bestemme at slik blodprøve skal tas, uavhengig av siktedes samtykke. Resultatet av de innhentede prøvene skal meddeles fornærmede. Dette vil styrke offerets stilling i overgrepssaker idet fornærmede raskere kan få en avklaring om det foreligger konkret fare for smitteoverføring i tilknytning til overgrepet. Se nærmere punkt 11.4.

I bioteknologiloven foreslås å innføre en ny bestemmelse i § 2-3 nytt andre ledd som åpner for assistert befruktning også «når mannen eller kvinnen er smitteførende med en alvorlig og kronisk seksuelt overførbar infeksjon». Bestemmelsen kan medføre at befruktning kan skje på en måte som utelukker eller reduserer smittefare for partneren. De øvrige vilkårene i bioteknologiloven for når assistert befruktning skal kunne skje, gjelder også i slike situasjoner. Se punkt 11.5.

1.2 Utredningens innledende kapitler

Kapittel 1 inneholder sammendrag av utredningen.

Kapittel 2 presenterer utvalgets sammensetning, mandat og arbeidsform samt bakgrunnen for oppnevningen av utvalget.

Blant annet i forbindelse med lovarbeid har det fremkommet kritikk mot straffeloven 1902 § 155 som rammer det å overføre allmennfarlige smittsomme sykdommer og å utsette andre for

slik smittefare, og tilsvarende straffebud i straffeloven 2005 §§ 237 og 238, som ennå ikke er trådt i kraft. I samband med vedtakelsen av de nye straffebudene ga justiskomiteens flertall uttrykk for at det var behov for mer kunnskap på feltet og en gjennomgang av norsk lovgivning, blant annet i lys av det internasjonale arbeidet på feltet.

Under omtalen av utvalgets arbeidsform, nevnes blant annet hvilke personer som har holdt foredrag for utvalget, og utvalgets studiebesøk i andre land.

Utvalgets arbeid har i stor utstrekning vært knyttet til smitteoverføring og smittefare ved seksuell omgang. Dette har blant annet sammenheng med at rettspraksis på området gjennomgående gjelder denne smittemåten. Det er i utvalgets mandat særskilt vist til problemstillinger vedrørende hiv, som i Norge per i dag i hovedsak overføres seksuelt. Videre er relevant internasjonalt arbeid knyttet til hiv. Utvalget har imidlertid sett hen til at blant annet hiv kan overføres på andre måter, for eksempel ved sprøytedeling, og at spørsmålet om strafferegulering er aktuelt også ved andre alvorlige smittsomme sykdommer. Utvalget har dessuten vurdert strafferettslige spørsmål ved smittespredning via luft, vann og næringsmidler mv., i tillegg til smitteoverføring direkte eller indirekte fra person til person. Bestemmelsene i straffeloven 2005 §§ 237 og 238 omfatter alle former for smitteoverføring.

I *kapittel 3* redegjør utvalget for hensyn og argumenter som kan tale for og mot strafferegulering av smitteoverføring og det å utsette andre for smittefare, men uten i det kapitlet å drøfte vekten av de ulike hensynene og argumentene.

Innledningsvis vises til det viktige prinsipielle utgangspunktet at individene har en alminnelig handlefrihet som det kreves en særlig begrunnelse for å gjøre inngrep i. I ethvert samfunn vil det likevel måtte oppstilles en rekke begrensninger i handlefriheten for å ivareta forskjellige hensyn og interesser.

I tillegg til den uformelle sosiale kontrollen mennesker i mellom, iverksetter det offentlige tiltak for å styre borgernes atferd med ulike virkemidler. Tiltakene kan være begrunnet i vedkommendes egen interesse eller i samfunnsinteresser, for eksempel hensynet til andre borgeres sikkerhet. Både legalitetsprinsippet og menneskerettighetskonvensjoner som Norge er forpliktet til å følge, tilsier at en ikke kan gripe inn i borgernes private livsområder, eller i deres grunnleggende friheter, uten at det finnes hjemmel for dette. Straff er det sterkeste middelet staten bruker for å styre borgernes atferd.

Hvilke typer tiltak som er tjenlige for å få borgerne til å holde seg innenfor normene, og eventuelle sanksjoner ved brudd på normene, vil variere fra felt til felt. Det er ikke gitt at alle handlingstyper som det er nødvendig å underlegge en viss rettslig regulering, behøver – eller bør – straffesanksjoneres. I vurderingen av hva som bør være straffbelagt, er det blant annet naturlig å ta hensyn til hvilke andre virkemidler som står til rådighet ved den aktuelle typen handlinger.

Videre understrekes synspunktene om hvilke prinsipper som bør legges til grunn for kriminalisering; disse prinsippene ble tydeliggjort i forarbeidene til den nye alminnelige straffeloven som ble vedtatt av Stortinget i 2005. Skadefølgeprinsippet ble der lagt til grunn som et utgangspunkt og grunnvilkår for kriminalisering, det vil si at atferd bare bør gjøres straffbar dersom den fører til skade eller fare for skade på interesser som bør vernes av samfunnet. Det er referert fra forarbeidene hvor dette utgangspunktet er utdypet og nyansert.

Ulike hensyn kan tale for enten å ha eller ikke ha strafferegulering om overføring og fare for overføring av alvorlige smittsomme sykdommer, og kan ha betydning for hvordan (eventuelle) straffebestemmelser bør utformes med hensyn til de objektive og subjektive vilkår for straff. Noen overordnede hensyn brukes i den aktuelle debatten som argument både for og mot strafferegulering, men da fra ulikt hold og ut fra ulike forutsetninger.

Utvalget har i liten grad funnet vitenskapelig dokumentasjon for virkningen av strafferegulering av smitteoverføring og -fare og dermed holdbarheten av noen av de hensynene og argumentene som nevnes. Det er vanskelig å finne gode forskningsmetoder for å besvare slike spørsmål. Dette gjelder ikke bare på det aktuelle området, men generelt om lovers tilsiktede og utilsiktede virkninger. Få eller ingen studier har på en fullgod måte dokumentert direkte sammenhenger mellom strafferegulering og smittedes atferd og opplevelse av diskriminering/stigmatisering, eller sammenhenger mellom strafferegulering og ikke-smittedes (eventuelt udiagnostisertes) valg av beskyttelsesstrategier og villighet til test. Dette betyr at det er vanskelig å gi en grundig vurdering av holdbarheten til argumentene, herunder om straffebud av denne karakter har en tilsiktet allmennpreventiv og/eller individualpreventiv virkning.

En viktig begrunnelse for de eksisterende straffebestemmelsene vedrørende smitteoverføring og smittefare, er ønsket om å verne folke-

helsen. Smittsomme sykdommer er ikke bare en fare, skade eller plage for den enkelte som smittes, men kan være en trussel mot folkehelsen. Flere samfunnsinteresser tilsier at det er viktig å unngå spredning av smittsomme sykdommer, og da særlig sykdommer som kan være livstruende, uhelbredelige og plagsomme eller langvarige og alvorlige. Imidlertid hevdes det fra noe hold at strafferegulering av smitteoverføring og smittefare ikke verner folkehelsen, men har en motsatt effekt ved at personer som kan være smittet, unnlater å la seg teste for å unngå straffefølgning.

Utvalget trekker også fram hensyn og argumenter knyttet til smittede personers frihet og ansvar. Det er usikkert hvordan en straffetrussel påvirker smittede, både med hensyn til smittefarlig atferd og andre livsforhold. De fleste smittede ønsker trolig uansett å unngå å smitte andre, men idealet om å unngå smittefarlig atferd etterleves ikke alltid, for eksempel på grunn av livskriser eller rusproblemer, noe som best kan avhjelpes med psykososial støtte eller behandling.

Seksuell omgang, også ubeskyttet sådan, mellom samtykkende voksne mennesker, er alminnelige handlinger som vanligvis utføres for å tilfredsstille grunnleggende behov. I spørsmålet om (eventuell) strafferegulering, bør det derfor vurderes om alt ansvar skal legges på den smittede parten eller i hvilken grad det kan sies å være et felles ansvar for begge parter å unngå smitteoverføring.

Mange kan finne det vanskelig å være åpne om smittestatus eller ta opp spørsmål om kondombruk, og dette kan forsterkes av en straffetrussel. I nære relasjoner, og spesielt når følelser og ønske om å danne parforhold er involvert, foretar mennesker ikke alltid det som fremstår som rasjonelle, veloverveide beslutninger, sett fra et helseperspektiv. Det viktige spørsmålet er imidlertid om dette fritar for ansvar for handlingene.

Videre peker utvalget på ikke-smittedes frihet og ansvar. De fleste vil i egeninteresse søke å unngå smitte, men mange opptrer også slik at det i visse situasjoner oppstår en større eller mindre risiko for smitteoverføring, for eksempel ved seksuell kontakt. Det kan diskuteres hvilke konsekvenser atferden til den personen som blir smittet eller utsatt for smittefare, bør ha i et strafferettslig perspektiv. Når det gjelder sykdommer som smitter ved seksuell omgang, vil man kunne hevde at det er opp til den enkelte å beskytte seg selv.

En mulig konsekvens av straffeansvar for den smittede kan være at ikke-smittede – og de som tror de ikke er smittet – føler mindre ansvar for selv å beskytte seg, og kanskje tar for gitt at smit-

tede vil informere om smittefaren før eventuelt smittefarlig samkvem, eller eventuelt sørge for smittebeskyttelse. Dette vil kunne motvirke et av målene med straffereguleringen, det vil si å forebygge smitteoverføring. Men dette gjelder kun under forutsetning av at den smittede part ikke sørger for beskyttelse ut fra sitt kjennskap til den konkrete smittefaren. Samtidig er det ikke alle smittede som er kjent med sin smittestatus, slik at det er viktig at alle tar forholdsregler. Utvalget har ikke funnet dokumentasjon for at ikke-smittedes atferd påvirkes av slike antagelser.

Smittespredning gjennom luft, vann og mat har den enkelte liten mulighet for å beskytte seg mot, med mindre smittestoffene lar seg oppdage ved for eksempel matvarens lukt eller utseende. Produsenter og leverandører vil i mange tilfeller måtte anses å være ansvarlig for smittespredningen.

Videre trekkes fram hensynet til den alminnelige rettsfølelsen, det vil si hva folk flest mener er riktig eller rimelig når det gjelder hva som er straffbart, under hvilke omstendigheter straff bør kunne anvendes, og eventuelt hvor straffenivået bør ligge. Den alminnelige rettsfølelsen springer i stor grad ut fra felles normer i samfunnet.

Det pekes dessuten på enkelte andre relevante hensyn eller argumenter, blant annet straffens funksjon som gjengjeldelse eller opprettelse, spørsmålet om kompensasjon i form av økonomisk erstatning, bevismessige hensyn, proporsjonalitet i straffutmålingen, ulike forhold som kan utløse anmeldelse og spørsmålet om overføring av rettsregler til andre land.

Det pekes også på hensyn og argumenter særskilt knyttet til spørsmålene om eventuell strafferegulering bare bør gjelde smitteoverføring eller også smittefare, og om det bør være egne straffebud på dette området eller om man bør anvende generelle straffebud om påføring av kroppsskade.

1.3 Norsk smittevernlovgivning

I *kapittel 4* redegjøres for norsk smittevernlovgivning. Smittevernloven, som trådte i kraft i 1995, avløste en rekke eldre lover.

Loven har innledende bestemmelser om formål, virkeområde og definisjoner. Loven definerer blant annet begrepet allmennfarlig smittsom sykdom, som er gitt en særstilling i en rekke av lovens bestemmelser. I forskrift til loven er det inntatt en liste over hva som regnes som allmennfarlige smittsomme sykdommer. Smittevernloven gjelder for alle som oppholder seg i Norge.

Loven har bestemmelser om hvilke offentlige organer som har ansvar og myndighet i smittevernarbeidet. Kommunene og kommunelegene har viktige funksjoner. I tillegg er en rekke statlige instanser involvert, herunder de regionale helseforetakene, fylkesmannen, Statens helsetilsyn, Helsedirektoratet og Nasjonalt folkehelseinstitutt.

En viktig del av smittevernarbeidet er forebyggende tiltak, herunder opplysning og tjenester til befolkningen. Nasjonalt folkehelseinstitutt er statens smitteverninstitutt og skal gi råd, veiledning og informasjon til kommunale, fylkeskommunale og statlige institusjoner, helsepersonell og befolkningen om smittsomme sykdommer, smittevern og valg av smitteverntiltak. Nasjonalt folkehelseinstitutt skal overvåke den epidemiologiske situasjonen, drive forskning på smittevernområdet og sikre nødvendig vaksineforsyning og vaksineberedskap.

Loven hjemler en rekke smitteverntiltak som forhåndsundersøkelse av arbeidssøkere eller pasienter, forbud mot utførelse av arbeid, pålegg om vaksiner, møteforbud, stenging av ulike typer virksomhet, smittesaning, karantenetiltak m.m. Det er angitt nærmere vilkår for de ulike tiltakene, og noen er forbeholdt allmennfarlige smittsomme sykdommer eller eventuelt bare alvorlig utbrudd av slike sykdommer. Slike tiltak er bare anvendt i begrenset utstrekning, og det skyldes en gunstig folkehelsesituasjon med hensyn til smittsomme sykdommer. En stor del av inngrepshjemlene i en allmenn smittevernlov vil ha karakter av å stå i beredskap inntil en alvorlig epidemi eventuelt aktualiserer bruken av inngripende hjemler. Den som har grunn til å tro at han eller hun er smittet med en allmennfarlig smittsom sykdom, har plikt til å oppsøke lege og la seg undersøke og motta smittevernveiledning samt medvirke til smitteoppsporing.

Leger skal være særlig oppmerksomme på muligheten for at en pasient har en allmennfarlig smittsom sykdom, og skal ved mistanke om slik sykdom, etter samtykke fra pasienten, sette i verk de undersøkelser som er nødvendige for å bringe på det rene om det foreligger en slik sykdom. I så fall skal legen straks og i samråd med den smittede gjøre sitt for å motvirke at sykdommen blir overført til andre. Legen har på visse vilkår plikt til å foreta smitteoppsporing dersom dette er gjennomførbart og hensynet til smittevernet krever det.

Taushetsplikt for helsepersonell er et viktig utgangspunkt for kontakten mellom pasienter og helsevesenet. Smittevernloven har ut fra smitte-

vern hensyn bestemmelser om enkelte særskilte unntak fra taushetsplikt, herunder opplysningsrett og opplysningsplikt, meldinger og varsler. Blant annet hjemler loven på visse vilkår at lege gir opplysninger til personer som står i fare for å bli smittet med en allmennfarlig smittsom sykdom. Dersom faren for smitteoverføring er overhengende og innlysende, har legen opplysningsplikt. Smittede personer har ikke selv lovfestet plikt til å gi opplysninger om smittefare til seksualpartnere eller andre som utsettes for smittefare.

Enhver har rett til nødvendig smittevernhjelp. Alle som er smittet eller står i fare for å bli smittet med en allmennfarlig smittsom sykdom, har rett til nærmere angitt smittevernhjelp. En rekke helsetjenester som regnes som smittevernhjelp, ytes uten at pasienten må betale egenandel. Begrepet smittevernhjelp skal tolkes vidt og kan også omfatte psykososial støtte og ulike tjenester rettet mot underliggende problemer som fører til at smittede har en atferd som medfører smittefare for andre, for eksempel hjelp mot rusmiddelbruk og sosiale problemer. Tilsvarende gjelder personer som har behov for bistand for å unngå å bli smittet.

I helt særskilte tilfeller kan smittede, eller personer som antas smittet, med allmennfarlig smittsom sykdom, på nærmere vilkår undergis undersøkelse eller isolering mot sin vilje. Det er i lovens forarbeider understreket at tvang bare skal brukes som siste utvei når frivillige tiltak ikke har ført frem og det er nødvendig for å motvirke overføring av en slik sykdom til andre. Alternative tiltak må være forsøkt med mindre sykdommen er så smittsom eller farlig at en ikke kan ta risikoen på at de alternative tiltakene skal slå feil. Tvang vil i første rekke være aktuelt når det gjelder sykdommer som den enkelte borger selv ikke kan verge seg mot. Loven inneholder tidsbegrensning for isolasjon og bestemmelser om saksbehandlingen m.m. for å sikre pasientens rettssikkerhet og at inngrepet ikke blir mer belastende enn nødvendig. Tvangshjemlene benyttes svært sjelden. Det har bare vært et titalls saker siden smittevernloven trådte i kraft i 1995, og nesten utelukkende ved tuberkulose.

Smittevernloven har ikke egne straffebestemmelser, men viser til at overtredelse av loven eller forskrift i medhold av loven, straffes etter bestemmelsene i straffeloven 1902 §§ 156 eller 357. Dette er vedtatt endret, slik at smittevernloven ved ikrafttreddelsen av straffeloven 2005 får en egen straffebestemmelse som rammer brudd på loven eller vedtak (forskrift eller enkeltvedtak) i medhold av loven. Det er etter både den gjeldende og

den nye bestemmelsen gjort uttrykkelig unntak for overtredelse av de pliktene smittevernloven oppstiller for smittede personer. Smittevernloven har heller ikke straffebestemmelser rettet mot det å overføre smitte eller utsette andre for smittefare. Dette har i norsk rett vært regulert ved særlige bestemmelser i straffeloven.

1.4 Norsk strafferegulering – gjeldende rett og vedtatte nye bestemmelser

I *kapittel 5* redegjøres for gjeldende norsk strafferegulering og rettspraksis.

Straffeloven 1902 § 155 setter straff for den som med skjellig grunn til å tro at han er smitteførende med en allmennfarlig smittsom sykdom, forsettlig eller uaktsomt overfører smitte eller utsetter en annen for fare for å bli smittet.

Etter at et enstemmig Storting vedtok en straffeskjerpelse i 2003 – på bakgrunn av uttalelser i en høyesterettsdom – er strafferammen fengsel inntil seks år ved forsettlig overtredelse og inntil tre år ved uaktsom overtredelse.

Den opprinnelige § 155 gjaldt kjønns sykdommer. Bestemmelsen ble i forbindelse med vedtagelsen av smittevernloven endret til å gjelde allmennfarlige smittsomme sykdommer. Smittevernlovens definisjon og forskriften om hva som er å anse som allmennfarlig smittsom sykdom, vil være rettleidende også i saker etter straffeloven, men ikke avgjørende. Straffebudet er ikke lenger begrenset til særskilte smitteåter (seksuell omgang), men for at § 155 skal komme til anvendelse, må det være en smitteførende person som utfører handlingen som fører til smitteoverføring eller smittefare.

Straffebudet i § 155 er i de senere år hovedsaklig blitt brukt ved overføring av hivsmitte eller fare for dette. Det er i enkelte saker også brukt i forbindelse med hepatitt B og hepatitt C. Rettspraksis etter § 155 gjelder gjennomgående smitte(-fare) ved seksuell omgang. Utvalget er ikke kjent med straffesaker i Norge som gjelder deling av injeksjonsutstyr eller smitte fra mor til barn i forbindelse med svangerskap, fødsel eller amming.

Det er ikke noe vilkår for domfellelse etter § 155 at smitte faktisk blir overført, og det er ikke avgjørende i forbindelse med skyldspørsmålet å ta stilling til om det rent faktisk ble overført smitte fra tiltalte til fornærmede. Smitteoverføring og smittefare er likestilte alternativer i straffebudet. Men det utmåles gjennomgående strengere straff

når fornærmede er blitt smittet, så fremt det legges til grunn at det er tiltalte som har smittet fornærmede.

Bestemmelsen i § 155 angir ikke hvor stor smittefaren må være for at straffebudet skal komme til anvendelse. I juridisk litteratur er det uttalt at det ikke kan kreves sannsynlighet for at en annen blir smittet, og at en «nærliggende mulighet må være nok». Høyesterett bemerket i en sak at det ville foreligget overtredelse «også om det er relativt lite sannsynlig med smitte». Det kan reises spørsmål om den grad av smittefare som skal til for at det foreligger lovbrudd, avhenger av sykdommens alvorlighet.

I forarbeidene til straffeloven 2005 § 237 er det uttalt at det må foretas en konkret vurdering av om smitterisikoen ved ubeskyttet sex er av et slikt omfang at lovens vilkår er oppfylt når en hivsmittet er under behandling som reduserer smittefaren. Tilsvarende må gjelde etter straffeloven 1902 § 155.

Graden av risiko for smitteoverføring vil i noen grad også kunne ha betydning for straffutmålingen, noe det er eksempler på i rettspraksis.

Skyldkravet i § 155 er forsett eller uaktsomhet, som nå er regulert i to ulike straffalternativer med ulik strafferamme. Det er tilstrekkelig med simpel uaktsomhet, men graden av uaktsomhet vil kunne ha betydning for straffutmålingen.

I rettspraksis er det gjennomgående domfellelser for forsettlig overtredelse. Det må antas at det sjelden foreligger hensiktsforsett fra gjerningspersonens side, det vil si at han eller hun handler i den hensikt å smitte noen eller har til hensikt å utsette noen for smittefare. Derimot vil det ofte foreligge visshets- eller sannsynlighetsforsett hos en gjerningsperson som vet at han eller hun er smitteførende, i og med at det er tilstrekkelig at han eller hun handler med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig vil utsette den annen for smittefare. Eventuelt forsett (dolus eventualis) kan særlig være aktuelt for gjerningspersoner som ikke vet, men har skjellig grunn til å tro at han eller hun er smitteførende. Det er tilstrekkelig for å konstatere skyld i form av eventuelt forsett at gjerningspersonen holdt det for mulig at handlingen ville medføre fare for smitteoverføring, og valgte å handle selv om dette skulle være tilfelle (den positive innvilgelsesteori).

En særregulering av skyldkravet i § 155 ligger i formuleringen «med skjellig grunn til å tro at han er smitteførende». I juridisk litteratur er det lagt til grunn at det ikke er nødvendig at gjerningspersonen holder det for sannsynlig at han lider av en sykdom som loven omfatter, men at det

er tilstrekkelig at han «innser muligheten og holder denne for å være forholdsvis nærliggende». Få eller ingen av de domfellelsene utvalget er kjent med, gjelder siktede som ikke var kjent med sin smittestatus. I de langt fleste sakene har det vært uomtvistet at tiltalte kjente sin smittestatus, mens fornærmede ikke var informert.

Det legges til grunn at skyldkravet ikke er oppfylt dersom gjerningspersonen tar effektive forholdsregler mot overføring av smitte. Både i forarbeidene til ny straffelov og i rettspraksis er det lagt til grunn at det ikke er straffbart etter gjeldende rett dersom en hivpositiv person har seksuell omgang med forsvarlig bruk av kondom. Tilsvarende må gjelde andre sykdommer som kan overføres seksuelt.

Informasjon om smittestatus eller samtykke fra den som smittes eller utsettes for smittefare, fritar ikke for straff etter § 155. Straffeloven 1902 har ikke generelle regler om når samtykke virker straffriende, men i rettspraksis er det utviklet et prinsipp om at samtykke ikke fritar for straff etter straffebud som skal verne offentlige interesser, slik som folkehelsen. Samtykke vil imidlertid kunne tillegges vekt under straffutmålingen. I rettspraksis er det få tilfeller hvor samtykke har vært et tema. I de fleste sakene har gjerningspersonen fortiet eller benektet at han eller hun var smitteførende.

Uavhengig av om det er avgitt samtykke på forhånd, vil den særskilte påtalerregelen i § 155 under visse forutsetninger kunne hindre at det tas ut tiltale mot fornærmedes ønske. Dersom fornærmede er den skyldiges nærmeste, finner offentlig påtale bare sted etter fornærmedes begjæring med mindre allmenne hensyn krever det. Dette gjelder blant annet ektefeller. Når to personer bor fast sammen under ekteskapsliggende forhold, likestilles dette med ekteskap. Bestemmelsen gjelder også par av samme kjønn i og med at ekteskapsloven nå er kjønnsnøytral.

Straffebudet i § 155 kan anvendes i konkurrans med andre straffebud, det vil si anvendes samtidig for samme forhold fordi straffebudene er satt til å verne ulike interesser (idealkonkurrens). Det er eksempler i rettspraksis på at det er tatt ut tiltale etter straffeloven § 155 for smittefare i konkurrans med straffebestemmelser om seksualforbrytelser, herunder voldtekt og seksuell omgang med mindreårige. I saker hvor smitte faktisk er overført, kan det tas ut tiltale etter bestemmelser om forhøyet strafferamme som flere av straffebudene om seksualforbrytelser har dersom fornærmede som følge av handlingen dør eller får betydelig skade på legeme eller helse.

Utvalget har – etter et forsøk å oppspore et størst mulig antall dommer – funnet et tyvetalls saker hvor det er avsagt dom (i en eller flere instanser) på grunnlag av tiltale etter straffeloven § 155 alene eller sammen med andre forhold. I et par saker har tiltalte blitt frifunnet på enkelte av flere tiltalepunkter, blant annet på grunn av manglende subjektiv skyld.

Blant de sakene utvalget har oversikt over, er det én fra 1992, mens resten av straffesakene er avgjort etter årtusenskiftet (hvorav noen har sitt opphav i handlinger begått i 1990-årene). En sak fra 1930 er av mindre interesse i denne sammenheng.

Mange av dommene omfatter gjentatte overtredelser (fortsatt forbrytelse) idet den smitteførende personen har hatt ubeskyttet seksuell omgang med fornærmede mer enn én gang, ikke sjelden en rekke ganger, i en del tilfeller jevnlig over flere år.

I en rekke saker er det dessuten flere personer som er blitt utsatt for smitte eller smittefare fra tiltaltes side. Det har vært opptil 16 fornærmede i den enkelte sak.

Noe under halvparten av de sakene som bare eller i hovedsak omfatter overtredelse av § 155, gjelder tilfeller hvor den eller de fornærmede er blitt utsatt for smittefare uten at smitte faktisk er overført. Enkelte saker gjelder tilfeller hvor det er usikkert hvem som har smittet fornærmede eller det er lagt til grunn at fornærmede allerede var smittet på annen måte. I noen tilfeller er det da dømt for forsøk på overtredelse av § 155.

Straffenivået de siste tiår i saker som bare omfatter domfellelse etter straffeloven 1902 § 155, eller hvor de øvrige forhold har hatt liten betydning for straffutmålingen, varierer fra betinget fengsel i 90 dager (foreløpig ikke rettskraftig) til fem års ubetinget fengsel. De tilfellene hvor straffen har nærmet seg strafferammen på seks års fengsel, gjelder domfellelse for flere forhold, hvorav minst ett tilfelle av faktisk smitteoverføring.

Sentralt for straffutmålingen synes å være om smitteoverføring rent faktisk har skjedd eller om det bare har foreligget fare for slik overføring, og antall personer som er blitt smittet eller utsatt for fare. Ved vurderingen av det aktuelle farepotensialet er det lagt vekt på perioden/antallet ganger de(n) fornærmede er blitt utsatt for fare samt i noen utstrekning graden av risiko ved de respektive handlingene. Den omstendighet at tiltalte har vært til behandling for hiv som i noen grad kan ha redusert smittefaren, har vært nevnt i flere dommer, både under skyldspørsmålet og under straff-

utmålingen. Slike omstendigheter har ikke ført til frifinnelse, men har gjennomgående blitt tillagt en viss vekt i straffutmålingen. Det er også lagt vekt på graden av tillitsbrudd, fra det ikke å formidle sin smittestatus, til det å gi direkte usann informasjon. I noen saker har tiltalte bevisst feilinformert fornærmede gjennom langvarige faste forhold. I enkelte andre saker er det derimot lagt en viss vekt på fornærmedes forhold idet det er vist til at fornærmede selv har utsatt seg for risiko ved å ha ubeskyttet seksuell omgang med en fremmed. Domstolene har i noen grad lagt vekt på om gjerningspersonen har gitt fornærmede informasjon i ettertid slik at fornærmede kunne følge opp egen smittestatus. Det er i en sak lagt vekt på at fornærmede har overført smitten videre fordi vedkommende ikke var kjent med sin status som smittebærer, og i en annen sak at gjerningspersonen viste liten endringsvilje (domfellelse for brudd på § 155 for tredje gang).

Det er som oftest idømt ubetinget fengselsstraff, men det er enkelte eksempler i rettspraksis på at dommen er gjort helt eller delvis betinget. Utvalget er ikke kjent med tilfeller der det er idømt samfunnsstraff eller bøter.

Krav om oppreisning (erstatning for skade av ikke økonomisk art) og annen erstatning knyttet til det straffbare forholdet, er ikke straff, men slike sivile krav kan pådømmes i straffesaken. Dette har vært gjort i en rekke saker om overtredelse av straffeloven 1902 § 155.

Kapittel 5 inneholder også korte sammendrag av de straffesakene vedrørende straffeloven 1902 § 155 som utvalget er kjent med.

Videre omtales kort straffeloven 1902 §§ 152a, 154, 154a, 156 og 357 som også gjelder smittsomme sykdommer og særlig er av relevans for smittespredning på annen måte enn direkte eller indirekte fra person til person. Bestemmelsene synes å ha vært lite brukt.

Straffebudet i straffeloven 1902 § 155 (og delvis § 154) videreføres i straffeloven 2005 § 237 om smitteoverføring og § 238 om grov smitteoverføring, i lovens kapittel 23 om vern av folkehelsen og det ytre miljø.

Straffeloven 1902 §§ 156 og 357 overføres til smittevernloven § 8-1. Straffeloven 1902 § 152a videreføres i straffeloven 2005 § 142. Straffebudet i § 154a videreføres ikke.

Forarbeidene til de nye lovbestemmelsene i straffeloven 2005 §§ 237 og 238 omtales, herunder merknader fra justiskomiteen om behov for mer kunnskap og en gjennomgang av den norske rettstilstanden på feltet. Bestemmelsene ble enstemmig vedtatt i samsvar med lovforslaget. De

er foreløpig ikke trådt i kraft. Straffeloven 2005 trer i kraft tidligst 2014, med unntak av lovens kapittel 16 om folkemord m.m. som er allerede satt i kraft.

I omtalen av straffeloven 2005 §§ 237 og 238 er det lagt særlig vekt på endringene i forhold til straffeloven 1902 § 155.

Inndelingen er ny, med straffebudet i § 237 som grunndelikt, mens § 238 fastsetter høyere strafferammer for grove overtredelser.

Hovedreglen i straffeloven 2005 er at straffelovgivningen rammer bare forsettlige lovbrudd med mindre annet er bestemt. Skyldkravet i § 237 er forsett eller uaktsomhet på samme måte som etter straffeloven 1902 § 155. En endring er utelattelsen av det avvikende skyldkravet som lå i passusen «med skjellig grunn til å tro at han er smitteførende». Bakgrunnen for dette er et ønske om at straffebudet også skal ramme tilfeller hvor smitten ikke overføres fra person til person. Etter § 237 er det således intet krav at gjerningspersonen selv er smitteførende. Bestemmelsen vil kunne ramme smitte som spres via luft, vann og mat mv.

En realitetsendring er bestemmelsen i § 237 andre ledd om at samtykke fra nærstående fornærmede fritar for straff under visse forutsetninger. Straff kommer ikke til anvendelse når den som er blitt smittet av en seksuelt overførbart sykdom eller utsatt for slik smittefare, er ektefelle eller samboer, uavhengig av kjønn, med den som har overført smitte eller utsatt vedkommende for smittefare, og vedkommende på forhånd har samtykket i å bli utsatt for slik fare. Samtykkeregelen inneholder ikke formkrav. Det er i forarbeidene uttalt at samtykket må være informert, det vil si at den som samtykker, må forstå rekkevidden av samtykket og kunne vurdere konsekvensene av å utsette seg for smittefare. Dette kan for eksempel oppnås ved å kontakte helsepersonell for å få informasjon til hjelp i vurderingen av om samtykke skal gis. Det må ikke hefte noen ugyldighetsgrunn ved samtykket. Samtykket kan når som helst trekkes tilbake, men tilbaketrekkingen har kun virkning fremover i tid.

Utvalget kan ikke se at det blant de saker etter straffeloven 1902 § 155 som utvalget har kjennskap til fra rettspraksis, er saker som ikke også ville rammes av den vedtatte § 237 i straffeloven 2005.

Bestemmelsen i § 238 setter høyere strafferammer for grove overtredelser av grunndeliktet i § 237, og angir momenter som kan medføre at overtredelsen anses som grov. Den ordinære strafferammen (§ 237) er fengsel inntil tre år ved

forsettlig overtredelse og et år ved uaktsom overtredelse. For grov smitteoverføring (§ 238) er strafferammen fengsel inntil seks år for forsettlig og inntil tre år for uaktsom overtredelse, det vil si samme strafferamme som i straffeloven 1902 § 155, som ikke har egne strafferammer for grov overtredelse. Det fremgår av forarbeidene at det ikke er meningen å endre det gjeldende straffenivået.

Kjerneområdet for § 238 vil være tilfeller hvor overføring av smitte har ført til allmenn utbredelse av sykdommen eller fare for slik utbredelse, eller har medført tap av liv eller betydelig skade på kropp eller helse. Virkeområdet for bestemmelsen er imidlertid ikke begrenset til slike tilfeller. Om en overtredelse av § 237 skal regnes som grov, må bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering, og momentlisten i § 238 er ikke uttømmende.

Bestemmelsene i straffeloven 2005 §§ 237 og 238 om smitteoverføring har en gjerningsbeskrivelse som kan tenkes å omhandle samme forhold som andre straffebestemmelser i straffeloven 2005. Især vil dette antagelig gjelde § 239 om allmennfarlig forgiftning og § 240 om alvorlig miljøkriminalitet i kapittel 23 om vern av folkehelsen og det ytre miljø, samt bestemmelsene om kroppsskade mv. i kapittel 25 om voldslovbrudd. Avgjørende for om §§ 237 og 238 vil kunne anvendes sammen (i konkurrans) med andre straffebestemmelser, vil være om bestemmelsene tar sikte på forskjellige sider ved det straffbare forholdet.

Kapittel 6 inneholder en kort redegjørelse for annen lovgivning av relevans for utvalgets arbeid. De lovene som omtales er straffeprosessloven, skadeserstatningsloven, helsepersonelloven, pasient- og brukerrettighetsloven, folketrygdloven, helse- og omsorgstjenesteloven, folkehelseloven, pasientskadeloven, matloven, bioteknologiloven, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, diskrimineringsombudsloven, menneskerettsloven, lov om alternativ behandling av sykdom, tvisteloven, ekteskapsloven, helseberedskapsloven, utlendingsloven og adopsjonsloven.

1.5 Utenlandsk rett

I *kapittel 7* redegjøres for lovgivning og rettspraksis i de landene utvalget har avlagt studiebesøk, det vil si Danmark, Sverige, Nederland, Storbritannia og Sveits. Det redegjøres også kort for rettstilstanden i de øvrige nordiske land samt enkelte andre europeiske land.

Utvalget har i noen grad gjort seg kjent med rettstilstanden i andre land og verdensdeler gjennom tilgjengelige sammenstillinger av informasjon som det er henvist til i kapittel 7, uten at dette er nærmere omtalt. Det bemerkes at USA, Canada og Australia har ulike lover og rettspraksis i de ulike delstatene/provinsene/territoriene, men at debatten på feltet synes å ha store likhetstrekk med den i europeiske land og internasjonale fora, bortsett fra det som gjelder særtrekk ved rettstilstanden i det enkelte land og som er mindre relevant for norske forhold. Når det gjelder land i Afrika eller Asia skiller både rettstradisjon, rettsystem og faktiske forhold seg til dels i stor grad fra forholdene i Norge.

De fleste land i Europa har straffebestemmelser som i noen utstrekning kan anvendes ved overføring av smittsomme sykdommer, og eventuelt også smittefare. Omtalen i kapittel 7 viser visse variasjoner i straffereguleringen og rettstilstanden med hensyn til smitteoverføring/-fare i de landene hvor utvalget har undersøkt lovgivning og praksis. Alle de omtalte landene anvender landets alminnelige straffelov i den grad smitteoverføring/-fare straffefølges. Noen land anvender de generelle straffebudene om legemskrenkelse/kroppsskade eller fremkalling av fare for andres liv eller helse, mens andre har særskilte regler om smitteoverføring/-fare i straffeloven.

Ser man også på andre land, kan man finne eksempler på andre reguleringsformer, slik som egne lover om hiv som også straffebelegger smitteoverføring/-fare eller egne straffebud i den alminnelige straffeloven som spesielt rammer overføring av hivinfeksjon og fare for hivsmitte. Det synes ikke å være vanlig at strafferegler om smitteoverføring/-fare er nedfelt i folkehelse- eller smittevernlovgivning.

I alle de landene som er nærmere omtalt i kapittel 7, med unntak av Island, har man erfaring med domfellelser på feltet, og i de fleste av landene både for smitteoverføring og smittefare. Man har ikke full oversikt over domfellelser. Den informasjonen som er samlet og gjort kjent, gjelder i første rekke hiv. Det er kjennskap til få domfellelser knyttet til andre smittsomme sykdommer.

I noen land har det over tid vært en utvikling i hvilke straffebud som anvendes, ofte som følge av høyesterettsavgjørelser. I noen land er det ulike straffebud som kommer til anvendelse avhengig av skyldgrad og eventuelt også om det er tale om smitteoverføring eller smittefare. I flere land, særlig de som anvender generelle straffebestemmelser om legemsskade, straffes smitteoverføring

som fullbyrdet overtredelse, mens smittefare straffes som forsøk.

I enkelte land er situasjonen nå at det ikke er grunnlag for straffeforfølgning, i alle fall ikke i tilfeller der smitteoverføring/-fare har funnet sted ved frivillig seksuell omgang mellom jevnbyrdige parter. Danmark opphevet i november 2011 forskriften gitt i medhold av straffeloven § 252, stk. 2, slik at ingen sykdommer for tiden er omfattet av straffebestemmelsen om smittefare. I Nederland har to høyesterettsavgjørelser ført til at smitteoverføring/-fare straffefølges kun i helt særskilte tilfeller.

I Sveits pågår en lovgivningsprosess hvor det er foreslått endringer i den aktuelle bestemmelsen i straffeloven i forbindelse med innføring av ny epidemilov.

I Sverige er det fremkommet kritikk av praktiseringen av rettsreglene, blant annet vedrørende uforutsigbarhet med hensyn til hvordan saker vil bli bedømt når det gjelder skyldgrad og dermed hvilket straffebud som vil bli anvendt, noe som er avgjørende for strafferamme og straffutmåling.

De handlingene som har ført til domfellelse i de landene utvalget har sett på, er i hovedsak ubeskyttet seksuell omgang. Rettstilstanden med hensyn til kondombruk synes uavklart i noen land, men utvalget har ikke kjennskap til domfellelser der kondom har vært brukt gjennom hele samleiet.

Det varierer fra land til land hvilken rettslig betydning man tillegger informasjon om smittestatus og samtykke fra den som utsettes for smittefare. I noen land virker samtykke fra en seksualpartner som var kjent med den konkrete smittefaren, straffriende. I land der samtykke ikke er straffriende, kan det likevel se ut til at straffeforfølgning i praksis i liten grad skjer i saker hvor det er informert om smittestatus. Og når det skjer, vil informasjon vanligvis bli tillagt betydning i straffutmålingen.

Skyldkravene er forskjellige i de ulike landene, dels som følge av noe ulike skyldkrav i landenes strafferett generelt, og dels avhengig av de straffebud som anses anvendelige på smitteoverføring/-fare.

Straffenivået varierer sterkt i saker om smitteoverføring/-fare, også innen de enkelte landene. Dette reflekterer i alle fall delvis de ulike omstendighetene i sakene, slik som antall fornærmede, om det ble overført smitte og i så fall til hvor mange, antall ganger de(n) fornærmede ble utsatt for smittefare, graden av smittefare i det enkelte tilfellet og om domfelte hadde unnlatt å informere eller feilinformert om sin smittestatus. Hvilken

skyldgrad som er utvist, vil også ha betydning for straffutmålingen i tillegg til at det i noen land er avgjørende for hvilket straffebud som kommer til anvendelse.

Ut fra de foreliggende opplysningene synes totalt antall straffeforfølgninger for overføring av hiv i alle landene å være svært begrenset i forhold til antall personer som diagnostiseres med hiv hvert år. Dette kan delvis ha sammenheng med at en viss andel er smittet i utlandet, slik tilfellet også er i Norge. Omfanget av straffeforfølgning synes likevel å være atskillig mindre enn det antall personer som er smittet i landet. I tillegg kommer alle tilfellene der det har vært smittefare uten at smitte er overført. Også når man tar hensyn til at mange straffesaker omfatter flere fornærmede, tyder alt på at kun et mindretall tilfeller av smitteoverføring/-fare blir straffefølgt. Dette må antas blant annet å ha sammenheng med at sakene sjelden kommer til politiets kunnskap uten at fornærmede anmelder forholdet. Det synes å være et gjennomgående trekk, ut fra det nødvendige tillitsforholdet mellom helsevesenet og pasientene, at helsepersonell og -myndigheter ikke melder smitteoverføring/-fare til politiet.

Det er gjort analyser som tyder på at hyppigheten av straffeforfølgning i forhold til antallet hivpositive i landet, er noe høyere i nordeuropeiske, og særlig skandinaviske land, enn i andre land i Europa og store deler av verden for øvrig. En teori går ut på at dette har sammenheng med høy tillit til rettsvesenet og en gjensidig ansvarlighet mellom mennesker i disse landene.

Alle de landene utvalget har undersøkt, har en sivil lovgivning om smittevern og folkehelsearbeid. Landenes smittevernlovgivning varierer noe, men er delvis basert på internasjonalt samarbeid. Lovene hjemler visse inngrep overfor enkeltpersoner og allmennheten i situasjoner der det anses nødvendig av hensyn til folkehelsen. Tvangsinngrep vil i hovedsak være aktuelt ved svært smittsomme, alvorlige sykdommer, og antas lite brukt. Seksuelt overførbare infeksjoner omfattes i varierende grad av smittevernlovgivningen, meldesystemer for smittsomme sykdommer mv. Landenes helsemyndigheter driver gjennomgående omfattende smittevernarbeid basert på informasjon, samarbeid og frivillighet.

I alle land som straffefølger smitteoverføring/-fare, oppfattes den strafferettslige tilnærmingen bare som en underordnet del av samfunnets arbeid for å sikre befolkningen mot alvorlige smittsomme sykdommer (smittevernet). Straffelovgivningen er ment å være av punitiv karakter for utvist uforsvarlig og uakseptabel atferd, selv

om straffebudene i enkelte land også oppfattes å kunne bidra til holdninger og atferd som reduserer den aktuelle smitterisikoen i samfunnet.

1.6 Internasjonale forpliktelser og tilrådninger

I *kapittel 8* redegjøres for relevante internasjonale forpliktelser og tilrådninger.

Fremstillingen viser at en rekke organer har avgitt uttalelser som på ulike måter har relevans for temaer innen utvalgets mandat, i første rekke organer innen FN-systemet, men også organer tilknyttet Europarådet eller EU, samt enkelte andre.

I folkeretten – som på andre rettsområder – er visse kilder bindende eller skal tillegges stor vekt (i folkeretten ofte omtalt som «hard law»), mens andre kilder er av mindre betydning, selv om de kan være tolkningsmomenter og også på andre måter vil kunne ha betydning utover den begrensede vekt de tillegges rent rettslig («soft law»). For eksempel kan landene som har vært med på å avgi en erklæring, ha påtatt seg en politisk forpliktelse til å øke innsatsen og ressursene på et felt.

Menneskerettighetene omfatter grunnleggende krav blant annet til individets frihet overfor staten og deltagelse i samfunnslivet (sivile og politiske rettigheter), men stiller også krav om at staten må sikre individenes nødvendige behov i rimelig grad (økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter). Det er flere FN-konvensjoner og Europarådskonvensjoner om menneskerettigheter. De mest sentrale er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven, og skal ved motstrid ha forrang fremfor annen norsk lovgivning.

Konvensjonene er det eneste folkerettslig bindende regelverket på menneskerettsfeltet. Dommer fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) i medhold av Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK) er en tung rettskilde ved tolkning av konvensjonen, og den enkelte stat er forpliktet etter konvensjonen å respektere dommer som går staten imot. Det legges også stor vekt på uttalelser fra andre konvensjonsorganer, for eksempel de generelle kommentarene (General Comments) til de ulike FN-konvensjonene.

Mange erklæringer og uttalelser har et globalt siktemål og reflekterer ikke nødvendigvis de store kulturelle forskjellene mellom regioner og stater. Statene står ganske fritt når det gjelder hvilken vekt de tillegger «soft law» i sine vurderinger av hva som er forenlig med menneskerettig-

hetene. De vil derfor i stor utstrekning kunne ta hensyn til nasjonale forhold, så lenge forståelsen er forenlig med konvensjonstekstene med kommentarer fra konvensjonsorganene og praksis fra EMD.

Utvalget redegjør for relevant innhold i flere menneskerettigheter som i noen grad berører utvalgets arbeidsfelt, herunder forbudet mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling, retten til personlig frihet og sikkerhet og vilkårene for frihetsberøvelse, retten til respekt for privatliv og familieliv, forbudet mot diskriminering og retten til helse.

Utvalget konstaterer at det ikke foreligger «hard law» av direkte betydning for spørsmålet om det er forenlig med menneskerettighetene å anvende straff for smitteoverføring og det å utsette andre for smittefare. Verken konvensjoner som Norge har ratifisert, konvensjonsorganenes kommentarer eller dommer fra EMD berører dette temaet direkte. Det kan heller ikke utledes noe sikkert om dette av konvensjonene. Det samme gjelder EØS-retten. De uttalelser som foreligger om temaet, har klart karakter av «soft law».

Utvalget legger således til grunn at det ikke i seg selv er i strid med menneskerettighetene at et land har straffebestemmelser som enten direkte retter seg mot smitteoverføring og det å utsette andre for smittefare, eller rammer dette på annen måte. Men utvalget understreker at straffebud og straffeforfølgning også når det gjelder smitteoverføring/-fare, må være i samsvar med de alminnelige menneskerettskravene på strafferettens område. Dette omfatter blant annet krav om rettferdig rettergang og at straffebud må være tilstrekkelig klare slik at rettsstillingen er forutsigbar. Menneskerettighetene innebærer også visse krav til fullbyrdelsen av straff.

Utvalget kan derfor ikke se at det vil være uforenlig med menneskerettighetene å ha særskilte straffebestemmelser om smitteoverføring og smittefare vedrørende navngitte sykdommer eller mer generelt, for eksempel begrenset ut fra et alvorlighetskrav. Forutsigbarhet er et viktig aspekt, og dette vil nettopp kunne være lettere å ivareta i særskilte bestemmelser på feltet enn gjennom alminnelige straffebud som verner liv og helse. I en særskilt bestemmelse kan man regulere de nærmere vilkår for straff, herunder skyldkrav, betydningen av samtykke, straffenivå mv. på en måte som er spesielt tilpasset denne type saker. Statene må ha en skjønnsmargin i utformingen av straffeloven og de enkelte straffebudene, hvor også rettstradisjon og forholdene i landet for øvrig vil kunne ha betydning.

De fleste erklæringer, uttalelser mv. som har en viss relevans for spørsmålet om straff for smitteoverføring og smittefare og utvalgets arbeid for øvrig, gjelder hiv.

UNAIDS er det organet som i størst grad har engasjert seg i spørsmålet om kriminalisering av smitteoverføring og smittefare, men da begrenset til hiv. UNAIDS har uttrykt klare anbefalinger om at bruken av straff på dette feltet bør begrenses til tilfeller der smitte er overført, og det med hensikt. FNs høykommissær for menneskerettigheter (OHCHR) og UNAIDS er i de internasjonale retningslinjene om hiv/aids og menneskerettigheter fra 2006 mindre klare på dette punktet, selv om de muligens kan tolkes i samme retning. Disse organene anbefaler for øvrig at det ikke gis egne straffebestemmelser eller egen lovregulering vedrørende overføring av hiv, men at man anvender alminnelige straffebestemmelser ved smitteoverføring med hensikt.

En rekke uttalelser avgitt av andre organer, baserer seg på de nevnte dokumentene uten å tilføre noe nevneverdig nytt. Enkelte organer bruker i sine uttalelser vagere formuleringer enn UNAIDS, for eksempel anbefalinger om at statene bør gjennomgå sin lovgivning med tanke på å avskaffe eller endre lovgivning som kan motvirke hivforebygging og behandling, eller som kan bidra til diskriminering og stigmatisering, noe som også kan referere til lovgivning som rammer seksuell orientering, sexarbeid m.m. The Global Commission on HIV and the Law gir klare anbefalinger om hva slags strafferegulering og straffeforfølgning landene må unngå for å sikre en effektiv og bærekraftig innsats med tanke på hiv som er forenlig med menneskerettighetene. FNs spesialrapportør for helse er den eneste – i det materialet utvalget har funnet – som uttaler at kriminalisering av smitteoverføring/-fare som sådan er direkte i strid med menneskerettighetene. Det synes ikke å være rettskildemessig dekning for et slikt utsagn.

En del av de antagelsene om virkningene av straffelovgivning som rammer smitteoverføring/-fare, som ligger til grunn for UNAIDS' anbefalinger, synes i liten grad dokumentert. Videre er standpunktene utarbeidet med et globalt siktemål. Noe av UNAIDS' arbeid på feltet omfatter spesielt høyinntektsland, men også her vil forholdene i landene vise store variasjoner i rettstradisjon, praktisering av strafferett og straffenivå, samt kulturelle forhold knyttet til tillit til rettsvesenet og ansvarlighet i samhandling mellom mennesker mv.

I kapittel 8 omtales i noen utstrekning også menneskerettigheter og internasjonale erklærin-

ger mv. knyttet til forhold som tvungen isolering av smitteførende personer som smitteverntiltak, testing for smittsomme sykdommer, forebygging og behandling, personvern og helsepersonells taushetsplikt, smittevern i fengsler samt diskriminering og stigmatisering.

1.7 Medisinsk og samfunnsvitenskapelig kunnskapsgrunnlag

Kapittel 9 inneholder medisinsk og samfunnsvitenskapelig bakgrunnsstoff.

Det redegjøres for en del medisinsk kunnskap om smittsomme sykdommer, i første rekke et utvalg av de allmennfarlige smittsomme sykdommene, men også enkelte andre sykdommer. Omtalen omfatter særlig smitemåte, alvorlighet, behandlingsmuligheter og forekomst i Norge. Medisinske aspekter ved hiv og aids er nærmere omtalt i vedlegg 1.

Utvalget har i tråd med mandatet søkt å finne vitenskapelig dokumentasjon for «eventuelle individual- eller allmennpreventive virkninger av strafferegulering når det gjelder hiv, herunder hvorvidt gjeldende regulering virker diskriminerende, har negativ betydning for den enkeltes atferd, beskyttelsesstrategier og villighet til test» og betydningen av straffetrussel mot den smittede for så vidt gjelder ikke-smittedes holdninger.

Utvalget bemerker at det generelt er vanskelig å finne gode forskningsdesign og -metoder for å besvare spørsmål om tilsiktede og ikke tilsiktede virkninger av lover. Videre vil effekten av en straffetrussel som retter seg mot smitteoverføring og smittefare, trolig være avhengig av kultur og subkulturer i befolkningen. Utvalget har søkt etter relevant materiale fra Norge, men også fra andre land i Europa og Nord-Amerika, blant annet fordi det norske materialet er svært begrenset. Hiv og straffereguleringsproblematikk har ingen sentral plass verken i norsk eller internasjonal forskning om sikrere sex, seksuelt overførbare infeksjoner og hivtestingsatferd eller hivpositive levekår og livskvalitet. Rett nok finnes det en del forskningslitteratur som omhandler åpenhet, diskriminering, seksualitet og levekår blant mennesker som lever med hivsmitte, men de aller fleste av disse studiene belyser ikke spørsmål knyttet til strafferegulering. Kunnskapsgrunnlaget er dessuten sjelden forskningsbasert og består ofte i erfaringer fra brukere og praksisfeltet – eksempelvis i form av uttalelser fra ekspertpanel eller menneskerettsaktivister. Den forskningsbaserte kunnskapen er

ofte forankret i ikke-representative miljøbaserte studier. Få eller ingen studier har på en fullgod måte dokumentert direkte sammenhenger mellom strafferegulering og smittedes atferd eller hivpositive opplevelse av diskriminering/stigmatisering, eller sammenhenger mellom strafferegulering og valg av beskyttelsesstrategier og villighet til test blant personer som er hivnegative eller udiagnostiserte.

De fleste studiene har begrenset utsagnskraft fordi de er basert på betydelige innslag av selvseleksjon og opererer med egenrapporterte mål på sikrere sexatferd og egenrapportert diskriminering. Fra et vitenskapelig siktepunkt er det særlig problematisk at teorien om straffereguleringens negative effekter ikke åpner seg for en empirisk tilbakevisning. Det er klart at en del hivpositive opplever det gjeldende lovverket som belastende. Samtidig letes det i den foreliggende litteraturen ikke etter alternative eller utfyllende forklaringer på det å unngå å la seg teste og hvorfor hivpositive kan oppleve diskriminering.

Levekårsstudier blant hivpositive viser blant annet noe om opplevelse av diskriminering og stigma, åpenhet om hivstatus, opplevelse av helsestilstanden mv. Bekymring knyttet til strafferegulering er omhandlet i enkelte av studiene, herunder den ikke-representative norske Fafo-undersøkelsen fra 2009 hvor 35 % svarte at de ikke var bekymret for, og aldri tenkte på, straffelovens bestemmelser, mens 49 % svarte at de bekymret seg ofte eller en gang i mellom, for straffelovens § 155. Over halvparten svarte at straffelovens bestemmelser hadde hatt innflytelse på deres seksuelliv, de fleste slik at de hadde mindre og sikrere sex.

Videre i kapittel 9 omtales ulike studier om seksualvaner som er av interesse som et mer generelt bakteppe hva gjelder befolkningens atferd av betydning for sykdommer som overføres ved seksuell omgang, blant annet antall seksualpartnere, sexkjøp, risikovurdering ved sex og prevensjonsbruk.

Dessuten omtales kort risikogrupper når det gjelder hiv.

I kapittel 9 redegjøres også kort for noen publiserte betraktninger og teorier rundt seksualvaner og smittebeskyttelse.

Likestillingsideologien står sentralt i det norske samfunn, og Norge karakteriseres ved en relativt høy toleranse for seksualitet og seksuell utlevelse i grupper av befolkningen som tradisjonelt har hatt underordnede posisjoner. Det innebærer imidlertid ikke at seksualiteten ikke er underlagt restriksjoner, sosiale og kulturelle førin-

ger. En tro på at kulturelt betingede aspekter ved menneskelig atferd faktisk er «naturlig» i biologisk forstand, har konsekvenser for undergrupper av befolkningen som av ulike grunner må eller foretrekker å ha en atferd som avviker fra den heterofile majoritetens. De seksuelle spillereglene er sosiale konstruksjoner, og den som bryter spillereglene, risikerer utstøtelse fra samfunnet. Dersom større undergrupper av befolkningen skulle bryte med eksisterende normer og regler i samfunnet, kan normene endres nettopp fordi de er sosiale konstruksjoner.

I Norge har vi en relativt stor åpenhet om seksualitet, men like fullt et noe ambivalent forhold til seksualiteten. Samleie som legitimeres med forelskelse og kjærlighet anses å uttrykke «den gode seksualiteten», mens sex for nytelsens skyld alene ikke anses spesielt høyverdig.

Utviklingen går mot økt grad av holdnings- og atferdsmessig likhet mellom de to kjønn. Samtidig eksisterer det ennå kjønnsforskjeller. En tilnærming mellom kjønnene i seksuell atferd innebærer ikke automatisk at kvinners og menns virkelighetsopplevelse og vilkår for seksuell samhandling også er blitt likere.

Alle de nordiske land anses ofte å ha relativt liberale holdninger til seksualitet. I denne kulturkretsen er det den ansvarlige, og ikke den lidenskapelige, seksualiteten som er sosialt akseptert og idealisert. En konsekvens av dette er at hvis graviditet ikke er planlagt og ønsket, forventes man å opptre som ansvarlige borgere og bruke prevensjon under samleie. Bruken av prevensjon er ikke sosialt stigmatisert, og anses å være et felles ansvar. For de fleste unge mennesker er det naturlig å oppfatte seg selv og partnerne som fertile individer. Derfor blir det også for de fleste heteroseksuelle par naturlig å integrere prevensjon i sin seksuelle atferd. Når det gjelder smittebeskyttelse er situasjonen betraktelig mer komplisert. Mennesker har sjelden som utgangspunkt for sin atferd – eller aksepterer det som naturlig – at de selv eller deres partnere kan være bærere av seksuelt overførbare infeksjoner. Å basere sin atferd i en seksuell sammenheng på en slik antagelse, vil etter all sannsynlighet kunne oppfattes av partneren som et utslag av det å være unaturlig mistenksom.

Det å være i et fast forhold er en årsak til lav risikovurdering for å bli smittet av seksuelt overførbare infeksjoner. Å være i et parforhold innbyr til en opplevelse av trygghet, og denne tryggheten er knyttet til opplevelsen av å ha tillit til, og stole på, partneren. Derfor tester folk i parforhold seg sjeldnere seg for hiv og klamydia. I Norge

brukes kondom primært som middel til å hindre uønsket graviditet, og ikke som beskyttelse mot seksuelt overførbare infeksjoner, og hos unge blir kondom etter en tid ofte erstattet med hormonell prevensjon. Prosessene involvert i risikovurdering for klamydia og hiv er noe forskjellige. Unge mennesker oppfatter hiv som forskjellig fra andre seksuelt overførbare infeksjoner. «Skeive menn» er mer bevisste på at de er i risikozonen enn heterofile menn og kvinner, noe som speiler en viten om at menn som har sex med menn, er mer utsatt for hivsmitte enn andre grupper. Seksuell orientering påvirker trolig også risikovurdering for klamydia og hiv indirekte via antall partnere.

Utvalget fremsetter enkelte hypoteser om betydningen av kulturkrets m.m.

Virkingen av å kriminalisere overføring av allmennfarlig smittsom sykdom er sannsynligvis avhengig av kultur og subkultur. I Norge vil en slik lov kunne ha en effekt i den heteroseksuelle konteksten. I vår nordiske kulturkrets er det den ansvarlige, og ikke den pasjonerte eller lidenskapelige, seksualiteten som er idealet. Vi har blant annet gjennom mange års arbeid med familieplanlegging utviklet en rasjonell og planmessig måte å forholde oss til seksualiteten vår. I denne kulturelle settingen anses det legitimt å pålegge seksuelle aktører et ansvar for sine handlinger, og vi aksepterer å ha dette ansvaret. I en pasjonskultur har dette ingen mening. I vår norske og nordiske kultur aksepteres at hivpositive har sex, men under (et særskilt) ansvar for ikke å smitte andre. Fordi vi aksepterer dette, vil en lov også aksepteres og etterstrebes overholdt av dem fra vår kultur som kan overføre smitte. Dette vil kanskje kunne stille seg noe annerledes når det gjelder smitteførende personer fra andre kulturer.

Videre viser flere studier at en større andel hivpositive menn som har sex med menn, har ubeskyttet sex, sammenlignet med heterofile hivpositive. Et bakenforliggende motiv for menneskers atferd er jakten på anerkjennelse, og denne jakten er uløselig knyttet til konstruksjonen av «selvet». I et miljø med negative holdninger til homoseksualitet vil barn trolig ikke lære – og internalisere – positive holdninger til homofili. Å vokse opp og leve i et homofobt miljø vil trolig i sterk grad nedsette individets evne til intern selvanerkjennelse. Å teste hivpositiv tilfører individet ytterligere et stigma som nedsetter selvanerkjennelse. Det er grunn til å anta at mange hivpositive menn som har sex med menn, med utgangspunkt i lav selvanerkjennelse, vil kunne oppleves å tillegge sin hivpositive status til interne snarere enn eksterne faktorer. Dette kan føre til opplevd skam, isolering

og selvklandring. Å avstå fra seksuell samhandling kan slik betraktes som en mestringsstrategi. Men ønsket om seksuell samhandling består, og resultatet kan bli uplanlagt og ubeskyttet sex. Flere undersøkelser viser at usikker sex er utbredt blant hivpositive menn som har sex med menn. Flere studier beskriver sammenhenger mellom bruk av alkohol, narkotiske stoffer og risikosex. Det synes ikke å være en sammenheng mellom usikker sex og virusmengde eller det å bruke hivmedisiner.

Usikker sex blant hivpositive bør også forstås på bakgrunn av behandlingsoptimisme. Således er det dokumentert at andelen menn som har usikker sex med menn, er om lag fordoblet etter at effektiv hivbehandling ble introdusert i 1996. I en studie konkluderes med at den minskning i smitterisiko som skyldes at hivpositive er under behandling, blir utjant av den betydelige økningen av usikker sex.

Avslutningsvis i kapittel 9 redegjøres kort for smittevernarbeidet, både hva gjelder primærforebygging, smittevernhjelp i helsetjenesten og organiseringen av smittevernarbeidet i kommunene. I forbindelse med seksualundervisning omtales også studier av effekten av intervensjoner for å forebygge seksuelt overførbare infeksjoner og uønskede graviditeter blant ungdom og unge voksne.

1.8 Synspunkter og erfaringer blant berørte

I *kapittel 10* presenteres synspunkter på spørsmålet om strafferegulering og straffeforfølgning av smitteoverføring og smittefare fremmet av organisasjoner og interessegrupper, og synspunkter og erfaringer formidlet av smittede personer.

Synspunkter er kommet til uttrykk blant annet i forbindelse med lovarbeid ved skjerpningen av strafferammene i straffeloven 1902 § 155 i 2003 og vedtagelsen av ny straffelov §§ 237 og 238 i 2009.

Interesseorganisasjoner, grupperinger og personer har også i andre sammenhenger fremmet synspunkter. Det er et internasjonalt engasjement på feltet, som kort omtales. Det vises også til undersøkelser om hivpositives levekår mv.

Utvalget arrangerte vinteren 2011–2012 et høringsmøte med muligheter for innsending av skriftlige uttalelser.

Det refereres og siteres blant annet fra mottatte høringsuttalelser, herunder også fra en person som selv er under straffeforfølgning for å ha utsatt en annen for smittefare.

Mange av høringsinnspillene og synspunkter som er fremmet i andre sammenhenger, er langt på vei sammenfallende. De fleste er kritiske til gjeldende og vedtatt straffelovgivning og eventuelt praktiseringen av denne. Noen uttrykker et mer nyansert syn. Synspunktene gjelder i all hovedsak hiv og smitte(-fare) ved seksuell omgang.

Mange av dem som har uttalt seg, mener straff ikke bør anvendes på slike forhold, eller bør begrenses til faktisk smitteoverføring eller til helt særskilte tilfelle, for eksempel i tråd med UNAIDS' anbefalinger om at straff bare anvendes ved smitteoverføring med hensikt.

Mange hevder at straffetrusselen ikke bidrar til målet om smitteforebygging og dermed vern om folkehelsen, men tvert imot har en kontraproduktiv effekt. Det vises til at straffetrusselen kan medføre at personer som kan være smittet unnlater å la seg teste. Dette ut fra en tanke om at de uten kjennskap til eventuell positiv smittestatus, vil unngå straffeforfølgning eller domfellelse. Det pekes også på at straffetrusselen kan gjøre det vanskeligere å være åpen om smittestatus.

Videre uttaler mange at straffetrusselen bidrar til stigmatisering av hivpositive, selv om ordlyden i lovbestemmelsene ikke spesielt viser til hiv, fordi det i de siste tiårene i all hovedsak er overføring av hiv eller fare for dette som er straffeforfulgt. En del mener at det ikke bør være egne straffebud om smitte, og at alminnelige straffebud om kroppsskade mv. kan anvendes i den utstrekning slike forhold bør straffes.

Et vanlig synspunkt blant dem som har uttalt seg, er at begge parter i en frivillig seksuell relasjon har like stort ansvar for å sørge for smittebeskyttelse. Den smittede kan ikke pålegges ansvaret alene. Det hevdes også at en straffetrussel for den smittede kan lede til at andre tar for gitt at smittede vil si fra eller sørge for beskyttelse, og at dette motvirker at alle selv tar ansvar for smittebeskyttelse.

Mange mener straff ikke bør komme til anvendelse når den smittede har informert om smittestatus og partneren likevel har samtykket til ubeskyttet sex.

Flere peker på at straffeforfølgning på feltet rammer bare enkelte av dem som utviser smittefarlig atferd, og at anmeldelse i noen tilfeller inngis etter samlivsbrudd, og da til tross for at fornærmede under samlivet har vært informert om den konkrete smittefaren.

Noen instanser trekker også frem Norges rolle i internasjonalt arbeid, herunder utviklingsarbeid, og finner det problematisk at Norge har

straffetrussel på dette området i strid med internasjonale anbefalinger.

I kapittel 10 fremgår også begrunnelsen for standpunktet til et av utvalgsmedlemmene – som selv lever med hiv – når det gjelder spørsmålet om bruk av straff ved smitteoverføring og smittefare.

Det sies dessuten noe om hvordan utvalget også på andre måter har fått innblikk i erfaringer og synspunkter blant berørte, herunder gjennom personer som har holdt foredrag for utvalget, i tillegg til kunnskap om dette fra utvalgsmedlemmers eget liv og virke. Avslutningsvis sies noe om utvalgsmedlemmenes vektlegging av berørte synspunkter og erfaringer.

1.9 Utvalgets vurderinger og forslag

Kapittel 11 inneholder utvalgets vurderinger og forslag.

Hovedspørsmålet i utvalgets arbeid er om det (fortsatt) skal være straffbart å overføre smitte eller utsette andre for smittefare, og i så fall under hvilke omstendigheter.

Utvalget drøfter innledningsvis i kapittel 11 spørsmålet om det i det hele tatt bør være straffbart å overføre smitte til andre. Utvalget viser til at man i arbeidet med straffeloven 2005 som et utgangspunkt la til grunn skadefølgeprinsippet, det vil si at det i hovedsak er atferd som medfører skade eller fare for skade på interesser som bør vernes av samfunnet, som bør være straffbelagt. Selv om en type atferd, som smitteoverføring, har skadefølge, må det likevel foretas en nærmere vurdering av om det bør reageres med straff.

Vurderingen av om smitteoverføring har en slik karakter og et slikt alvor at det rettfærdiggjør bruk av straff, kan vanskelig besvares entydig uten å legge til grunn visse forutsetninger om de aktuelle sykdommers karakter, smitemåte, partenes subjektive forhold og omstendighetene for øvrig.

Utvalget bruker i hovedsak begrepet *smitteoverføring* om smitte som overføres (direkte eller indirekte) mellom mennesker, og begrepet *smitte-spredning* om smitte som spres gjennom luft, vann, næringsmidler, blod og blodprodukter mv., selv om uttrykkene verken i medisinsk terminologi eller i vanlig språkbruk er forbeholdt de respektive smitemåtene. Smitteoverføring og smittespredning drøftes i noen grad separat idet ulike hensyn gjør seg gjeldende for disse to kategoriene.

Utvalget mener at eventuell strafferegulering rettet mot smitteoverføring direkte eller indirekte

mellom mennesker, for eksempel ved seksuell omgang eller via gjenstander, bør begrenses til å gjelde sykdommer av kvalifisert art. Ved smittespredning gjennom luft, vann og mat mv. vil skadepotensialet kunne være svært stort fordi smitten kan nå en meget vid krets av mennesker. Dette kan medføre at man ikke bør stille de samme kravene til sykdommens alvor for den enkelte som blir smittet. Dette er også smitteveier som individet i mindre grad har mulighet for å beskytte seg mot.

Utvalget peker på at skadens alvorlighetsgrad også har betydning for vurderingen av ansvar for forebygging og moralsk klanderverdighet hos den som utfører den smittefarlige handlingen, og hvilke begrensninger samfunnet skal legge på den alminnelige handlefrihet.

Utvalget har drøftet folkehelseargumentet som er et sentralt element i grunnlaget for den gjeldende straffereguleringen av smitteoverføring og smittefare. I tillegg til vern av folkehelsen, har bestemmelsene imidlertid også et klart element av individvern. Utvalget har således ikke lagt ensidig vekt på folkehelsehensyn, og er dessuten delt i synet på hvilken folkehelseeffekt de aktuelle straffebestemmelsene kan tenkes å ha. I begrenset utstrekning foreligger dokumentasjon av effekten av strafferegulering; det gjelder både med hensyn til å bidra til smitteforebygging og utilsiktede virkninger som er hevdet å ha motsatt effekt.

Utvalget er av den oppfatning at smittevernloven og folkehelseloven er sentrale for å ivareta folkehelsen, i tillegg til de ikke-rettslige virkemidlene som også er helt sentrale. Dette er virkemidler av langt større betydning for å verne befolkningen mot alvorlige smittsomme sykdommer, enn straffebestemmelser er. Norge og flere andre land har imidlertid en tradisjon for at straffeforfølgning av smitteoverføring/-fare kan skje etter straffebud i den alminnelige straffelovgivningen, ment å verne så vel folkehelsen som individet.

I arbeidet med straffeloven 2005 ble det pekt på at straff bare bør brukes dersom andre reaksjoner eller sanksjoner ikke finnes eller ikke vil være tilstrekkelige (subsidiaritetsprinsippet). Utvalget understreker viktigheten av smittevernveiledning og annen oppfølging i helse- og omsorgstjenesten mv. og påpeker behovet for klarere retningslinjer for tilfeller hvor smittede ikke følger smittevernveiledning som er gitt. Smittede bør få både tilstrekkelig og gjentatt informasjon og nødvendig psykososial støtte til å håndtere smittefaren på en forsvarlig måte, samt hjelp for eventuelle underliggende problemer som psykiske lidelser eller rus-

middelbruk. Smittevernloven har imidlertid ikke egnede midler overfor smittede som etter gjentatte oppfordringer og veiledning ikke overholder anbefalingene om for eksempel «sikrere sex». Utvalget finner det ikke hensiktsmessig å foreslå at smittevernloven utstyres med administrative reaksjoner eller sanksjoner overfor dem som ikke innretter seg etter rådene, og ser heller ikke andre aktuelle reaksjonsmåter som alternativ til straff.

Utvalget mener at den smittede parten har et særlig ansvar for å forebygge videre smitte. En smittet person som kjenner sin smittestatus og har fått smittevernveiledning, har derfor grunn til å sørge for forsvarlig smittevern.

Alle, også de som ikke er smittet eller ikke vet at de er smittet, må ta del i ansvaret for å unngå smitteoverføring ut fra allmenn kunnskap om smittsomme sykdommer og smitemåter. Dette gjelder særlig sykdommer som man ved enkle tiltak kan beskytte seg mot, for eksempel ved bruk av kondom.

Utvalgets flertall – 11 av 12 medlemmer – mener likevel at omstendighetene i en del tilfeller, herunder mange av de sakene som er pådømt etter straffeloven 1902 § 155, er slik at den smittede part har handlet så klanderverdig at det fremstår som både riktig og rimelig med en straffereaksjon. Dette gjør seg særlig gjeldende der den smittede bevisst har gitt feilaktig eller misvisende informasjon om sin smittestatus, kanskje over lang tid, slik at den andre parten fratas sensitiv til å sørge for beskyttelse mot smitte. Dette øker den subjektive klanderverdigheten hos den smittede, og dermed straffverdigheten.

Det samme flertallet peker også på at det ikke har vært noen allmenn reaksjon mot det gjeldende straffebudet, og på at både lovvedtak om straffskjerpning i 2003 og vedtak av nye straffebestemmelser i 2009 har skjedd enstemmig. Videre antyder ingen av de domsavsigelsene utvalget kjenner til, at straffebestemmelsene anses som diskriminerende eller urimelige. Straffereguleringen synes derved å være i samsvar med den alminnelige rettsfølelsen. Utvalget mener like fullt at det må vektlegges at dagens regler er kritisert av interesseorganisasjoner, enkeltpersoner og deler av fagmiljøene, og at denne kritikken er noe av bakgrunnen for lovutvalgets arbeid.

Av flertallets 11 (av 12) medlemmer understreker ni medlemmer at avkriminalisering vil kunne oppfattes som et signal om at det å smitte andre eller utsette andre for smittefare, ikke lenger er så alvorlig. Et økende antall nysmittede med hiv kan blant annet tyde på at det i visse miljøer råder en

oppfatning om at det ikke er så viktig å unngå hiv-smitte nå fordi legemidler kan hindre at hivpositive personer utvikler aids. Utvalgets flertall finner at det ville være uheldig å forsterke et slikt inntrykk gjennom en fullstendig avkriminalisering eller oppheving av de særskilte straffebudene som gjelder smitteoverføring og smittefare. De øvrige tre utvalgsmedlemmene bemerker at den nåværende paragrafen ikke synes å ha hatt forebyggende effekt, og mener at intensivert forebyggende arbeid er nødvendig for å nå de aktuelle gruppene, inkludert en mer aktiv bruk av smittevernlovens bestemmelser.

Utvalgets flertall – 11 av 12 medlemmer – bemerker for øvrig at eventuell oppheving av de eksisterende straffebestemmelsene som retter seg mot smitteoverføring/-fare, ikke uten videre vil føre til at smitteoverføring/-fare er straffritt. Rettstilstanden vil avhenge også av hvilke andre straffebud som kan komme til anvendelse.

Utvalgets flertall finner, etter en samlet vurdering, at det etter norsk rett på visse vilkår fortsatt bør være straffbart å overføre smitte til andre, og at man i norsk rett bør ha egne straffebud som retter seg mot smitteoverføring og eventuelt smittefare, i stedet for å anvende de generelle straffebudene om kroppsskade mv.

Ett medlem mener at det ikke bør gis et særskilt straffebud om smitteoverføring mellom individer. Eventuell straffefølgning må da skje etter de alminnelige reglene om kroppsskade, men dette medlem mener at heller ikke disse bestemmelsene bør anvendes ved slik smitteoverføring med mindre gjerningspersonen handlet i den hensikt å smitte, og smitte faktisk ble overført. Begrunnelsen for dette standpunktet framgår i kapittel 10.

Utvalgets flertall – 11 av 12 medlemmer – finner at det fortsatt bør være et eget straffebud om det å overføre en alvorlig smittsom sykdom til en annen person. Flertallet legger vekt på den muligheten dette gir for å regulere de nærmere vilkår for straff ut fra feltets særegne karakter, herunder hvilken betydning smitteforebyggende tiltak og fornærmedes samtykke skal ha, noe som vil være nærmest umulig ved bruk av generelt virkende bestemmelser om voldslovbrudd. Forutsigbarheten som lettere kan skapes ved et særskilt straffebud, antas å være av stor betydning for dem det gjelder. Et eget straffebud hvor det tydeliggjøres hvilke omstendigheter som fritar for straff, vil sikre forutberegnelighet og derved gjøre rettstilstanden lettere tilgjengelig.

Det er vanskelig å si om domstolene i praksis ville skape en likeartet praksis på feltet uten sær-

skilte straffebestemmelser om smitteoverføring og smittefare. Slik utvalget ser det, vil det i teorien kunne bli vanskelig å domfelle personer som har smittet andre eller utsatt andre for smittefare, selv i tilfeller hvor vedkommende har opptrådt klanderverdig, svært likegyldig eller hensynsløst. Skyldkravet etter de ordinære bestemmelsene om kroppsskade er forsett. Det skal mye til å bevise subjektiv skyld i form av forsett til overføring av smitte, noe som vil være et krav for domfellelse hva enten det er tale om faktisk smitteoverføring eller det å utsette andre for smittefare. Bare ved faktisk smitteoverføring vil det kunne dømmes for uaktsom forvoldelse av betydelig skade på kropp eller helse etter § 280, og da under forutsetning av at det kan bevises at det var gjerningspersonen som overførte smitten.

Flertallets vurdering er dessuten at det ikke vil være av vesentlig betydning for graden av stigmatisering som den smittede opplever, om straffefølgning skjer etter de generelle straffebudene om kroppsskade eller lignende, eller etter særlige straffebud som rammer smitteoverføring og smittefare, men uten å angi spesifikke sykdommer.

Utvalget understreker at det – uavhengig av om man har særskilt regulering av smitteoverføring eller om eventuell straffefølgning skjer etter andre straffebud – er en forutsetning at straffefølgningen ivaretar de krav som følger av menneskerettighetene og andre allmenngyldige prinsipper knyttet til rettssikkerhet, herunder blant annet rettferdig rettergang, proporsjonal straffutmåling og likhet for loven.

Utvalget drøfter hvilke smitemåter og sykdommer som bør omfattes, og om bare smitteoverføring eller også smittefare bør være strafferegulert. Videre drøftes skyldkrav og hvilken vekt det skal legges på smitteverntiltak og andre faktorer som påvirker smitterisikoen, samt samtykke fra den som utsettes for smittefare. (Se nærmere om dette nedenfor.)

Av utvalgets flertall på 11 av 12 medlemmer som mener at det fortsatt bør være et eget straffebud om smitteoverføring, finner et flertall på ni at også det å utsette andre for smittefare på en utilbørlig måte, bør kunne straffes selv om fornærmede ikke er blitt påført en sykdom/skade. Dette bør være mulig ikke bare dersom det er utvist forsett til å overføre smitte. Smittefare og smitteoverføring oppstår ved samme type handlinger. Bare ved at straffebudet omfatter også smittefare, stimulerer det til atferdsendring slik at smittevern hensyn blir i varetatt. Det er uforutsigbart om den enkelte smittefarlige handling fører til at den

andre parten blir smittet, selv om partene i noen grad kan kjenne til faktorer av betydning for smittefarens størrelse. Flertallet legger også noe vekt blant annet på bevishensyn. Flertallet foreslår at smittefare skal være straffbart i kvalifiserte tilfeller, se nedenfor om utformingen av straffebudet.

Av de 11 utvalgsmedlemmene som mener det bør være et eget straffebud om smitteoverføring, finner to medlemmer at bare faktisk smitteoverføring bør være straffbelagt. Disse viser blant annet til at den generelle smitterisikoen ved hiv er lav, særlig hos velbehandlede pasienter. Det er vanskelig å fastslå smitterisikoen i det enkelte tilfelle, men en straffebestemmelse som rammer enhver smittefarlig handling vil favne for vidt i det den vil ramme også tilfeller der smittefaren nærmer seg det teoretiske. Mindretallet frykter ikke at avkriminalisering av smittefare vil føre til at flere smittede har ubeskyttet sex. Samtidig vil det være et signal til alle om et selvstendig ansvar for egen helse.

Videre pekes på enkelte særlige situasjoner hvor et enstemmig utvalg finner at det gjennomgående bør utvises forsiktighet med straffefølgning, herunder smitte fra mor til barn i forbindelse med svangerskap, fødsel og amming, tilfeller der begge parter var smittet på forhånd, smitte i forbindelse med deling av injeksjonsutstyr mellom rusmiddelbrukere, og ved sexarbeid, særlig dersom sexarbeideren utsettes for press for å yte ubeskyttet sex.

Et samlet utvalg er kommet til at smittespredning gjennom luft, vann og mat etc. bør reguleres i et eget straffebud.

Utvalgets flertall foreslår ut fra dette endringer i straffeloven 2005 §§ 237 og 238 som innebærer at det blir to separate straffebud, hvor § 237 rammer smitteoverføring direkte og indirekte mellom mennesker, og § 238 retter seg mot smittespredning gjennom luft, vann, næringsmidler mv. Utvalgets lovutkast tar utgangspunkt i straffeloven 2005 i og med at denne vil avløse straffeloven 1902 i løpet av noen år. Enkeltbestemmelser kan settes i kraft tidligere om ønskelig.

Utvalgets utkast til straffebud om smitteoverføring mellom mennesker (§ 237) gir uttrykk for flertallets syn (11 av 12 medlemmer), men slik at to av disse utvalgsmedlemmene mener utkastet bare skal omfatte smitteoverføring, men for øvrig stiller seg bak lovutkastet. Utkastet skal etter flertallets syn (9 av 12 medlemmer) omfatte både smitteoverføring og smittefare, men slik at ikke ethvert tilfelle av smittefare rammes. Det kreves etter utkastet at gjerningspersonen utsetter flere personer for smittefare eller utsetter en annen

person for smittefare gjentatte ganger eller ved hensynsløs atferd. En enkelt «glipp», for eksempel i form av ubeskyttet sex, vil således ikke være straffbar med mindre gjerningspersonen på annen måte har opptrådt hensynsløst. Etter en slik hendelse vil den smittede ha hatt tid til overveielser og har all grunn til å iverksette smitteverniltak ved neste anledning. Straffebudet er særlig ment å ramme personer som utviser en atferd som er preget av at andre utsettes for smittefare, enten det er overfor flere personer eller gjentatte ganger overfor samme person. I situasjoner der partene ikke er jevnbyrdige, vil det lett kunne anses som hensynsløs atferd selv om den underlegne parten bare er blitt utsatt for smittefare ved én anledning. Det er i kapittel 11 og i merknadene i kapittel 13 omtalt nærmere hvordan utkastet skal forstås.

Lovutkastet er begrenset til å gjelde smittsom sykdom som medfører betydelig skade på kropp eller helse. Det må vurderes på generelt grunnlag om en sykdom har slike følger.

I utvalgets lovutkast er skyldkravet fastsatt til forsett og grov uaktsomhet. Etter utvalgets oppfatning bør smitteoverføring fra person til person ikke være straffbar når det bare er utvist simpel uaktsomhet.

Utkastet har en bestemmelse om at samtykke fritar for straff ved smitte som overføres ved seksuell omgang. For at samtykket skal være straffriende, må det være avgitt i nærvær av helsepersonell i forbindelse med smittevernveiledning. Formkravet skal sikre at det avgis et informert og veloverveid samtykke, samtidig som det sikrer notoritet om avgivelsen av samtykke og at samtykket er avgitt etter en forsvarlig smittevernveiledning. Det settes ikke krav til særskilt tilknytning mellom partene, slik som etter den vedtatte bestemmelsen i straffeloven 2005.

Videre inneholder lovutkastet en bestemmelse om at straff heller ikke kommer til anvendelse når forsvarlige smitteverniltak er iaktatt. Dette innebærer for eksempel at seksuell omgang med forsvarlig bruk av kondom ikke vil være straffbar, selv om kondombruk ikke beskytter fullt ut mot smitteoverføring selv ved konsekvent bruk. Straffrihet gjelder uavhengig av opplysning om smittestatus og eventuelt samtykke fra partneren. Dette er en kodifisering av rettspraksis på feltet. Bestemmelsen er ikke begrenset til smitte som overføres ved seksuell omgang. Straffritaket omfatter ikke medisinsk behandling som reduserer smittefaren. Hva gjelder hiv, bemerkes at selv om behandling reduserer smittefaren, foreligger det ikke tilstrekkelig

vitenskapelig dokumentasjon til å fastslå presist smittefarens størrelse, og særlig hva gjelder det enkelte tilfellet. Graden av smittefare vil kunne variere selv hos velbehandlede pasienter, og avhenger av flere omstendigheter som partene, og særlig den smittedes partner, ikke har kontroll over. Smittemottakeligheten hos den ikke-smittede varierer også. Bruk av smittebeskyttelse som kondom etc. innebærer dessuten at den smittede aktivt sørger for eller påser at det iverksettes tiltak som beskytter partneren.

Betydning av medisinsk behandling som medfører redusert smittefare, må – i lys av fortsatt medisinsk utvikling og ny vitenskapelig dokumentasjon – bli å vurdere under spørsmålet om det foreligger smittefare i lovens forstand, noe som allerede er lagt til grunn i forarbeidene til straffeloven 2005 §§ 237 og 238. Etter utvalgets syn er kunnskapen om smitterisiko hos den enkelte behandlede hivpositive på et gitt tidspunkt, foreløpig for usikker til at gjerningsbeskrivelsen i straffebudet på dette grunnlaget ikke kan anses oppfylt. Men sannsynligheten for redusert smittefare kan etter omstendighetene tillegges vekt i straffutmålingen, noe det er eksempler på i rettspraksis etter straffeloven 1902 § 155.

Lovutkastet innebærer ut fra det forannevnte en viss avkriminalisering i forhold til gjeldende og vedtatte straffebestemmelser når det gjelder smitteoverføring og smittefare mellom personer. Handlinger som rammes av flertallets utforming av straffebudet i utkastet til straffeloven 2005 § 237, samsvarer langt på vei med rettspraksis etter straffeloven 1902 § 155. De endringene utvalget foreslår, innebærer at rettsstilstanden blir mer tydeliggjort og forutsigbar. Det er i første rekke atferd som er akseptabel eller hensiktsmessig i en smittevernkontekst, som blir avkriminalisert. Straffebudet er søkt utformet på en måte som oppfordrer til slik atferd.

Utvalget drøfter også strafferammer og straffutmåling.

Strafferammene i lovutkastet er differensiert etter skyldgrad og dessuten hvorvidt overtredelsen er grov, noe som er særskilt regulert i et eget ledd. Ved avgjørelsen av om smitteoverføringen er grov, skal det særlig legges vekt på om smitten har ført til tap av liv, er overført til to eller flere personer, eller er overført ved atferd som er særlig hensynsløs. Strafferammen for forsettlig overtredelse er bot eller fengsel inntil tre år, mens strafferammen for grovt uaktsomt overtredelse er bot eller fengsel inntil et år. Ved grov overtredelse er strafferammen inntil seks år for både forsettlige og uaktsomme overtredelser. Dette tilsvarer i

hovedsak strafferammene i straffeloven 2005 §§ 237 og 238, mens straffeloven 1902 § 155 har generelle strafferammer på seks år for forsettlig overtredelse og tre år for uaktsom overtredelse.

Utvalget legger i sine merknader opp til noe mildere reaksjoner enn etter gjeldende rettspraksis knyttet til straffeloven 1902 § 155 under visse omstendigheter. I særlige tilfelle kan det etter utvalgets syn være aktuelt med bot og/eller betinget fengsel.

Utvalget peker på ulike faktorer som bør tillegges vekt ved straffutmålingen. I tillegg til objektive faktorer ved den eller de smittefarlige handlingene og subjektive forhold hos gjerningspersonen, kan det etter omstendighetene ses hen til for nærmedes egen atferd, for eksempel om vedkommende har kjent til den konkrete smittefare og likevel har utsatt seg for den, men uten å ha avgitt straffriende samtykke.

Utvalgets utkast til straffeloven 2005 § 238 om smittespredning gjennom luft, vann, næringsmidler mv., er enstemmig. Straffebudet kan også ramme smitte ved overføring av blod eller blodprodukter.

Utkastet til § 238 er ikke begrenset ut fra sykdommens alvorlighet i og med at sykdommene ved slike smitteformer kan nå et stort antall mennesker og således ha alvorlige følger for samfunnet selv om helsetrusselen for den enkelte ikke er svært alvorlig.

Videre omfatter utvalgets utkast til § 238 også alminnelig uaktsomhet. Utvalget finner at dette er rimelig i de livsforhold det her er tale om. Smittespredning vil ofte skje som ledd i næringsvirksomhet eller annen organisert virksomhet og kan i stort monn forebygges ved at virksomheten overholder særregulering i matlovgivningen eller folkehelselovgivningen. Ut fra det store skadepotensialet slik smittespredning har, er strafferammen i utkastet satt til 15 år for forsettlig overtredelse og seks år for uaktsom overtredelse.

Utvalget forutsetter at politi og påtalemyndighet setter av ressurser til å følge opp alvorlige tilfeller av smittespredning hvor det vil være på sin plass med straffeforfølgning i tillegg til eventuelle administrative reaksjoner fra tilsynsorganer på det aktuelle feltet, for eksempel Mattilsynet.

Smittespredning kan også gjøres med hensikt, eventuelt i terrorøyemed, og (utkastet til) § 238 bør da ses i sammenheng med andre straffebud. Utvalget foreslår lovendringer som innebærer at § 238 inngår i straffeloven 2005 § 131 om terrorhandlinger og § 241 om forbund om visse former for allmennfarlige lovbrudd, sammen med § 239 om allmennfarlig forgiftning og § 240 om alvorlig

miljøkriminalitet. Videre foreslår utvalget at avvergingsplikten etter § 196 skal omfatte allmennfarlig smittespredning etter § 238.

Utvalget omtaler i kapittel 11 også forholdet mellom strafferegulering og smittevernlovgivning. Utvalget foreslår ingen endringer i dette forholdet eller i smittevernloven. Utvalget påpeker imidlertid et potensial for forbedringer i praktisering av smittevernloven. Utvalget foreslår at det utarbeides en veileder som omhandler flere av de forholdene utvalget trekker frem, noe som kan bidra til bedre og mer likeartet praktisering av loven.

Utvalget anbefaler styrking av seksualundervisningen, særlig i grunnskolens ungdomstrinn, og spesielt med tanke på seksuell helse og seksuelt overførbare infeksjoner. Videre pekes på at begrepet smittevernhjelp skal tolkes svært vidt og omfatte ikke bare helsetjenester rettet mot den smittsomme sykdommen. Det er viktig at det også ytes psykososial støtte og annen hjelp til smittede for å unngå å smitte andre, og til ikke-smittede som står i fare for å bli smittet, herunder behandling for psykiske lidelser eller rusmiddelbruk, og omsorgstjenester knyttet til sosiale problemer.

Utvalget omtaler også behovet for forsterket smittevernveiledning når smittede ikke følger den smittevernveiledningen vedkommende har mottatt. Leger har en plikt til å melde slike tilfeller til kommunelegen. Loven fastsetter imidlertid ikke hvordan kommunelegen skal følge opp slike saker, og praksis synes å variere.

Utvalget peker også på enkelte forhold knyttet til helsepersonells taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt. Dette gjelder særlig i forbindelse med helsehjelp til smittede for andre lidelser enn den smittsomme sykdommen dersom den smittede selv ikke opplyser om smittestatus, og i forbindelse med smittede barn i barnehager.

Videre uttaler utvalget at innsatte i fengsler bør gis tilgang til rent injeksjonsutstyr, noe som også er en form for smittevernhjelp.

Utvalget omtaler dessuten smittevernhjelp til innvandrere, herunder asylsøkere, og foreslår enkelte tiltak som kan bidra til bedre oppfølging på feltet. Forekomsten av hiv og enkelte andre alvorlige smittsomme sykdommer er høyere i enkelte innvandrer miljøer enn i befolkningen generelt. Innvandrere bør gis generell informasjon om smittsomme sykdommer og smittevern i flere sammenhenger. Det er særlige utfordringer på feltet, ikke bare som følge av språk og kulturforskjeller. Blant annet fordi mange, særlig asylsøkere, flytter flere ganger, vil testing kunne bli utsatt og oppfølging av diagnostiserte kan være

mangelfull. Utvalget er av den oppfatning at de som kommer til landet, særlig fra høyendemiske områder, tidligst mulig bør tilbys hivtest. Det er viktig med god og tilpasset smittevernveiledning til smittede, og å sikre oppfølging ved flytting. Det er viktig at helsetjenesten setter av tilstrekkelig ressurser til dette arbeidet. For å følge opp hivpositive innvandrere bør det vurderes nærmere å oppnevne koordinatorene for hiv, eventuelt slik at tuberkulosekoordinatorerne tillegges også oppgaven med å koordinere hivarbeidet.

Videre i kapittel 11 foreslår utvalget en ny bestemmelse i straffeprosessloven, § 157a, som vil hjemle undersøkelser for å avklare mistenktes smittestatus ved seksuallovbrudd, med det formål å sikre raskest mulig avklaring av om fornærmede har blitt utsatt for konkret smittefare. Fornærmede har blitt utsatt for en stor påkjenning ved selve overgrepet, og det vil være en ekstra belastning å måtte vente lenge på slik avklaring. Utvalget finner det tvilsomt om kravene etter straffeprosessloven § 157 etter gjeldende rett åpner for rutinemessig undersøkelse av mistenktes smittestatus ved seksuallovbrudd eller undersøkelse begrunnet i et ønske fra fornærmede. Etter utvalgets utkast til § 157a kan kroppslig undersøkelse av den mistenkte foretas uten at det kreves konkrete holdepunkter for å tro at mistenkte er smitteførende, når det foreligger skjellig grunn til mistanke om et seksuallovbrudd og undersøkelsen ikke fremstår som et uforholdsmessig inngrep. Hensikten er da å avklare om fornærmede er blitt utsatt for fare for å bli smittet av en seksuelt overførbart infeksjon, og bestemmelsen vil kunne bidra til å styrke fornærmedes stilling i saker om seksuallovbrudd.

I kapittel 11 pekes også på at bioteknologilovens regler om assistert befruktning tolkes slik at kravet om befruktningsudyktighet ikke omfatter tilfeller der partene er frarådet å ha ubeskyttet seksuell omgang på grunn av smittefare, typisk der den ene av partene er hivpositiv. Utvalget finner at det bør foretas en endring i bioteknologiloven som åpner for assistert befruktning ved alvorlige, kroniske sykdommer som smitter ved seksuell omgang, for å unngå smittefare for partneren, og eventuelt barnet via kvinnen. Det kan etter utvalgets syn ikke være noen grunn til å opprettholde et lovforbud mot assistert befruktning når det er mannen som er hivpositiv. Etter sædvask vil det ikke være noen smittefare for kvinnen ved inseminasjon, og det vil heller ikke være noen smittefare for barnet eller bivirkninger for barnet som følge av behandlingen. Dersom det er kvinnen som er hivpositiv, gjenstår en viss smittefare

for barnet selv ved optimal behandling. Utvalget ser dilemmaet ved at det offentlige eventuelt bistår i en prosess som utsetter barnet som unnfanges, for så vel smittefare som mulige legemiddelbivirkninger. Dette må også ses i sammenheng med straffereguleringen av det å overføre smitte eller utsette andre for smittefare. Utvalget foreslår likevel en kjønnsnøytral lovbestemmelse, det vil si en lovbestemmelse som åpner for assistert befruktning uavhengig av om det er mannen eller kvinnen som er smittebærende. Utvalget understreker imidlertid at det må foretas en vurdering av om det er medisinsk forsvarlig å gjennomføre assistert befruktning i det enkelte tilfellet, og da også med tanke på konsekvensene for barnet. Videre må det på vanlig måte foretas en medisinsk og psykososial vurdering av paret etter bioteknologiloven § 2-6, og fattes en avgjørelse hvor det legges vekt på parets omsorgsevne og barnets beste.

Økonomiske og administrative konsekvenser omtales i *kapittel 12*. Utvalget legger til grunn at utvalgets forslag til endringer i straffeloven 2005 ikke vil ha nevneverdige økonomiske eller administrative konsekvenser. Videre legges til grunn at utvalgets øvrige forslag vil ha begrensede konsekvenser, slik at de i hovedsak vil kunne gjennomføres innenfor de ordinære budsjetttrammene. Det vil kunne være behov for tilføring av noen midler for gjennomføring av utvalgets forslag knyttet til smittevernarbeidet blant innvandrere.

Kapittel 13 inneholder spesielle merknader til utvalgets lovutkast.

Selve lovutkastet er inntatt i *kapittel 14* og inneholder forslag til endringer i straffeloven 2005 §§ 237 og 238 samt mindre endringer i enkelte andre bestemmelser i straffeloven 2005, tilføyelse av en ny § 157a i straffeprosessloven og tilføyelse av et nytt ledd i bioteknologiloven § 2-3.

Kapittel 2

Utvalgets arbeid

2.1 Oppnevning og sammensetning av utvalget

Ved kongelig resolusjon 3. desember 2010 oppnevnte regjeringen et lovutvalg for å utrede ulike spørsmål knyttet til straffeloven og overføring av allmennfarlige smittsomme sykdommer.

Utvalget har hatt følgende sammensetning:

Aslak Syse, professor dr. juris, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo (utvalgsleder)

Trine Kjus Brumoen, overlege, Olafiaklinikken, Oslo Universitetssykehus

Kim Fangen, Pasientrådet for hivpositive

Stig S. Frøland, professor emeritus dr.med., Det medisinske fakultet, Universitetet i Oslo

Bjørn Hofmann, professor, Seksjon for helse, teknologi og samfunn ved Høgskolen i Gjøvik og Senter for medisinsk etikk ved Universitetet i Oslo

Inger-Lise Hognerud, juridisk rådgiver, HivNorge
Jannicke Keller-Fløystad, advokat, Advokatene Hoff, Keller-Fløystad & Co.

Bera Ulstein Moseng, nestleder og seniorrådgiver, Helseutvalget for bedre homohelse

Anne Skjelmerud, seniorrådgiver, Norad

Øystein Søbstad, overlege, Bergen kommune

Karl Otto Thorheim, lovrådgiver, Justis- og beredskapsdepartementet

Bente Træen, professor dr.philos., Det helsevitenskapelige fakultet, Universitetet i Tromsø

Samtlige av utvalgets medlemmer har deltatt i hele utvalgets virketid. Enkelte har skiftet arbeidssted i løpet av perioden.

Utvalgets sekretariat har vært lagt til Helse- og omsorgsdepartementet med fagdirektør Kirsten M. Been Dahl som utvalgets sekretær.

2.2 Utvalgets mandat

Ved kongelig resolusjon 3. desember 2010 ble utvalget gitt følgende mandat:

«Utvalget skal:

- Samle og vurdere kunnskap om hvorvidt det er hensiktsmessig å bruke straffeloven for å rettsforfølge smittefarlig adferd, og i så fall hva slags adferd som bør kunne straffeforfølges, jf smittevernlovens formål om å beskytte samfunnet mot overføring av smittsomme sykdommer.
- I dette arbeidet må utvalget:
 - Vurdere kunnskapsgrunnlaget om eventuelle individual- eller allmennpreventive virkninger av strafferegulering når det gjelder hiv, herunder hvorvidt gjeldende regulering virker diskriminerende, har negativ betydning for den enkeltes atferd, beskyttelsesstrategier og villighet til test. Omfang og årsaker skal beskrives.
 - Vurdere og drøfte ny kunnskap om risiko for overføring av smitte fra en hivpositiv under effektiv behandling (med lave eller ikke påvisbare celledtall¹) ved ubeskyttet sex, i forhold til hvilken juridisk vekt dette aspektet bør tillegges. Eventuelle kunnskapshull på området skal synliggjøres.
 - Drøfte betydningen av straffereguleringen for ikke-smittet/hivnegativ partner jf. den enkeltes ansvar for forebygging, og i hvilken grad straffbarhet for den som er smittet, utilsiktet/indirekte blir oppfattet som et fritak for ansvar for egen helse.
 - Redegjøre for relevant rettspraksis om overføring/spredning av allmennfarlige smittsomme sykdommer og vurdere om denne gir grunnlag for å initiere lovendringer, herunder om skille mellom overlatt og uaktsom smitte er godt nok ivaretatt.
 - Redegjøre for øvrige lands lovgivning, praksis og erfaringer knyttet til overføring/

¹ Utvalget bemerker at det her må siktes til virusmengde i blodet, ikke celledtall.

spredning av allmennfarlige smittsomme sykdommer.

- Redegjøre for Norges internasjonale forpliktelser på området kriminalisering og hiv jf. Ungass.
- Vurdere og foreslå eventuelle endringer i straffelovgivningen og annen lovgivning, og eventuelt foreslå andre virkemidler og konkrete tiltak for å redusere negative følger av gjeldende lovregulering om allmennfarlige smittsomme sykdommer.
- Vurdere systematikken i forholdet mellom straffeloven, smittevernloven og forskrift om allmennfarlige smittsomme sykdommer, og evt. komme med forslag til endringer, samt vurdere forholdet til annen lovgivning som berører hivpositive.
- Utrede økonomiske, administrative og andre vesentlige konsekvenser av forslagene.

Utredningen skal ta utgangspunkt i gjeldende straffelov § 155 og ny straffelov §§ 237 og 238 i den utstrekning endringene har betydning for spørsmål i utredningen.

Prosedyrer og tidsfrister

Utvalget skal trekke inn eksterne ekspertise i arbeidet, for eksempel i form av delutredninger og seminarer, og/eller vurdere behovet for en referansegruppe.

Utvalget skal gjøre seg kjent med relevante lovreguleringer, praksis og tiltak i andre sammenlignbare land. Norge er i dialog med UNAIDS om støtte til et prosjekt i regi av UNAIDS for å se på erfaringer fra kriminalisering av hivsmitte i ulike vestlige land, samt kunnskapsinnsamling når det gjelder smittsomhet av hiv. Utvalget vil kunne ha dialog med dette prosjektet om sentrale spørsmål og arbeidsform, og kunne bruke prosjektets funn. Prosjektet forventes å starte senhøstes 2010. Prosjektbeskrivelse foreligger fra UNAIDS.

Det vil bli stilt et sekretariat til disposisjon for utvalget.

Utvalget skal levere sin innstilling før 1. oktober 2012.

Det forutsettes at utvalgets utgifter dekkes innenfor HODs budsjettammer.»

2.3 Bakgrunn og avgrensning av utvalgets arbeid

Straffeloven 1902 § 155 som rammer det å smitte andre med visse sykdommer eller utsette andre

for smittefare, har stått i straffeloven siden vedtagelsen av loven i 1902. Bestemmelsen ble revidert i forbindelse med vedtagelsen av smittevernloven i 1994. Deretter har bestemmelsen stått uendret med unntak av en språklig klargjøring (ved lov 23. juni 1995 nr. 35) og heving av strafferammen (ved lov 4. juli 2003 nr. 76).

Bestemmelsen har vært omdiskutert, men Straffelovkommisjonen som utredet ny straffelov, foreslo videreføring av straffebudet. Justisdepartementet sluttet seg til dette og fremmet i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)* forslag til §§ 237 og 238 om smitteoverføring og grov smitteoverføring i straffeloven 2005. I tillegg til inndelingen med et grunndelikt (§ 237) og en særskilt bestemmelse om grov smitteoverføring (§ 238) med ulike strafferammer, ble straffebudet – sammenlignet med straffeloven 1902 § 155 – foreslått endret slik at det ikke lenger vil være en forutsetning at gjerningspersonen selv er smitteførende. Bestemmelsene vil således også kunne ramme smitte som spres via vann, mat eller luft. Dette er i straffeloven 1902 regulert i andre bestemmelser som ikke ble foreslått videreført som egne straffebud i den nye straffeloven. Departementet foreslo videre en bestemmelse i § 237 om at straff ikke kommer til anvendelse når den som er blitt smittet med en seksuelt overførbart sykdom eller utsatt for slik smittefare, er ektefelle eller samboer med den som har overført smitte eller utsatt vedkommende for smittefare, og vedkommende på forhånd har samtykket i å bli utsatt for slik fare.

Under høringen før lovendringen i straffeloven 1902 § 155 i 2003 (heving av strafferammen) fremkom kritikk mot straffebudet fra enkelte høringsinstanser. Det ble blant annet uttalt at straffeloven 1902 § 155 unødig stigmatiserer hivpositive, og at bestemmelsen indirekte kan medføre at færre personer velger å ta hivtest. En høringsinstans tok til orde for å oppheve bestemmelsen. Se Ot.prp. nr. 51 (2002–2003) s. 39–43. I arbeidet med ny straffelov ble det vist til dette, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 117–118, jf. også punkt 5.3.3.

Justiskomiteen hadde flere merknader til lovforslaget til straffeloven 2005 §§ 237 og 238 uten at det ble fremsatt alternative forslag, se Innst. O. nr. 73 (2008–2009) s. 20–21, jf. også punkt 5.3.4.

Komiteens flertall viste blant annet til at det internasjonalt er reist spørsmål ved lovgivning som kriminaliserer overføring av hivsmitte eller fare for dette, slik man finner i mange industrial-

serte land og et raskt voksende antall utviklingsland. Det ble pekt på at argumentet om å beskytte folkehelsen benyttes både for og mot slik lovgivning, men at det er lite uavhengig og systematisert kunnskap om hvordan slike lover anvendes i praksis og de konsekvenser de har for folkehelse og vern mot overgrep. Det ble videre vist til at UNAIDS sammen med UN Inter-regional Crime and Justice Research Institute hadde tatt initiativ til å kartlegge lovgivning på området, for å kunne gi forskningsbasert veiledning når det gjelder anvendelse av lovgivning som kriminaliserer overføring av hiv.² Flertallet mente at det burde foretas en gjennomgang av den norske rettstilstanden i lys av en slik kartlegging. Det ble uttalt at det er behov for bedre kunnskap om utilsiktede effekter av gjeldende regulering og om risikoen for smitteoverføring fra personer under effektiv hivbehandling.

Bestemmelsene om smitteoverføring og smittefare i straffeloven 2005 §§ 237 og 238 ble vedtatt enstemmig, men er ikke trådt i kraft ennå. Straffeloven 2005 settes ikke i kraft i sin helhet før tidligst i 2014. Foreløpig er kun kapittel 16 Folke mord, forbrytelse mot menneskeheten og krigsforbrytelse satt i kraft.

I departementenes nasjonale hivstrategi (2009–2014) *Aksept og mestring* er det uttalt at det er behov for mer forskningsbasert kunnskap av kriminologisk og medisinsk art når det gjelder risiko for og overføring av allmennfarlig smittsom sykdom, blant annet hiv. Det er vist til behov for kunnskap om utilsiktede effekter av gjeldende lovregulering, herunder hvorvidt gjeldende regulering diskriminerer hivpositive og/eller har negativ betydning for den enkeltes atferd, beskyttelsesstrategier og villighet til testing. Videre er det pekt på behovet for å fremskaffe forskningsbasert kunnskap om risiko for smitteoverføring fra personer under effektiv behandling, samt å samle kunnskap om internasjonale erfaringer knyttet til ulike former for lovregulering og kriminalisering vedrørende hivsmitte.

Det heter i utvalgets mandat at utredningen «skal ta utgangspunkt i gjeldende straffelov § 155 og ny straffelov §§ 237 og 238 i den utstrekning endringene har betydning for spørsmål i utredningen».

Utvalget har under omtalen av gjeldende rett gjort rede for § 155 og andre relevante bestem-

melser i straffeloven 1902 og rettspraksis knyttet til § 155. Det er også gjort rede for de vedtatte bestemmelsene i straffeloven 2005 §§ 237 og 238 og forarbeidene til disse.

Utvalget har i arbeidet med å utforme forslag til lovendringer funnet det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i bestemmelsene i straffeloven 2005, selv om denne i sin helhet vil tre i kraft tidligst i 2014. Enkeltbestemmelser kan settes i kraft tidligere enn resten av loven om ønskelig. Eventuell oppfølging av utvalgets forslag vil uansett ta noe tid.

Utvalgets arbeid har i stor utstrekning vært knyttet til smitteoverføring og -fare ved seksuell omgang. Dette har blant annet sammenheng med at rettspraksis på området gjennomgående gjelder denne smitemåten. Relevant internasjonalt arbeid er i all hovedsak knyttet til hiv, se kapittel 8. Det er dessuten i mandatet særskilt vist til problemstillinger vedrørende hiv, som per i dag i hovedsak overføres seksuelt. Utvalget har imidlertid også sett hen til at blant annet hiv kan overføres på andre måter, for eksempel ved sprøytedeling, og at det også er andre sykdommer som er aktuelle på feltet. Videre har utvalget ansett det som viktig også å se på smittespredning via luft, vann og mat mv. Bestemmelsene i straffeloven 2005 §§ 237 og 238 omfatter alle former for smittespredning, ikke bare smitteoverføring fra person til person.

Utvalget bruker i hovedsak begrepet *smitteoverføring* om smitte som overføres direkte, som ved seksuell omgang, eller indirekte mellom mennesker, for eksempel via gjenstander, og begrepet *smittespredning* om smitte som spres gjennom luft, vann, mat mv., for eksempel i næringsmiddelindustri. Uttrykkene er verken i medisinsk terminologi eller i vanlig språkbruk forbeholdt de respektive smitemåtene, og begrepene brukes derfor delvis også som samlebegrep for alle smitemåter.

På det første utvalgsmøtet og enkelte etterfølgende møter har utvalget drøftet mandatets føringer for arbeidet. Utvalget tar sikte på – gjennom utredningen – å besvare mandatets ulike punkter.

2.4 Møter og arbeidsform i utvalget

Utvalget hadde sitt første møte 21. desember 2010. Det siste møtet ble avholdt 15.–16. august 2012. Til sammen har utvalget hatt tolv møter. Syv av disse har vært dagsmøter, fire møter har gått over to dager, og ett møte har gått over tre dager. Møtene er avholdt i eller i nærheten av Oslo.

² Planen ble endret, slik at UNAIDS gjennomfører et prosjekt vedrørende kriminalisering av hivsmitte i vestlige land, men ikke i samarbeid med UN Inter-regional Crime and Justice Research Institute. Se punkt 8.3.5.

I den første delen av utvalgets virketid ble kunnskapsinnhenting prioritert, mens utvalgets vurderinger ble foretatt det siste året.

Utvalget har innhentet skriftlige opplysninger fra Riksadvokaten, Norsk pasientskadeerstatning, Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet samt Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker i Oslo og Akershus som er utpekt til smittevernemnd for hele landet. Flere domstoler og politidistrikt har vært behjelpelige med å fremskaffe dommer eller andre opplysninger vedrørende straffefølgning på det aktuelle feltet.

I mandatet heter det at utvalget skal trekke inn ekstern ekspertise i arbeidet, for eksempel i form av delutredninger og seminarer, og/eller vurdere behovet for en referansegruppe. Utvalget har vurdert situasjonen slik at mye ekspertise på det aktuelle fagfeltet, både medisinsk, etisk, samfunnsvitenskapelig og juridisk er representert blant utvalgets medlemmer. Det har derfor ikke vært opplevd behov for en referansegruppe. Av samme grunn har mange av innledningene på utvalgets møter vært holdt av utvalgets egne medlemmer. Alle medlemmene har derved kunnet bidra aktivt til utformingen av utredningen.

Utvalget har funnet det hensiktsmessig å invitere representanter for etater og enkeltpersoner til å innlede om bestemte temaer på utvalgets møter. Innledere og temaer har vært som følger: Professor Jo Stigen, Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo: Skyldformer i strafferetten – særlig om ulike former for forsett.

Assisterende divisjonsdirektør Preben Aavitsland, Nasjonalt folkehelseinstituttet: Oversikt over utbredelsen av allmennfarlige smittsomme sykdommer. Hvilke sykdommer det er relevant å vurdere med hensyn til straff, og kunnskap om disse sykdommene (bortsett fra hiv).

Forsker Arne Backer Grønningsæter, Fafo: Redegjørelse for undersøkelser om kunnskaper og holdninger vedrørende hiv og levekår for hivpositive.

Seniorrådgiver Øyvind Nilsen, Nasjonalt folkehelseinstituttet: Kunnskap fra Folkehelseinstituttet – hvem smitter og hvem blir smittet med hiv?

Overlege Linda Wüsthoff og institusjonssjef Joakim Hauge, begge fra Feltiltaket, Velferdsetaten, Oslo kommune: Erfaringer og inntrykk fra lavterskel-helsetiltak om smittefare og smittespredning i rusmiddel miljøer av hepatitt, hiv mv. Praksis med sprøytedeling og oppfatninger blant misbrukere om smittefare.

Et styremedlem i Homopositiv – som overfor allmennheten ønsker å være anonym: Mestring, risikogrupper og økende smittetall blant homser i Norge – Refleksjoner rundt hiv-epidemiens bakenforliggende faktorer.

Seksjonsoverlege Bente Magny Bergersen, Infeksjonsmedisinsk avdeling, Oslo universitetssykehus: Smittevernveiledning til hivpositive med innvandrerbakgrunn.

Gertrude Bukanga og Girmay Assemahegn, begge ansatt som sosialkonsulenter på Aksept (Senter for alle som er berørt av hiv, Kirkens Bymisjon), møtte utvalget for en dialog om oppfatninger om og holdninger til smittefare og smittevern i innvandrer miljøer.

Videre avholdt utvalget et høringsmøte 9. januar 2012 i Oslo. Møtet var åpent for interesseorganisasjoner og andre interesserte. Det var nærmere 60 påmeldte til møtet. Utvalgets leder orienterte om utvalgets arbeid, og en del av de oppmøtte ga skriftlige og muntlige innspill. Enkelte andre har også gitt skriftlige uttalelser.

For å ivareta mandatets punkt om å redegjøre for andre lands lovgivning, praksis og erfaringer, har representanter for utvalget reist på studietur til flere land. På hver reise har utvalgsleder, to andre utvalgsmedlemmer og utvalgets sekretær deltatt. Studiebesøk i Sverige og Nederland fant sted våren 2011, mens studiebesøk i Sveits, Danmark og Storbritannia fant sted høsten 2011. Valget av land ble foretatt for å få innblikk i erfaringer fra land med ulik type lovgivning og rettspraksis. Under besøkene har utvalget hatt møter med offentlige myndigheter og interesseorganisasjoner samt i noen tilfeller medisinske eller juridiske eksperter (som er navngitt i punkt 10.3). Slik har utvalget fått innblikk i landenes lovgivning og håndhevingen av rettsreglene samt hvordan rettstilstanden oppfattes i ulike miljøer.

Under studiebesøket i Sveits i september 2011 hadde utvalget også møter med WHO, UNAIDS og UNDP for å få nærmere innblikk i det internasjonale arbeidet på feltet.

Den norske ambassaden i det enkelte land og Norges faste delegasjon i Genève bisto velvillig i planlegging og gjennomføring av studiebesøkene. Ambassaden i Paris og ambassaden i Berlin har bistått med å undersøke rettstilstanden på området i henholdsvis Frankrike og Tyskland. Norges faste delegasjon til Europarådet og den norske EU-delegasjonen har også bistått med å finne relevant materiale på sine områder.

Utvalgets sekretær deltok på UNAIDS' *Expert meeting on the scientific, medical, legal and human*

rights aspects of the criminalisation of hiv non-disclosure, exposure and transmission i Genève i august–september 2011.

Utvalgets sekretær deltok videre på konferansen *FEMP 2011 – The Future of European Prevention among MSM* i Stockholm i november 2011.

Utvalgslederen og flere av utvalgsmedlemmene samt utvalgssekretæren deltok på første dag av *High Level Policy Consultation on the science and law of criminalisation of hiv non-disclosure, exposure and transmission* som ble arrangert av UNAIDS og Utenriksdepartementet i Oslo 14.–15. februar 2012.

Utvalgssekretæren deltok på *XIX International AIDS Conference* 22.–27. juli 2012 i Washington DC.

Som vedlegg 1 til utredningen følger notatet *HIV/AIDS – Medisinske aspekter* utarbeidet av utvalgsmedlemmet professor emeritus dr. med. Stig Frøland i sakens anledning. Som vedlegg 2 følger forskrift 1. januar 1995 nr. 100 om allmennfarlige smittsomme sykdommer fastsatt i medhold av smittevernloven. Et engelsk sammendrag av utredningen er tatt inn som vedlegg 3.

Utvalget har i all hovedsak ikke tatt i betraktning nytt materiale etter 1. august 2012.

Kapittel 3

Hensyn som taler for og mot strafferegulering av det å overføre smitte og utsette andre for smittefare

3.1 Innledning – generelle utgangspunkter

Et viktig prinsipielt utgangspunkt er at individene har en alminnelig handlefrihet som det kreves en særlig begrunnelse for å gjøre inngrep i. I ethvert samfunn vil det likevel måtte oppstilles en rekke begrensninger i handlefriheten for å ivareta forskjellige hensyn og interesser.

I sosiologisk teori tales det om «sosial kontroll». Den viktigste sosiale kontrollen skjer i det stille, fra familie, venner og omgivelsene for øvrig, ved ytringer og annen atferd som gir signaler om for eksempel mishag overfor handlinger eller situasjoner. Dette kan forsterkes ved bruk av belønninger, tilbakeholdelse av goder og andre handlinger for å påvirke atferd.¹

I en velferdsstat som Norge har borgerne en rekke individuelle rettigheter. Det offentlige (staten, fylkeskommunen eller kommunen) har plikt til å oppfylle rettighetene. Men det offentlige utøver også sosial kontroll overfor borgerne. Dette ved å påvirke eller tvinge dem til å opptre konformt, eller i det minste innenfor godtatte normer. Blant virkemidlene er informasjon, økonomiske ordninger og administrative tiltak, i særskilte tilfelle tvangstiltak. Det kan iverksettes tiltak av begrensende eller inngripende karakter overfor den enkelte, men bare dersom det har hjemmel i lov. Tiltakene kan være begrunnet i vedkommendes egen interesse eller i samfunnsinteresser, for eksempel hensynet til andre borgers sikkerhet. Både legalitetsprinsippet og menneskerettighetskonvensjoner som Norge er forpliktet til å følge, tilsier at en ikke kan gripe inn i borgernes private livsområde, eller i deres grunnleggende friheter, uten at det finnes hjemmel for dette.

¹ Asbjørn Kjøenstad og Aslak Syse: *Velferdsrett I – Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 4. utg., Oslo 2008, s. 33–34 og 423–424.

Straff er det sterkeste middelet staten bruker for å styre borgernes atferd. Straff er et onde, ment som et onde og uttrykk for klander.²

Av en annen karakter enn de virkemidlene det offentlige som sådan har til rådighet, er privatretslige reaksjoner som krav om erstatning for skade voldt på annen person eller annens eiendom.

Hvilke typer tiltak eller sanksjoner som er tjenlige for å få borgerne til å holde seg innenfor normene og ved brudd på normene, vil variere fra felt til felt. Det er ikke gitt at alle handlingstyper som det er nødvendig å underlegge en viss rettslig regulering, behøver å straffesanksjoner. Det må vurderes om en uønsket handling er av en slik karakter og har et slikt alvor at det kan forsvares å anvende straff. For noen handlinger fremstår dette som selvsagt, mens det i andre tilfeller kreves en nærmere vurdering.³ I vurderingen av hva som bør være straffbelagt, er det blant annet naturlig å ta hensyn til hvilke andre virkemidler som står til rådighet ved den aktuelle typen handlinger.

Synet på hva som bør være straffbart, skifter med tid og sted. Også synet på hvilke generelle vilkår som bør være oppfylt for å straffe, og hvilke reaksjoner som bør kunne ilegges, varierer over tid. Slike holdningsendringer skyldes en rekke forhold, blant annet den stadige tekniske utviklingen og skifter i det økonomiske, politiske, etiske og religiøse klimaet.⁴

Strafferegulering bygger på konsekvensetikk, pliktetikk og andre etiske perspektiver, slik som dydsetikk, allmenmoral, kasuistikk med fler. Slike perspektiv gir ikke entydige svar på de moralske spørsmålene knyttet til strafferegulering av

² Se for eksempel Svein Slettan: *Hva bør straffes?* Jussens Venner nr. 2/2002, s.133–146.

³ Magnus Matningsdal: *Norsk spesiell strafferett*, Bergen 2010, s. 14.

⁴ NOU 2002: 4 Ny straffelov – Straffelovkomisjonens delutredning VII, s. 78–79.

smitte, da de ulike hovedretningene innen etikk kommer i ulike støpninger som har forskjellige tolkninger og gir ulike svar. De ulike etiske perspektivene vil derfor være inkorporert i den følgende drøftingen uten å omtales eksplisitt. Folkehelseargumentet er i stor utstrekning basert på nytteetikk (en form for konsekvensetikk). Den allmenne rettsfølelse kan beskrives av flere etiske perspektiver, deriblant pliktetikk, dydsetikk og allmennmoral. Retten til privatliv og selvbestemmelse kan begrunnes både ut fra nytteetikk og pliktetikk. Skadefølgeprinsippet er i hovedsak et konsekvensetisk prinsipp.

I punkt 3.2 redegjøres for hovedprinsipper for kriminalisering som ble lagt til grunn i arbeidet med ny straffelov. Resten av kapittel 3 omhandler ulike hensyn spesielt knyttet til strafferegulering av smitteoverføring og smittefare. Det bemerkes at systematiseringen kunne vært gjort langs andre skillelinjer enn den valgte inndelingen i punkt 3.4 til 3.10, og at ikke alle hensyn og argumenter faller sammen med slike skiller. Noen av hensynene kan passe i flere av kategoriene, og det kan i punktene være omtalt flere beslektede hensyn eller argumenter i tillegg til det som er valgt til overskrift.

3.2 Prinsipper for kriminalisering – straffeloven 2005

3.2.1 Straffelovkommisjonen

Straffelovkommisjonen behandlet grunnleggende spørsmål om kriminalisering i delutredning I⁵ kapittel 4 *Straffens formål og virkninger*, kapittel 5 *Makt, rett og kriminalisering – håndhevelse av straffebudene* og kapittel 28 *Alternativer til straff*. I delutredning VII⁶ drøftet kommisjonen enkelte spørsmål om bruk av straff som ble ansett som spesielt viktige for kommisjonens arbeid, se særlig side 79–86.

Straffelovkommisjonen understreket at den hadde

«[...] til oppgave å vurdere hvilke handlinger som skal være straffbare. Spørsmålene omkring hvilke lovregler som for øvrig skal gjelde i samfunnet, og hvordan ulike typer av lovbrudd kan møtes med ulike reaksjoner, reker langt videre. Det er ikke handlefrihetens

yttergrense, men først og fremst grensen mellom straffbar og straffri atferd som er tema for kommisjonens vurderinger.»

Videre ble det uttalt:

«Det er neppe mulig å angi entydige kriterier for hvilke handlinger som bør sanksjoneres med straff. Det er heller ikke gitt at vurderingen blir helt den samme uavhengig av om man står overfor en handlingstype som er belagt med straff i dag, eller om man vurderer å kriminalisere nye handlingstyper, [...]

Kommisjonen mener generelt at det bør vises tilbakeholdenhet med bruk av straff.»

Straffelovkommisjonen mente at det først og fremst er handlinger som på en eller annen måte medfører skade eller fare for skade, som bør straffesanksjoneres. Dette overordnede prinsippet – skadefølgeprinsippet – innebærer at

«[...] straff bare bør brukes som reaksjon på handlinger som medfører, eller kan medføre, at noen påføres skade. Prinsippet bygger på at individet i størst mulig grad bør kunne handle fritt, og at straff bare bør kunne anvendes når tungtveiende grunner taler for det. Slike tungtveiende grunner vil stort sett bare foreligge når en handlingstype kan medføre skadevirkninger.»

Kommisjonen utdypet dette slik:

«Det første spørsmålet som reiser seg, er hvilke følger som skal regnes som «skade» i relasjon til skadefølgeprinsippet. For mange typer atferd er dette ukontroversielt. Drap og tyveri er eksempler på lovbrudd hvor skadevirkningene ligger i dagen. Men ellers kan det være uklart om ulike typer atferd har skadevirkninger. Det er to grunner til dette. For det første kan det være omstridt hvorvidt en aktuell virkning bør ansees som skade i relasjon til skadefølgeprinsippet. For det andre vil det kunne være usikkert om en type atferd rent faktisk har en mulig skadevirkning.

Når det gjelder spørsmålet om hva som bør ansees som «skade», er et sentralt spørsmål i hvilken grad den alminnelige moraloppfatning skal tillegges betydning. Det har vært hevdet at samfunnet hviler på en moralsk konsensus. Det som truer moralen, truer etter et slikt syn også samfunnet. Fordi en av lovens hovedoppgaver er å beskytte samfunnet, vil mange av til-

⁵ NOU 1983: 57 Straffelovgivningen under omforming – Straffelovkommisjonens delutredning I.

⁶ NOU 2002: 4 Ny straffelov – Straffelovkommisjonens delutredning VII.

hengerne av dette synet mene at det er legitimt å anvende straff for å beskytte samfunnets felles moral. Dersom man skal innpasse skadefølgeprinsippet i et slikt perspektiv, må «skade» defineres så vidt at også skader som fører til en oppløsning av samfunnsmorale, omfattes av begrepet. Handlinger kan i dette perspektivet ikke betraktes isolert fra deres virkning på den rådende moraloppfatning. Dersom man legger til grunn et så vidt skadebegrep, kan også atferd som virker støtende på andre menneskers moraloppfatning, sies å medføre «skade».

Et visst fellesskap i verdi- og moralsyn er nødvendig for at et samfunn skal kunne fungere uten for store konflikter. Moralnормer som omhandler liv, legeme, frihet og eiendom, er trolig av slik fundamental betydning. Det kan imidlertid reises en rekke innvendinger mot det synet at straffeloven bør verne om samfunnets felles moral også når en handling ikke har andre skadevirkninger enn en oppløsning av samfunnsmorale.

En slik innvending er at det på en rekke områder neppe er grunnlag for å snakke om noen felles moral. På mange områder er det en liten grad av enhet i det moralske synet. En annen innvending er at det er meget usikkert om forekomsten av handlinger som oppfattes som umoralske av et flertall av befolkningen, virkelig utgjør noen trussel mot moralnormene. I alle fall en del moralnormer kan tenkes å leve vel så godt med en viss opposisjon. En ytterligere innvending er at en mest mulig konform moral framstår som en noe tvilsom verdi å tilstrebe uten hensyn til de aktuelle moralnormenes konkrete innhold. En siste innvending mot kriminalisering av handlinger som ikke har påviselige skadevirkninger utover en mulig svekkelse av samfunnets felles moral, er at straff trolig har liten påvirkningskraft på det gjeldende moralsynet på mange livsområder. [...]

Når det gjelder spørsmålet om hvordan man skal forholde seg til usikkerhet omkring de faktiske virkningene av en type atferd, må man ta stilling til hvor stor fare for skade som skal kreves før en handlingstype kriminaliseres. Dette spørsmålet kan ikke besvares generelt. Det vil selvsagt ha betydning hvilke skadefølger den aktuelle handlingstypen kan ha. Dersom de mulige skadefølgene er alvorlige, vil det måtte kreves en lavere grad av sannsynlighet før kriminalisering er aktuelt, enn dersom det er snakk om mindre alvorlige mulige skadefølger. Videre vil det ha betydning hvilke

hensyn som isolert sett taler for å tillate den aktuelle handlingstypen. Mange typer virksomhet som har et fornuftig formål, innebærer en viss risiko. Dette gjelder mange typer verdiskapende virksomhet, men også ulike fritidsaktiviteter. Slike aktiviteter kan lettere aksepteres til tross for at de kan ha skadevirkninger, enn atferd som ikke har noen egenverdi utover den generelle handlefriheten. [...]

Et annet spørsmål som reiser seg i forhold til anvendelsen av skadefølgeprinsippet, er om det bør avgrenses mot skade som noen gjør på seg selv. En livsstil eller enkeltstående handlinger som kan innebære skadevirkninger på individet selv, må etter kommisjonens syn langt på vei aksepteres. Kommisjonen mener likevel at det kan være grunn til å ha enkelte bestemmelser som tar sikte på å verne mennesker mot skade på seg selv, såkalte paternalistiske straffebud, og at selvbestemmelsesretten således kan ha en grense. [...]

En hovedbegrunnelse for å unngå paternalistiske straffebud er at det er mer adekvat å sette inn helsemessige tiltak av ulik art for å forhindre slike handlinger.

I mange tilfeller kan man imidlertid hevde at straffebud med paternalistiske trekk også tar sikte på å avverge skadefølger på samfunnet eller for vedkommendes nærmeste. På grunn av vårt utbygde velferdssystem kan for eksempel personskafer som noen påfører seg selv, sies å skade samfunnet ved at ulike helse- og trygdeordninger belastes. Atferd som innebærer skade på individet selv, vil dessuten i mange tilfeller også berøre familie og omgangskrets. Også skadeverk på egen eiendom – som ikke er straffbart – kan kanskje sies å påføre samfunnet skade ved at verdier går tapt. I dag er det særlig denne type argumenter som begrunner paternalistiske straffebud.

[...]

I enkelte tilfeller kan det også være aktuelt å kriminalisere atferd som ikke har noen direkte skadevirkninger, og som i seg selv ikke framstår som straffverdig. Det er først og fremst kontroll- eller effektivitetshensyn som kan danne grunnlag for kriminalisering i slike tilfeller. [...]

Kommisjonen drøftet spørsmålet om straffens begrunnelse, berettigelse og hensiktsmessighet under henvisning til at dette hører til strafferettens grunnlagsproblemer, og i noen grad må vurderes når man skal behandle kriminaliserings-spørsmål. Det ble blant annet uttalt:

«Kommisjonen mener at både rettferdighetsbetraktninger og straffens nyttevirkninger kan begrunne samfunnets bruk av straff. Særlig utgjør straffens evne til å forebygge farlig eller skadelig atferd en begrunnelse for straff. Begrepet «begrunnelse» er imidlertid tvetydig. Dels kan det brukes om «hensyn som taler for bruk av straff». Dels kan det brukes i betydningen «tilstrekkelig begrunnelse». For at straff skal være tilstrekkelig begrunnet, må de hensynene som taler for bruk av straff, veie tyngre enn de hensynene som taler mot. Etter kommisjonens syn er det klart at straffen som institusjon er tilstrekkelig begrunnet, i den forstand at det finnes mange tilfeller der hensynene for bruk av straff veier tyngre enn hensynene mot. Kommisjonens oppgave er imidlertid å vurdere hvilke konkrete handlingstyper som skal kriminaliseres. I denne sammenhengen er det viktig å kartlegge også de hensynene som taler mot bruk av straff. Slike mothensyn er dels et spørsmål om hvor langt straffens berettigelse strekker seg, [...], dels et spørsmål om i hvilken grad det er hensiktsmessig å benytte straff, [...]»

Om berettigelsen av straff uttalte kommisjonen:

«Straffen er et tilsiktet onde. Skal staten tilføre borgerne et slikt tilsiktet onde, krever det en moralsk berettigelse. Etter kommisjonens syn kan man i prinsippet ikke nøye seg med å undersøke hva som kan oppnås med straff, når man skal avgjøre om en handling skal være straffbar. En formålsbegrunnelse vil ikke nødvendigvis innebære en tilstrekkelig moralsk legitimering av straffen. [...] bruk av straff krever en moralsk berettigelse utover straffens nyttevirkninger.

I hvilke tilfeller straff er moralsk berettiget, er et meget vanskelig spørsmål. Nytt hensyn er etter kommisjonens syn relevante – det vil nok for mange framstå som meningsløst og derfor også etisk betenkelig at samfunnet skulle påføre borgere et tilsiktet onde hvis det ikke skulle tjene til noe. For at samfunnet skal være berettiget til overhodet å bruke straff som virkemiddel, må det imidlertid også kreves at en straffereaksjon framstår som rimelig eller rettferdig. Humanitetshensyn og forholdsmessighetsbetraktninger står her sentralt. Ved vurderingen vil det ha betydning om straff er nødvendig for å verne en interesse, eller om et tilfredsstillende vern kan oppnås med andre og mindre inngripende midler, [...].

Skrankene mot bruk av straff må nødvendigvis bli skjønnsmessige.»

Kommisjonen uttalte videre om hensiktsmessigheten av straff:

«[...] Det bør da være avgjørende for spørsmålet om kriminalisering hvorvidt straff samlet sett er en hensiktsmessig reaksjon på ulike handlingstyper. [...]

Ved vurderingen av om det er hensiktsmessig å kriminalisere en type lovbrudd, må straffens nyttevirkninger holdes opp mot straffens omkostninger. [...] Men både straffens nyttevirkninger og omkostninger er usikre. Etter kommisjonens syn taler denne usikkerheten for at man foretar en grundig, konkret vurdering av om straff er en hensiktsmessig reaksjon på uønsket atferd, før denne atferden kriminaliseres.

Det er særlig straffens ulike prevensjonsvirkninger som er viktige fra et nytteperspektiv, selv om det at befolkningen opplever at uønsket atferd rammes med en rettferdig straff, også kan ha visse nyttevirkninger. Kommisjonen behandler ikke straffens nyttevirkninger nærmere her. Det kan imidlertid se ut til at lovgiver i mange sammenhenger har hatt en for optimistisk tro på hva som kan oppnås med straff. I mange tilfeller kan det se ut til å ha vært en kort vei fra en handlingstype har vært mislikt av de styrende myndigheter, til den har blitt belagt med straff. Forholdet mellom straffens nyttevirkninger og omkostninger har ikke alltid blitt tilstrekkelig vurdert i denne sammenhengen. I det følgende peker kommisjonen på en del grunner til å være varsom med bruk av straff.

De mothensynene som gjør seg gjeldende i forhold til kriminalisering, varierer med mange forhold. Det har stor betydning om det fastsettes en strafferamme med fengselsstraff eller bare bot i et straffebud. Straffens omkostninger er nokså forskjellige for disse straffartene. Den mest innlysende omkostningen ved straff er de menneskelige belastningene ubetinget fengselsstraff kan ha på den domfelte og dennes familie. Det er imidlertid også en rekke andre forhold som tilsier at man bør være varsom med kriminalisering.

Kriminalisering bør unngås dersom det ikke er mulig å håndheve et straffebud uten å krenke viktigere interesser enn de interessene straffebudet er satt til å verne. Eksempler på interesser som kan komme i konflikt med kri-

minalisering, er hensynet til privatlivets fred og ytringsfriheten. [...]

I forhold til enkelte uønskede handlingstyper lar det seg dessuten vanskelig gjøre å utforme straffebud som kan håndheves på en måte som i tilstrekkelig grad tar hensyn til forutberegnelighet. Kommisjonen mener slike lovtekniske hensyn kan utgjøre en tilstrekkelig begrunnelse for å avstå fra kriminalisering. Det bør således for eksempel utvises forsiktighet med å innføre straffebud som inneholder vide rettslige standarder. [...]

Videre må ressurshensyn tas i betraktning ved vurderingen av i hvilken grad samfunnet skal bruke straff som reaksjon mot uønskede handlinger. [...]

Utstrakt kontroll kan dessuten i seg selv være et onde, selv om håndhevingen er effektiv i forhold til de ressursene som settes inn. Det er verken praktisk mulig eller ønskelig å strafforfølge ethvert lovbrudd. Å tilstrebe noe slikt ville kreve et overvåkningsnivå i samfunnet som de færreste ønsker. Dette gjelder særlig i forhold til mindre alvorlige lovbrudd. Men dersom et straffebud aldri er i bruk, til tross for at det konstateres en rekke overtredelser som det ville være praktisk mulig å strafforfølge, er det grunn til å vurdere behovet for det aktuelle straffebudet.»

Kommisjonen drøftet privatrettslige virkninger og administrative sanksjoner som alternativ til straff etter å ha påpekt at

«Straff kan, [...], være lite hensiktsmessig på grunn av menneskelige, samfunnsmessige og økonomiske omkostninger. Men for mange handlingstyper vil straff kunne være mer hensiktsmessig enn ingen reaksjon. Før man kriminaliserer slik atferd, bør det imidlertid undersøkes om andre, mindre inngripende rettsvirkninger av lovbrudd kan gi et like godt eller mer hensiktsmessig vern av de beskyttede interessene.»

Kommisjonen fremhevet at langt de fleste normovertredelser bare møtes med sivile reaksjoner, og ikke straff.

For overtredelser av spesiallovgivningen pekte kommisjonen på at det i betydelig utstrekning finnes administrative sanksjoner som kan være et alternativ til straff. Kommisjonen fremhevet at slike sanksjoner oppleves som mindre belastende, men at den preventive effekt ofte vil opprettholdes eller endog bedres fordi tilsyns-

eller kontrollmyndigheter med spesialinnsikt vil oppklare flere forhold enn politiet. En administrativ reaksjon kan dessuten ofte bli ilagt raskere enn en straffereaksjon.

Kommisjonen pekte på at også andre virkemidler kan «være egnet til å påvirke atferd, ikke minst ulike former for positive reaksjoner som alternativ til negative sanksjoner, for eksempel ulike former for subsidier eller andre støtteordninger.»

Kommisjonen uttalte at et hovedsynspunkt var:

«Et begrensende prinsipp for bruk av straff, som har en side mot både straffens berettigelse og hensiktsmessighet, er at straff bare bør brukes dersom man ikke kan oppnå en like god eller bedre nytteeffekt med andre og mindre inngripende virkemidler.»

Om betydningen av at en handlingstype allerede er straffbar, bemerket kommisjonen:

«Ved vurderingen av om en handlingstype skal være straffbar, er det ikke uten betydning om den aktuelle typen atferd allerede er straffbar. En revisjon av straffelovgivningen innebærer et stort arbeid. Det ville ikke være praktisk mulig å foreta inngående vurderinger av kriminaliseringsspørsmålet for alle tenkelige handlingstyper. Ved vurderingen av hvilke handlinger som skal være belagt med straff, vil det da være naturlig å ta utgangspunkt i gjeldende rett.

En grunn til å være særlig tilbakeholden med nykriminalisering er det betydelige kapasitetsproblemet man har i strafferettsapparatet. I prinsippet skulle det ikke ha noen betydning for kapasitetsspørsmålet om man avholder seg fra å kriminalisere nye handlingstyper, eller om man opphever eksisterende bestemmelser. I praksis viser det seg imidlertid at det ofte er et press i retning av å kriminalisere stadig flere handlingstyper, samtidig som viljen til å oppheve eksisterende straffebud er liten. Det er derfor viktig at lovgiver er særlig på vakt mot unødige nykriminaliseringer dersom området for det straffbare skal holdes på et rimelig nivå.»

Straffelovkommisjonen pekte også på at mange av de hensynene som er relevante ved vurderingen av om en handlingstype skal kriminaliseres, også vil være naturlig å legge vekt på ved fastsettelsen av strafferammer.

3.2.2 Sanksjonsutvalget

Også Sanksjonsutvalget drøftet hvilke handlinger som bør kriminaliseres, se NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring – Et mer nyansert og effektivt sanksjons-system med mindre bruk av straff*. En av hovedoppgavene for utvalget var å utforme prinsipper for når det bør reageres med straff mot lovbrudd. Utvalget la hovedvekt på overtredelser av spesiallovgivningen, men prinsippene og hensynene som utvalget anbefaler, supplerte og videreutviklet Straffelovkomisjonens mer generelle vurderinger av hva som bør kriminaliseres. Dette gjelder særlig spørsmålet om når administrative sanksjoner kan være et alternativ til straff, og dermed danne grunnlag for avkriminalisering.

Et hovedsynspunkt i Sanksjonsutvalgets utredning er at bruken av straff bør reduseres. Utvalget trakk særlig fram fem hensyn. Oppsummeringsvis er disse at straff må være nødvendig og at andre sanksjoner ikke er tilstrekkelige, at straff bare bør brukes ved alvorlige lovbrudd og der de interessene det er tale om å verne, er så viktige at de forsvarer straff, samt at det bør være en forutsetning at handlingen i praksis vil bli søkt avdekket og straffetrusselen håndhevet.

Utvalget stilte altså opp et kvalifikasjonskrav, og det ble fremhevet at dette er relativt i den forstand at lovgiverne må ta hensyn til hvor sentrale samfunnsinteresser som vernes, og hva slags rettsområde som reguleres. Lovgiverne bør etter Sanksjonsutvalgets syn «søke å unngå straffebestemmelser som er ment å være rene symboler/verdimarkører». Utvalget understreket at kriminaliseringsspørsmålet må avgjøres etter en helhetsvurdering, der hensiktsmessighet står sentralt.

Sanksjonsutvalgets arbeid er foreløpig (pr. 1. august 2012) ikke fulgt opp i noen egen lovproposisjon.

3.2.3 Regjeringens forslag til ny straffelov

Justisdepartementet sluttet seg i det vesentlige til vurderingene i Straffelovkomisjonens delutredning VII og Sanksjonsutvalgets utredning NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring*.

I Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) *Om lov om straff (straffeloven)* ble det i kapittel 6 gjort rede for straffens formål og virkninger. Departementet bemerket at i vurderingen av hvilke handlinger og unnlater som bør være straffbare, må disse alminnelige begrunnelsene for straff suppleres med og utdypes av andre rettspolitiske hensyn, som ble drøftet i kapittel 7. Departementet bemerket at det i

«[...] sin ytterste konsekvens foreligger to alternativer dersom det skal gjøres endringer i hva som er straffbart: Å avkriminalisere handlinger som i dag er straffbare, eller å kriminalisere handlinger som er straffrie (nykriminalisering). Problemstillingen reiser seg også i en mer avdempet form som et spørsmål om nedkriminalisering (å bruke mildere straff) eller oppkriminalisering (å bruke strengere straff).»

Departementet pekte på at de prinsippene som er lagt til grunn i arbeidet med ny straffelov, herunder Stortingets syn på prinsipper for vurderingen av hvilke handlinger som skal være straffbare, også bør legges til grunn ved senere endringer i en ny straffelov og i spesiallovgivningen.

Departementet sluttet seg til skadefølgeprinsippet og uttalte:

«Skadefølgeprinsippet bør være utgangspunkt og grunnvilkår for kriminalisering: Atferd bør bare gjøres straffbar dersom den fører til skade eller fare for skade på interesser som bør vernes av samfunnet. I tillegg må to andre kriterier vurderes for at loven skal sette straff for en bestemt atferd: (1) Straff bør bare brukes dersom andre reaksjoner og sanksjoner ikke finnes eller åpenbart ikke vil være tilstrekkelige. (2) Straff bør bare brukes dersom nyttevirkningene er klart større enn skadevirkningene.»

Det ble imidlertid bemerket:

«Skadefølgeprinsippet kan ikke forstås som absolutte regler som avskjærer muligheten for å kriminalisere en handling som ikke medfører skade eller fare for skade. Poenget med prinsippet er at det gir utgangspunkter som stiller krav om en særskilt tungtveiende begrunnelse dersom straff likevel skal tas i bruk.»

Videre het det:

«Kjernen i skadefølgeprinsippet er at bruken av straff må være rasjonell og human. Individene bør i størst mulig grad kunne handle fritt, og straff bør bare brukes når tungtveiende hensyn taler for det. Fordelene med å kriminalisere en handling må veies opp mot ulempene, inkludert de negative konsekvensene en domfellelse og soning vil få for dem som blir straffet. Fordelene vil i utgangspunktet bare kunne være store nok dersom handlingene som man ønsker å hindre, kan medføre skade eller fare for skade på interesser som har et

rettmessig krav på vern. Til slike interesser regnes særlig individets fysiske og psykiske integritet, økonomiske verdier og samfunnsinteresser.

Ikke alle handlinger som volder skade, er uønsket og verdt å bekjempe. Fremstillingen nedenfor gir flere eksempler på at en skadevoldende handling eller virksomhet har andre, positive virkninger som mer enn oppveier skadefølgene: Det kan ha verdi å la den enkelte få lov til å utsette seg selv for farefull virksomhet, for eksempel risikopreget idrett. Også mer kollektive interesser kan forsvare at en skadevoldende virksomhet ikke blir forbudt: Det bør være tillatt å produsere biler og fly selv om produksjonen fører til at personer dør. Som en felles merkelapp på den tillatte risiko benyttes ofte uttrykket «den alminnelige handlefrihet».

Departementet drøftet en rekke aspekter knyttet til skadefølgeprinsippet:

«Den mest grunnleggende konsekvensen av skadefølgeprinsippet er at man bør avkriminalisere – og i hvert fall ikke nykriminalisere – handlinger som i vår tid ikke er egnet til å medføre skade eller fare for skade.

[...]

Departementet er enig med Straffelovkomisjonen i at straff ikke bør brukes utelukkende for å verne moralske eller religiøse normer.

[...]

Et ønske om å bli beskyttet mot ulike mildere former for psykisk eller fysisk ubehag vil normalt ikke være tilstrekkelig for å nyte et strafferettslig vern. [...] Skulle strafferettsapparatet ta seg av alle mellommenneskelige handlinger og ytringer som volder ubehag, ville det dessuten kunne foreta seg lite annet. De fleste ville nok også oppleve det som støtende om denne typen av handlinger og ytringer skulle bli en sak for statens maktapparat.

Det er imidlertid en viktig oppgave å skape en større grad av bevissthet i befolkningen om at ikke alle handlinger som er lovlige, er rettmessige eller etisk forsvarlige, og at samfunnets forsvarsverk mot det å volde medmennesker ubehag bør baseres på andre virkemidler enn straff.

[...]

Straff bør som hovedregel heller ikke brukes på handlinger som utelukkende eller i det alt vesentlige er skadelige for gjerningsperso-

nen selv, som for eksempel utøvelse av ekstremsport.

Situasjonen kan imidlertid være en annen hvis også andre personer eller samfunnet påføres skade – direkte eller indirekte.

[...]

Det som er sagt om selvpåført skade eller fare for skade, gjelder langt på vei også for skadevoldende handlinger som utføres med samtykke fra den som rammes, som for eksempel deltakelse i en slåsskamp. Når enkelte skadevoldende handlinger likevel bør straffes selv om den fornærmede samtykker, skyldes det særlig at handlingen også skader kollektive interesser – for eksempel i form av ekstrabelastninger på helse- og trykdevesenet. I tillegg vil en skadevoldende handling utført med samtykke kunne ha en forrående virkning på samfunnet.»

Departementet uttalte videre at straff ikke uten videre bør brukes for å legge til rette for kontroll eller for å tvinge fram hjelp.

Under overskriften «Lovgiverne bør ha bevisbyrden for at en handling medfører skade eller fare for skade» bemerket departementet:

«Dersom skadefølgen er usikker, og ikke av det mest alvorlige slaget, bør handlinger ikke kriminaliseres for «sikkerhets skyld». Dette kan uttrykkes slik at lovgiveren har bevisbyrden for at handlingen som kriminaliseres, utgjør en uakseptabel risiko for skade på beskyttelsesverdige interesser. Kravet til bevis bør være relativt, i den forstand at det kreves bedre dokumentasjon desto mindre handlingen er egnet til å skade interessene som skal vernes.»

Departementet understreket videre at det ikke er tilstrekkelig for å begrunne kriminalisering at grunnvilkåret i skadefølgeprinsippet er oppfylt, slik at handlingen av den grunn er straffverdig. Det ble uttalt:

«Prinsippene for kriminalisering bør inkludere to tilleggsvilkår, nemlig at andre, tilstrekkelige virkemidler ikke finnes og at straff er hensiktsmessig. På den annen side kan andre kriterier tenkes å tale for at det bør skje en kriminalisering i samsvar med skadefølgeprinsippet, for eksempel om dette bidrar til å markere grunnleggende verdier i samfunnet.»

Departementet bemerket videre at straff bare bør benyttes som en siste utvei:

«Å gjøre en handling straffbar bør være det siste virkemidlet samfunnet griper til for å styre atferd. Kriminalisering bør med andre ord være av subsidiær karakter, og bare brukes hvor andre sanksjoner mot lovbrudd ikke finnes eller åpenbart ikke vil være tilstrekkelige. Muligheten for å styre atferd gjennom andre sanksjoner og reaksjoner mot lovbrudd enn straff melder seg særlig for mindre alvorlige overtredelser, både av bestemmelser som verner private og offentlige interesser.

[...]

Konsekvensene av å ta i bruk alternative sanksjoner bør være at strafferettsapparatet for fremtiden som et utgangspunkt ikke belastes med mindre krenkelser av private interesser, som for eksempel pliktbrudd i forhold mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker, [...] Men synspunktet vil nok først og fremst få den virkning at det begrunner at man avstår fra nykriminalisering. En avkriminalisering av private krenkelser vil lettere bli oppfattet som legitimering, selv om andre sanksjoner står til rådighet. Grensen mellom avkriminalisering og legalisering er ikke alltid like lett å formidle. Et forslag om for eksempel å avkriminalisere små skadeverk, medfører ikke at slike handlinger blir rettmessige; de vil fremdeles være ulovlige angrep på eiendomsretten. For enkelte kan det imidlertid fremstå slik at handlingen nå er «lov», og det overses at den medfører andre rettslige konsekvenser, som erstatningsansvar. Noen overtredelser vil dessuten være såpass bagatellmessige at det er upraktisk med andre virkemidler enn straff. Slik vil det for eksempel være ved små skadeverk og naskerier. Slike lovbrudd kan hver for seg være så bagatellmessige at sivilrettslig søksmål ikke fremstår som noen løsning. Men samlet sett vil lovbruddene kunne utgjøre et stort samfunnsproblem. Av ressurs hensyn kan det imidlertid være aktuelt å vurdere en enklere form for strafforfølgning for noen slike lovbrudd, for eksempel forenklet forelegg.

For overtredelser av offentligrettslig reguleringslovgivning finnes det allerede i dag i stor grad andre sanksjoner som utgjør alternativer til kriminalisering og straff, [...]»

Under overskriften «Straff bør bare benyttes dersom det er hensiktsmessig» uttalte departementet:

«Som nevnt foran, bør det ikke være tilstrekkelig for å kriminalisere en handling at den medfører skade eller fare for skade og at tilstrekkelig etterlevelse bare kan oppnås ved bruk av straff. I tillegg til vilkåret om at andre sanksjoner ikke er tilstrekkelige, må det stilles som vilkår at bruk av straff er hensiktsmessig. I det ligger at en handling bare bør kriminaliseres dersom nyttevirkningene er klart større enn skadevirkningene.

Vilkåret om hensiktsmessighet gjør at hensynene som taler mot bruk av straff, må trekkes inn i vurderingen. Departementet slutter seg til Straffelovkommissjonen som trekker frem særlig syv slike mothensyn, jf. utredningen side 82–84: (1) Menneskelige belastninger for den domfelte og dennes familie, særlig ved ubetinget fengselsstraff, (2) håndheving vil krenke privatlivets fred eller ytringsfriheten, (3) straffebudet må utformes så vagt at forutberegneligheten blir dårlig, (4) ressurs hensyn; straff bør ikke brukes dersom ressursknapphet avskjærer oppfølging i praksis, (5) ønsket om et begrenset overvåkningsnivå gjør at ikke alle typer lovbrudd bør strafforfølges, (6) strafforfølgning av bagatellovbrudd kan skape en følelse av ufrihet i befolkningen og svekke respekten for straff, og (7) kriminalisering kan tvinge virksomheten under jorden slik at den antar farligere former eller skaper et illegalt marked. I tillegg kan en mer generelt fremheve at bruk av straff må fremstå som et tilstrekkelig effektivt redskap for å påvirke atferden.»

Det ble pekt på et særlig behov for å vurdere om enkelte handlinger bør avkriminaliseres:

«Siden straffeloven ble vedtatt i 1902, har nykriminaliseringen vært langt større enn avkriminaliseringen, ikke minst på grunn av fremveksten av annen og mer spesialisert lovgivning (spesiallovgivningen). Jo mer omfattende straffelovgivning er samlet sett, desto større kan risikoen være for at folk mister respekten for straff. Særlig gjelder dette dersom antallet straffebud som retter seg mot mer bagatellmessige overtredelser, er stort.

I de siste tiårene har kriminalitetsutviklingen dessuten vært så kraftig at det er blitt tydeligere at strafferettsapparatet ikke har kapasitet til å forfølge alle straffbare handlinger. Politiet og påtalemyndigheten må i større grad enn før prioritere hvilke saker som skal følges opp. Manglende håndhevelse kan lett slite på befolkningens tillit til rettsystemet og de retts-

håndhevende myndigheter. Og mer bagatellmessige forhold som av ulike grunner må straffefølges, stjeler ressurser fra forfølgningen av mer alvorlige forhold. På den annen side har fremveksten av en stor offentlig forvaltning, med flere kontroll- og tilsynsorganer og utvikling av nye typer av sanksjoner, gjort at behovet for å benytte straff til å styre atferd er mindre enn før.

Et annet utviklingstrekk er at samfunnet er blitt mer pluralistisk og sekularisert. I løpet av de siste 30-40 årene har holdningen til moralske og religiøse spørsmål endret seg betydelig i deler av befolkningen. Gamle holdninger er myket opp og gjort mindre markante, og nye verdier og holdninger har kommet til – blant annet som en følge av innvandring av personer fra andre kulturer.»

Departementet uttalte videre:

«Et sentralt spørsmål er om det bør ha noen betydning for kriminaliseringsspørsmålet om en handling allerede er straffbar. Stilt på en annen måte er spørsmålet om det skal mer til for å avkriminalisere enn for å unnlate å kriminalisere en handling. Straffelovkommisjonen fremhever at det ikke er uten betydning om «den aktuelle typen atferd allerede er straffbar», jf. delutredning VII på side 86. Underforstått peker kommisjonens drøftelse i retning av at det er mer aktuelt å unngå nykriminalisering enn å avkriminalisere handlinger som i dag er straffbare. Kommisjonen synes særlig å begrunne dette med at det ikke er «praktisk mulig å foreta inngående vurderinger av kriminaliseringsspørsmålet» for ethvert eksisterende straffebed, og at det da er naturlig å ta utgangspunkt i gjeldende rett. For å unngå kapasitetsproblemer understreker kommisjonen det som særlig viktig at «lovgiver er på vakt mot unødige nykriminaliseringer dersom området for det straffbare skal holdes på et rimelig nivå».

Departementet er enig med kommisjonen i at prinsippene for kriminalisering gjør seg sterkest gjeldende ved nykriminalisering. For handlinger som har vært straffbare over lengre tid, vil en avkriminalisering lettere skape inntrykk av at samfunnet aksepterer handlingen, enn tilfellet er ved en manglende nykriminalisering. En avkriminalisering kan oppfattes som et signal fra samfunnet om at handlingen ikke lenger anses som skadelig eller farlig. Det stemmer når straffebed som utviklingen har

løpt fra blir opphevet og når opphevingen skyldes et endret syn på hva som er skadelig. Men det stemmer dårlig når begrunnelsen for avkriminalisering er at straff ikke er den rette reaksjon til tross for at handling er uønsket.»

De bestemmelsene i straffeloven som spesielt gjelder smitteoverføring og smittefare, ble behandlet i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpassning av annen lovgivning)*. Se omtale i punkt 5.3.2 til 5.3.4 av Straffelovkommisjonens forslag, proposisjonen og behandlingen i Stortinget.

3.2.4 Stortingets lovbehandling

Justiskomiteen⁷ sluttet seg til grunntrekkene i departementets syn slik det var kommet til uttrykk i Ot.prp. nr. 90 (2003–2004).

Komiteen uttalte:

«Komiteen vil understreke at straff er samfunnets sterkeste middel for å styre adferd. Mye taler for at straff bør reserveres for de alvorlige eller gjentatte overtredelsene. Etter komiteens mening bør straff kun brukes når andre sanksjoner ikke finnes eller ikke er tilstrekkelige. Straff bør videre kun brukes dersom nyttevirkningene er klart større enn skadevirkningene. Komiteen mener at fordelene med å kriminalisere en handling må veies opp mot ulempene. Fordelene vil i utgangspunktet bare kunne være store nok dersom handlingene som man ønsker å forhindre, kan medføre skade eller fare for skade på interesser som har et rettmessig krav på vern.

Som en konsekvens av dette mener komiteen at straff i utgangspunktet bør forbeholdes handlinger som medfører fare eller har en skadelig følge. Komiteen vil imidlertid påpeke at hva som betegnes som «fare» eller «en skadelig følge» vil kunne variere. En tilslutning til det såkalte skadefølgeprinsippet innebærer følgelig ikke nødvendigvis enighet i alle spørsmål om kriminalisering av handlinger og/eller unnlatelser.

Komiteen mener det vil være nødvendig å vurdere skadefølgen konkret for det enkelte straffebed ved behandlingen av Regjeringens forslag til ny spesiell del i straffeloven. Komiteen vil imidlertid fremholde at vurderingen

⁷ Innst. O. nr. 72 (2004–2005), s. 16–17.

kan bli noe ulik avhengig av om man vurderer avkriminalisering eller nykriminalisering.

Dersom skadefølgeprinsippet legges til grunn ved utforming av ny straffelov, vil straff ikke kunne brukes utelukkende for å beskytte moralske eller religiøse normer. Straff vil heller ikke kunne brukes for å beskytte mot ulike mildere former for psykisk eller fysisk ubehag. Komiteen vil i den forbindelse fremheve at det er viktig å skape en økt bevissthet i befolkningen om at ikke alle handlinger som er lovlige, er rettmessige eller etisk forsvarlige.»

Komiteens medlemmer fra Fremskrittspartiet bemerket dessuten at de var enige i at skadefølgeprinsippet bør være utgangspunkt og grunnprinsipp med hensyn til hva som bør anses kriminelt og straffverdig, og uttalte videre blant annet at det ikke bør legges for stor vekt på moralske vurderinger i spørsmålet om hva som bør være straffbelagt, og at det i straffutmålingen bør tas hensyn til følgene for offeret for den straffbare handlingen.

3.3 Utgangspunkter når det gjelder hensyn ved strafferegulering av smitteoverføring, smittefare og smittespredning

En rekke hensyn kan trekkes fram i vurderingen av strafferegulering av smitteoverføring og det å utsette andre for smittefare. I dette kapitlet vil utvalget peke på relevante hensyn og argumenter, men uten å drøfte vekten av de ulike hensynene og argumentene. For utvalgets drøftelser og vurderinger, se punkt 11.2.

Hensynene og argumentene vil kunne være mer eller mindre relevante for ulike typer smitteoverføring. Utvalget bruker i hovedsak begrepet smitteoverføring om smitte som overføres (direkte eller indirekte) mellom mennesker, og begrepet smittespredning om smitte som spres gjennom luft, vann, næringsmidler mv., selv om uttrykkene verken i medisinsk terminologi eller i vanlig språkbruk er forbeholdt de respektive smittemåtene. Begrepene brukes derfor delvis også som samlebegrep for alle smittemåter.

De eksisterende norske straffebudene på feltet gjelder gjennomgående «allmennfarlige smittsomme sykdommer» og er ikke begrenset til nærmere angitte smittemåter. Gjeldende straffelov (straffeloven 1902) har to ulike straffebud (§§ 154 og 155) som rammer noe ulike situasjoner, jf. punkt 5.2.2.5 og 5.2.3. I ny straffelov (straffeloven 2005), som foreløpig ikke er trådt i kraft⁸, videre-

føres disse straffebudene samlet i § 237 om smitteoverføring, med høyere strafferammer i § 238 for grov overtredelse, punkt 5.3.6 og 5.3.8.

Hovedvekten av utvalgets arbeid har av flere grunner ligget på smitteoverføring og -fare ved seksuell omgang, jf. punkt 2.3, og redegjørelsen nedenfor vil bære preg av det. Utvalget mener likevel det også er viktig å få fram hvilke hensyn som gjør seg gjeldende ved andre smittemåter. Argumenter som er relevante i forbindelse med smittefare ved seksuell omgang, er ikke nødvendigvis relevante i forbindelse med smitte som overføres fra person til person på andre måter eller spres via mat, vann eller luft. Noen argumenter vil kunne være relevante for alle smittemåter i ulik grad. Visse hensyn vil i første rekke gjøre seg gjeldende ved andre smittemåter enn seksuell omgang, og enkelte særlig i forbindelse med næringsvirksomhet.

De ulike hensynene kan tale for enten å ha eller ikke ha strafferegulering på feltet, eller for hvordan (eventuelle) straffebestemmelser bør utformes med hensyn til de objektive og subjektive vilkår for straff. Gjennom utformingen av straffebud kan man regulere hvilke typer sykdommer og smittemåter som omfattes, om bare smitteoverføring eller om også smittefare skal rammes, nærmere krav til gjerningspersonens subjektive skyld, betydningen av samtykke fra den som utsettes for smittefare, strafferammen m.m.

Noen overordnede hensyn brukes i debatten på feltet som argument både for og mot strafferegulering, men da fra ulikt hold og ut fra ulike forutsetninger. Utvalgets vil prøve å synliggjøre dette når et hensyn kan trekke begge veier.

Utvalget har i liten grad funnet vitenskapelig dokumentasjon for virkningen av strafferegulering vedrørende smitteoverføring og -fare og dermed holdbarheten av noen av de hensynene og argumentene som nevnes. Det er vanskelig å finne gode forskningsmetoder for å besvare slike spørsmål. Dette gjelder ikke bare på det aktuelle området, men generelt om lovers tilsiktede og utilsiktede virkninger.⁹ Få eller ingen studier har på en fullgod måte dokumentert direkte sammenhenger mellom strafferegulering og smittedes atferd og opplevelse av diskriminering/stigmatisering, eller sammenhenger mellom strafferegulering og ikke-smittedes (og eventuelt udiagnos-

⁸ Bare lovens kapittel 16 om folkemord m.m. er foreløpig satt i kraft.

⁹ Se f.eks. Thomas Mathiesen: *Retten i samfunnet – En innføring i retts sosiologi*, Oslo, 2011, s. 44–46.

tisertes) valg av beskyttelsesstrategier og villighet til test, jf. punkt 9.3.2. Dette betyr at det er vanskelig å gi en grundig vurdering av holdbarheten til argumentene.

I mangel av empiriske funn vedrørende sentrale spørsmål som gjelder virkningen av straffe-trussel og bruk av straff, må man derfor anlegge en analytisk tilnærming. Det gjør at relevansvurderinger får større plass og blir viktigere.

3.4 Folkehelseargumentet

En viktig begrunnelse for de eksisterende straffe-bestemmelsene vedrørende smitteoverføring og smittefare, er ønsket om å verne folkehelsen. Smittsomme sykdommer er ikke bare en fare eller plage for den enkelte som smittes, men kan være en trussel mot folkehelsen.

I folkehelseloven (lov 24. juni 2011 nr. 29 om folkehelsearbeid) § 3 er folkehelse definert som «befolkningens helsetilstand» og folkehelsearbeid som «samfunnets innsats for å påvirke faktorer som direkte eller indirekte fremmer befolkningens helse og trivsel, forebygger psykisk og somatisk sykdom, skade eller lidelse, eller som beskytter mot helsetrusler, samt arbeid for en jevnere fordeling av faktorer som direkte eller indirekte påvirker helsen».

Smittevern er ett av mange elementer i folkehelsearbeidet, jf. punkt 6.7 om folkehelseloven.

Flere samfunnsinteresser tilsier at det er viktig å unngå spredning av smittsomme sykdommer, og da særlig sykdommer som kan være livstruende, uhelbredelige og plagsomme eller langvarige og alvorlige.

Spredning av slike sykdommer vil kunne medføre et stort behov for helsehjelp, i form av behandling for sykdommer hvor dette finnes, og behov for pleie. Dette kan føre til en stor belastning på helse-tjenesten samt medføre store utgifter til legemidler, ved siden av de belastninger det påfører for personer som blir syke og deres nærmeste. Forskning med tanke på å utvikle og forbedre behandlingsmetoder er også ressurskrevende.

Dersom mange rammes av langvarig, alvorlig sykdom, vil det dessuten kunne medføre store utbetalinger av sykepengar og uføretrygd. Det er også av andre grunner uheldig eller farlig dersom store deler av befolkningen faller ut av arbeidslivet for kortere eller lengre perioder slik at viktige samfunnsfunksjoner ikke kan ivaretas på en god måte.

I tillegg kommer de lidelser og belastninger av ulike slag som sykdom vil kunne innebære for

den enkelte smittede og dennes pårørende, kolleger og omgivelser for øvrig. Lidelsene og belastningene vil variere med sykdommens symptomer og varighet og dessuten avhenge av om sykdommen kan helbredes, medfører kroniske plager eller eventuelt snarlig død.

Faren for virkninger av et slikt omfang at det vil utgjøre et samfunnsproblem, vil variere både med hvor smittefarlig en sykdom er, hvordan den smitter og hvor alvorlig sykdommen er. Slike forhold kan variere også for den enkelte sykdom avhengig av omstendighetene, jf. vedlegg 1 når det gjelder hiv. Konsekvensene både for den smittede, for de nærmeste og for samfunnet vil også avhenge av de til enhver tid tilgjengelige behandlingsmulighetene (medisinsk og eventuelt begrenset ut fra ressurs hensyn).

Den store variasjonen i både smittefaren og konsekvensene dersom smitte faktisk overføres, kan sies å gjøre det vanskelig å lovregulere ulike tiltak for å kunne hindre smitteoverføring og -fare på en god måte.

Straffereguleringen er uansett bare ett virkemiddel i så måte. Viktigheten av å unngå spredning av smittsomme sykdommer kommer til uttrykk ved at de fleste stater har en særskilt folkehelse-/smittevernlov, som hjemler ulike administrative smitteverntiltak. Vilkårene for å iverksette tiltakene varierer, og mange tiltak er begrenset til å gjelde visse typer smittsomme sykdommer, eventuelt bare når det er tale om alvorlig utbrudd av sykdom. Se omtale av den norske smittevernloven (lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer) i kapittel 4. Denne loven supplerer den alminnelige helselovgivningen og hjemler på nærmere vilkår en rekke smitteverntiltak, særlig ved det som regnes som allmennfarlige smittsomme sykdommer. Blant tiltakene er mulighet for å nedlegge forbud mot å delta i arbeid eller undervisning, stenging av offentlige lokaler mv., vaksineringspåbud og bruk av tvangsundersøkelse og -isolering i særskilte tilfeller. Formålet med smittevernlovgivning er både å verne befolkningen mot smittsomme sykdommer ved at det kan iverksettes smitteverntiltak, og å sikre behandling og rettssikkerhet for den som er smittet.

En straffetrussel vedrørende smitteoverføring og smittefare har som formål å bidra til å forebygge smittespredning. Tanken er at straffebudet vil kunne påvirke borgerne til å unngå smittefarlig atferd. En straffetrussel vil kunne ha effekt både individualpreventivt ved at den enkelte smittede søker å unngå å bryte loven og pådra seg straff, og allmennpreventivt ved at det danner seg en

holdning i befolkningen om at den straffbelagte atferden er noe man søker å unngå om man skulle befinne seg i en slik situasjon (normdannende). Dette vil igjen kunne lede til en «kultur» der man sørger for å iverksette forebyggende tiltak, for eksempel gjennomført bruk av kondom i forbindelse med seksuelt overførbare sykdommer. Idømt straff vil kunne ha en avskrekkende virkning og slik medføre at den domfelte avholder seg fra å bryte loven igjen. En effekt av fengselsstraff er også at den domfelte under soning av straffen blir holdt innesperret og dermed ikke vil utgjøre smittefare overfor den alminnelige befolkningen i denne perioden. Kontakt mellom innsatte i fengsler, også smittefarlig samkvem, kan begrense verdien av denne effekten.

Bestemmelsene om smitteoverføring og smittefare i straffeloven kan sees som et supplement til smittevernloven og de forebyggende tiltak som kan iverksettes i medhold av denne. I vurderingen av om det er behov for og hensiktsmessig med et slikt supplement av folkehelsegrunner, er det blant annet naturlig å se hen til hva man vet om effekten av de ulike typene tiltak og lovbestemmelser.

Folkehelsehensyn vil ha størst legitimitet ved store epidemier av alvorlige sykdommer, slik at det er da en straffetrussel i størst grad kan rettferdiggjøres ut fra slike hensyn. På den annen side er det vanskelig å si hvilke virkemidler som vil være mest effektive i forsøket på å hindre større utbredelse i slike situasjoner. Virkemidler i medhold av smittevernloven kan være å sørge for god informasjon til befolkningen og iverksette ulike tiltak som vaksinerings, isolering, stenging av skoler, arbeidsplasser eller offentlige lokaler mv. Det må vurderes hvilken rolle en straffetrussel kan ha i arbeidet med å forebygge smittespredning så vel ved store smitteutbrudd som i andre situasjoner.

En straffetrussel kan ha den ønskede forebyggende virkning i større eller mindre grad. Det er også mulig at den ikke har slik effekt. Dessuten kan det tenkes at straffetrusselen av ulike grunner har en motsatt effekt, det vil i denne sammenheng si at den ikke forebygger smitte, men virker på en slik måte at faren for smitteoverføring økes. Det hevdes fra flere hold at en straffetrussel ikke understøtter smittevernloven og arbeidet for å forebygge smitte, men har slike kontraproduktive virkninger, se punkt 3.7 og 3.8.

Som nevnt i punkt 3.3, foreligger det lite eller ingen vitenskapelig dokumentasjon for at straffebud om smitteoverføring og smittefare faktisk har forebyggende effekt når det gjelder smittefarlig atferd. Tilsvarende er også tilfelle for påstander

om at slike straffebud ikke har noen forebyggende virkning eller at de virker mot sin hensikt.

Når det gjelder sykdommer som smitter ved seksuell omgang, vil den ønskede forebyggende effekten ved et straffebud konkret være at smittede personer avholder seg fra slik omgang i den perioden de er smitteførende, eller om mulig innretter seg slik at den seksuelle omgangen likevel ikke medfører smittefare.

I punkt 5.2.2.7 fremgår at straff i praksis gjennomgående ikke kommer til anvendelse dersom kondom har vært brukt. Dette til tross for at kondombruk ikke helt utelukker smittefare, men reduserer smittefaren i betydelig grad, jf. vedlegg 1 hva gjelder hiv. I tillegg til å redusere smittefaren, viser det en omsorg for medmenneskers helse ved at man går til det skritt å iverksette et beskyttende tiltak, som også er anbefalt i smittevernveiledning og fra helsemyndigheter. Dette reduserer det klanderverdige selv om smitte skulle bli overført i en slik situasjon. Et krav om full seksuell avholdenhet ville være svært inngripende, i alle fall ved kroniske sykdommer/smittebærertilstander. Ved rettslige inngrep i menneskers privatliv, herunder seksualliv, av hensyn til offentlige interesser, må arten og graden av inngrepet avveies mot de interesser inngrepet skal verne. En slik proporsjonalitetsvurdering avspeiler også det menneskerettslige vernet av personers privatliv, slik dette er nedfelt for eksempel i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 8, jf. punkt 8.2.6.

Ved sykdommer som spres gjennom mat, vann eller luft mv., kommer ofte næringsinteresser inn i bildet. Her vil smittespredning oftest kunne skje dersom den ansvarlige ikke følger de krav til sikkerhet og kontroll som er nedfelt i matloven eller folkehelselovens bestemmelser om miljørettet helsevern, begge med tilhørende forskrifter. Straffebud som rammer slik smittespredning, vil kunne tilskynde at virksomheter iverksetter kontrolltiltak m.m. for å forebygge smittefare og oppdage smittefarlige produkter etc. selv om slike tiltak kan være ressurskrevende. En straffetrussel vil kunne bidra til at profitthensyn ikke settes foran produktsikkerhet mv.

Det vil ofte være en langt større aktuell befolkningsgruppe som vil kunne utsettes for smitte fra en enkelt smitekilde gjennom mat, vann og luft enn ved seksuell omgang og annen personlig kontakt. Dette og andre forskjeller ved de ulike typene av smittespredning, kan tale for ulik strafferegulering. Blant annet vil vurderingene kunne falle ulikt ut med hensyn til om skyldkravet bør være forsett eller enten grov eller alminnelig uaktsomhet.

Også på andre samfunnsområder enn folkehelse og smittevern har man straffebestemmelser, enten i særloven eller i den alminnelige straffeloven, som supplement til lover som primært har til formål å forebygge skade eller andre negative effekter ved å regulere feltet og pålegge aktører ansvar samt hjemle administrative tiltak av ulike slag. Et eksempel kan være miljøvern.

At vern av offentlige interesser (folkehelsen) er et sentralt hensyn bak de eksisterende bestemmelsene om smitteoverføring og smittefare i straffeloven vises ved at bestemmelsene er plassert i kapittel 14 om «Almenfarlige Forbrydelser» i straffeloven 1902, og i kapittel 23 om «Vern av folkehelsen og det ytre miljø» i straffeloven 2005. Straffebestemmelser som i første rekke skal verne individets liv og helse, er plassert i andre kapitler. Selv om vern av folkehelsen er sentralt, er beskyttelse av individet også et element i begrunnelsen for straffebestemmelsene om smitteoverføring/-fare. Det å bli påført smitte kan ha alvorlige helsemessige konsekvenser.

Det er likevel på det rene at straffebud om legemsbeskadigelse/kroppsskade vil kunne anvendes i idealkonkurrens¹⁰ med straffebestemmelsene om smitteoverføring fordi straffebudene skal beskytte ulike interesser eller ulike sider ved forbrytelsen, jf. punkt 5.2.2.13 om straffeloven 1902 og punkt 5.3.6 om straffeloven 2005. Utvalget er imidlertid ikke kjent med noen eksempler på dette i norsk rettspraksis, og det vil ofte kunne være vanskelig å domfelle for smitteoverføring og smittefare etter bestemmelsene om legemsbeskadigelse/kroppsskade på grunn av skyldkravet, jf. punkt 3.5 og 11.2.1.3.

3.5 Eget straffebud eller alminnelige straffebestemmelser

Straffeloven har generelle bestemmelser om legemsbeskadigelse/kroppsskade som kan komme til anvendelse uavhengig av hvordan en skade er oppstått, forutsatt at gjerningspersonen

har utvist skyld. Se straffeloven 1902 kapittel 22 om forbrytelser mot liv, legeme og helbred og straffeloven 2005 kapittel 25 om voldslovbrudd. Det kan argumenteres for at man ikke behøver egne straffebestemmelser om smitteoverføring/-fare, men at man i stedet bør anvende disse alminnelige straffebestemmelsene.

Dette er rettssituasjonen i en del andre land, herunder Sverige og England, jf. punkt 7.3 og 7.5.

I Norge ble spørsmålet senest drøftet i forbindelse med forslaget til ny straffelov, se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 118–120 hvor departementet konkluderte med at det ikke ville være noen fullgod løsning å benytte alminnelige straffebud. Det ble vist til at en bestemmelse om smitteoverføring dekker andre sider av forholdet enn bestemmelsene om kroppsskade. Straffebestemmelser om smitteoverføring er i hovedsak begrunnet i samfunnsmessige interesser – beskyttelsen av folkehelsen, mens bestemmelsene om kroppsskade skal verne enkeltpersoners legemlige integritet. Det ble videre uttalt at bestemmelsene om kroppsskade bare vil komme til anvendelse dersom en person faktisk pådrar seg smitte. Departementet anså det ønskelig at den risikoatferden det er å utsette noen for smittefare, fortsatt skal være straffbar. Det ble også pekt på at skyldkravet i bestemmelsene om kroppsskade ofte ikke vil være oppfylt i smittetilfeller, slik at handlingen ikke rammes. Norsk straffelov har ikke et generelt straffebud som rammer det å fremkalle fare for andre, slik man har i Sverige. Departementet fant det heller ikke ønskelig å overføre straffebud om smitteoverføring/-fare til smittevernloven. Det ble vist til at bestemmelsen omfatter meget alvorlige overtredelser som bør stå i straffeloven.

Et argument som av noen brukes for at man bør anvende de alminnelige straffebestemmelsene om legemskrenkelse, er at det bidrar til stigmatisering av smittede å ha særskilte straffebestemmelser om smitteoverføring/-fare. Dette er særlig påpekt når det gjelder hiv. Se også punkt 8.3.5 om anbefalinger fra UNAIDS. Selv om straffeloven 1902 § 155 etter ordlyden ikke spesielt rammer hivsmitte, er det i de senere tiår i hovedsak slik smitte som er straffeforfulgt, selv om det også har vært enkelte straffesaker vedrørende hepatitt B og hepatitt C. På den annen side vil anvendelsen av generelle straffebud gjøre det vanskelig eller umulig å regulere vilkårene for straff på dette området spesielt. Hvilke tilfeller som rammes, vil bero på en tolkning av det alminnelige straffebudet. Dette er blitt trukket fram i noen land, herunder England, jf. punkt 7.5. I en egen straffebestemmelse rettet direkte mot

¹⁰ To eller flere straffebud kan anvendes i *idealkonkurrens*, det vil si anvendes ved siden av hverandre for samme handling, dersom gjerningspersonen ved handlingen overtrådte flere straffebud som tar sikte på forskjellige sider ved det straffbare forhold. *Realkonkurrens* brukes om det at flere straffbare handlinger, forøvd av samme person, kommer under pådømmelse samtidig. Ved likeartet konkurrens (flere overtredelse av samme straffebud) oppstår spørsmålet om alle de enkeltstående handlingene skal anses som én sammenhengende forbrytelse (fortsett forbrytelse) eller flere overtredelser av samme straffebud. Konkurrens har betydning for strafferamme og straffutmåling mv.

smitteoverføring, kan lovgiver derimot vedta særskilte regler med hensyn til skyld, samtykke mv. ut fra de særegne omstendigheter som gjør seg gjeldende på dette livsområdet.

3.6 Om eventuell strafferegulering bare bør ramme smitteoverføring eller også smittefare

Straffeloven 1902 § 155 og de vedtatte §§ 237 og 238 i straffeloven 2005 rammer så vel det å overføre smitte som det å utsette noen for smittefare selv om det ikke resulterer i at fornærmede blir smittet. Utvalget må ta stilling til om det fortsatt bør være slik.

UNAIDS anbefaler at straff bare skal anvendes dersom det rent faktisk er overført smitte, jf. punkt 8.3.5. Dette fordi det bare er i slike tilfeller det har oppstått en skade. Dette kan sies å være i samsvar med en allmenn forståelse av skadefølgeprinsippet og rettferdighetsprinsippet. Når en person som utsetter andre for smittefare, straffes på samme måte som en som har påført andre mennesker en sykdom, kan dette oppfattes som urettferdig fordi ulike tilfeller (konsekvenser) behandles likt. Enkelte former for konsekvensetikk vil også hevde at bare reell smitte bør straffereguleres. Andre former for konsekvensetikk vil derimot også trekke inn andre konsekvenser, som at en rekke individer vil velge å ta sjansen hvis bare reell smitte er straffbart og sannsynligheten for smitte er lav.

Dersom bare faktisk smitte straffes, vil man på den andre siden kunne si at «like handlinger» – handlinger som har utsatt en annen person for like stor risiko – bedømmes strafferettslig ulikt fordi resultatet ble forskjellig, og dette selv om resultatet ligger utenfor de involverte partenes kontroll. Ut fra ønsket om en forebyggende virkning, er de norske straffebudene utformet slik at de omfatter ikke bare tilfeller der noen faktisk blir smittet, men også rammer det å utsette en annen for smittefare. Det vil i mange tilfelle være helt uforutsigbart for partene om atferden, for eksempel ubeskyttet seksuell omgang, faktisk vil føre til smitte, selv om partene i noen grad vil kunne ha kontroll over eller kjennskap til faktorer som kan påvirke graden av smittefare. Derfor kan det hevdes at det er risikoatferd man må søke å unngå for slik å unngå smittespredning. Resultatet gjenspeiles i norsk rettspraksis i straffutmålingen ved at faktisk smitte straffes strengere enn smittefare.

Som det fremgår i punkt 3.2 om den nye straffelovens forarbeider, er skadefølgeprinsippet langt

på vei lagt til grunn som et utgangspunkt for hva som bør straffbelegges. Begrepet skadefølge brukes i den sammenheng ikke utelukkende om handlinger som rent faktisk medfører skade, men også om tilfeller der det oppstår fare for skade.

Det å straffbelegge ikke bare handlinger som fører til skade, men også risikoatferd, er kjent også fra andre rettsområder. En slik fare- og skadepotensialtenkning ligger til grunn for at for eksempel promillekjøring er straffbart. Promillekjøring er gjort straffbart ikke bare uavhengig av om kjøringen førte til skade, men også uten hensyn til om det oppsto noen konkret faresituasjon. Dette er altså et straffebud som retter seg mot en type handling uavhengig av om det faktisk oppstår fare eller skade.

Skadedelikter er straffebud hvor fullbyrdet overtredelse innebærer at det har oppstått en skade, for eksempel på annen person eller annen persons eiendom. I tillegg har man både konkrete og abstrakte faredelikter.¹¹ De konkrete faredeliktene krever at det faktisk oppsto fare som beskrevet i straffebudet, mens de abstrakte faredeliktene rammer handlinger som er egnet til å skape fare som beskrevet, selv om det ikke nødvendigvis oppsto slik fare. Når straffeloven 1902 § 155 rammer det å utsette en annen for smittefare, er dette et konkret faredelikt (mens alternativet faktisk smitteoverføring er et skadelikt). Forurensningsloven § 78 første ledd straffbelegger en rekke brudd på forurensningslovens bestemmelser. Etter § 78 andre ledd heves strafferammen blant annet dersom overtredelsen har «voldt fare for stor skade eller ulempe», noe som også er et krav om konkret fare. Vegtrafikkloven § 3, jf. straffebestemmelsen i § 31, er et eksempel på et abstrakt faredelikt: «Enhver skal ferdes hensynsfullt og være aktpågivende og varsom så det ikke kan oppstå fare eller voldes skade og slik at annen trafikk ikke unødig blir hindret eller forstyrret.» For overtredelse kreves ikke at fare faktisk oppsto. På den annen side er det mange former for atferd som i større eller mindre grad er farlig for andre, som ikke er strafferegulert.

3.7 Smittedes frihet og ansvar

I dette punktet omtales hensyn og argumenter knyttet til smittede personer. Disse vil i hovedsak ha relevans ved sykdommer som smitter ved kontakt mellom mennesker, særlig smitte ved seksu-

¹¹ Magnus Matningsdal: *Norsk spesiell strafferett*, Bergen 2010, s. 5.

ell omgang. De hensyn og argumenter som omtales i punkt 3.7 og 3.8 vil i mindre grad ha relevans for andre former for smittespredning, herunder via luft, vann og næringsmidler mv.

En straffetrussel for smitteoverføring/-fare retter seg mot den smittede parten, det vil si den som allerede er smittet og risikerer å overføre smitte til andre som ikke allerede er smittet.¹² Det er derfor særlig relevant å se på hvordan straffetrusselen påvirker smittedes atferd, selv om ikke-smittedes forhold også har relevans, jf. punkt 3.8.

Hensikten med en straffetrussel vil være at smittede skal avholde seg fra handlinger som kan bringe smitten videre. Det er som nevnt usikkert i hvilken grad en straffetrussel kan bidra til dette, og hvilken betydning en straffetrussel vil ha i forhold til andre virkemidler. Det er også usikkert hvordan en straffetrussel påvirker smittedes liv på andre måter.

Det kan hevdes at noen former for smittefarlig atferd hos smittede personer er klart straffverdige, men at det i utformingen av straffereguleringen må tas hensyn til at andre tilfeller ikke er like straffverdige, om i det hele tatt.

Det må tas i betraktning at de fleste smittede uansett strafferegulering trolig vil ha et ønske om – og føle et moralsk ansvar for – å unngå å smitte andre. Av ulike grunner lever ikke alle alltid opp til dette i praksis. Det er ikke gitt at straffansvar bidrar til økt etterlevelse, særlig dersom det som regel ikke er holdningen hos den smittede som er problemet, men vansker med å gjennomføre idealet i praksis. Dette kan for eksempel skyldes livskriser eller rusmiddelbruk. Det kan hevdes at det er psykososial støtte som trengs, ikke straff. Det kan videre hevdes at et moralsk ansvar ikke nødvendigvis behøver reflekteres i et straffebud.

Når det gjelder smitte ved seksuell omgang, må man ta i betraktning menneskets grunnleggende behov for nærhet og bekreftelse og den sårbarhet som foreligger ikke minst i nære relasjoner. De færreste vil ønske å smitte andre, men mange kan finne det vanskelig å være åpne om smittestatus, blant annet av frykt for avvisning. Beskyttelse i form av kondombruk kan bli oppfattet som et tegn enten på at man er smittet eller mistenker den andre for å være det, noe som også kan være problematisk når man nærmer seg et annet menneske med tanke på å innlede et for-

hold av kortere eller lengre varighet, jf. punkt 9.3.5.

Rasjonalitet er avhengig av kontekst. De handlingsvalg som er veloverveide og fornuftige i én sosial sammenheng, er ikke nødvendigvis like fornuftig i en annen sammenheng. Med hensyn til bruk av smittebeskyttelse er det ikke gitt at mennesker handler med samme type rasjonalitet i en seksuell samhandlingssituasjon som i andre sammenhenger. I nære relasjoner, og spesielt når følelser og ønske om å danne parforhold er involvert, foretar mennesker derfor ikke alltid det som fremstår som rasjonelle, veloverveide beslutninger sett fra et helseperspektiv. Det viktige spørsmålet er imidlertid om dette fritar oss for ansvar for våre handlinger. Fra ett perspektiv vil det hevdes at individuelt ansvar mister sin tradisjonelle mening i nære relasjoner og at ansvaret her blir et felles ansvar. Ett annet (mer individorientert) perspektiv vil holde fast på individets ansvar også i nære relasjoner. Flere etiske perspektiver vil vektlegge et særlig moralsk ansvar i nære relasjoner. En utfordring med å redusere den enkeltes ansvar i nære relasjoner, er at dette kan brukes til å legitimere inngrep og regulering av områder som ellers hører til privatsfæren. Dersom man ikke klarer å handle rasjonelt (i gitte situasjoner eller i forhold til bestemte mål) kan man hevde at vedkommende har redusert autonomi, og at andre derfor kan (eller må) gripe inn. Dette kan kalles «sårbarhetens tveeggede sverd». Sårbarheten kan brukes til å få økt toleranse og oppmerksomhet, men også til å legitimere inngrep og regulering.

Det kan videre være relevant å se hen til at seksuell omgang, også ubeskyttet sådan, mellom samtykkende voksne mennesker, er alminnelige handlinger. Handlingene utføres normalt ikke i den hensikt å smitte den andre, men for å tilfredsstille grunnleggende behov. I spørsmålet om (eventuell) strafferegulering som berører slike forhold, bør det derfor vurderes om alt ansvar skal legges på den smittede parten eller i hvilken grad det kan sies å være et felles ansvar for begge parter å unngå smitteoverføring, jf. punkt 3.8.

UNAIDS mener at det bare bør anvendes straff der det virkelig er grunn til bebreidelse, og anbefaler at straff kun anvendes når smitteoverføring skjer med hensikt, jf. punkt 8.3.5. En slik løsning vil kunne sies å ramme de aller groveste tilfellene, men i alle fall når det gjelder smitte ved seksuell omgang, vil det gjennomgående være vanskelig eller umulig å bevise smittehensikt selv om det i noen tilfeller skulle kunne foreligge slik hensikt. De fleste land som har straffebud på dette området, inkluderer alminnelig forsett, her-

¹² Utvalget bruker heretter begrepet smittet om den som risikerer å smitte andre, og begrepet ikke-smittet om den parten som i utgangspunktet ikke var smittet, selv om den straffbare handlingen nettopp kan føre til at også vedkommende blir smittet. Om smitte overføres, vil den ikke-smittede bli den smittede parten i relasjon til andre.

under et likegyldighetsforsett («recklessness») eller eventuelt forsett, se kapittel 7. Flere land bruker også alminnelige straffebestemmelser som rammer uaktsomme handlinger. En rekke empiriske studier viser at det er bred enighet på tvers av nasjoner og kulturer om at folk bør holdes ansvarlige for negative følger av handlinger selv om følgene ikke er intenderte.¹³

Hivpositive og andre som er smittet av kroniske sykdommer som smitter ved seksuell omgang, kan ikke pålegges seksuell avholdenhet for resten av livet, og (eventuell) strafferegulering må tilgodese deres muligheter for å ha et seksualliv. Forsvarlig bruk av kondom og lignende smitteverntiltak beskytter i relativt stor utstrekning mot smitteoverføring, jf. vedlegg 1 for så vidt gjelder hiv.

Det hevdes fra flere hold at en straffetrussel som rammer (fare for) smitteoverføring kan gjøre det vanskeligere å være åpen om smittestatus, og dermed vanskeligere å forklare eller insistere på kondombruk. Det å leve med skjult smittestatus og kanskje skyldfølelse m.m. for å ha pådratt seg smitten, samt frykt for og skyldfølelse over å utsette andre for smittefare i større eller mindre grad, kan også føre til dårligere psykisk helse. Dette kan igjen påvirke evnen til å sørge for «sikrere sex». Redsel for å smitte andre kan gjøre seg gjeldende også til tross for bruk av kondom, som selv ved konsekvent bruk ikke gir full beskyttelse.

Det hevdes av noen at straffeloven 1902 § 155 slik den har blitt benyttet i praksis, har skapt stor forvirring og avmaktsfølelse blant hivpositive, og har store konsekvenser for hivpositives seksualliv. Begrepet «sikker sex» er erstattet av «sikrere sex» fordi det alltid vil være en fare for at smitte kan overføres, selv om man tar forholdsregler og for eksempel benytter kondom. Det hevdes at straffetrusselen ikke blir lettere å leve med selv om bruk av kondom høyst sannsynlig vil frita for straff. Dette kan ha sammenheng med at betydningen av kondombruk ikke er nedfelt i loven selv om det etter hvert er klargjort i forarbeidene til straffeloven 2005 og i rettspraksis. Usikkerhet om bevismulighetene og hva som vil bli resultatet dersom det skulle bli påstand mot påstand, kan også være av betydning.

Forutsigbarhet er av slike og andre grunner et relevant hensyn ved (eventuell) strafferegulering. Det er viktig at borgerne vet eller kan få rede på hvilke handlinger eller unnløtelser som er straffbelagt og hvilke som ikke er straffbelagt.

Særlig for personer som vil være smitteførende i lang tid, kanskje for resten av livet, er det av stor betydning å vite hvilken atferd som er henholdsvis straffbar og straffri, slik at de kan innrette seg etter dette uten å legge unødige store begrensninger i sin livsutfoldelse ut fra – en eventuelt ubegrunnet – frykt for å pådra seg straffansvar.

En straffetrussel vil kunne ha negativ innvirkning på kommunikasjon og åpenhet mellom smittede og helsepersonell. For eksempel vil smittede som i perioder ikke klarer å praktisere «sikrere sex», kunne finne det vanskelig å være åpne om dette overfor helsepersonell, som ellers ville hatt mulighet til å gi ytterligere veiledning og støtte eller annen smittevernhjelp som kunne bidra til å påvirke atferden i positiv retning. Dette til tross for at helsepersonell som den store hovedregel har taushetsplikt også om pasienters smittestatus, jf. punkt 4.3.3, og ikke anmelder slike forhold til politiet. Helsepersonell vil etter omstendighetene kunne bidra når det gjelder å finne mestringsstrategier for i størst mulig grad å unngå smittefare og vedrørende andre utfordringer ved det å leve med en smittsom sykdom.

Det kan hevdes at strafferegulering av smitteoverføring og smittefare kan virke fordomsfremmende og stigmatiserende fordi det gjør smittebæretilstanden til gjenstand for spesiell oppmerksomhet og spesielt ansvar. En slik effekt er uttrykt når det gjelder hiv selv om straffelovens smittebestemmelser verken var spesifikt intendert for eller er begrenset til å gjelde hiv. Mange hivsmittede opplyser at de føler seg stigmatisert selv om de i stor grad holder sin smittestatus skjult. Dette reiser spørsmål om betydningen av selvstigmatisering. Det kan spørres om opplevelsen av stigmatisering bør påvirke straffereguleringen, og i så fall hvordan, eller om stigmatisering bør søkes motvirket på andre måter. Dette kan også ha betydning i valget mellom en særskilt strafferegulering av smitteoverføring/-fare eller bruk av alminnelige straffebestemmelser om legemskrenkelser, jf. punkt 3.5. Fjerning av strafferegulering på området vil kunne ha en symboleffekt som kan tenkes å bidra til redusert stigma. På den annen side må det vurderes om en eventuell avkriminalisering vil gi andre, uønskede signaler, for eksempel at handlingene ikke lenger anses som uakseptable eller like alvorlige som tidligere, jf. punkt 3.2.3.

Mange hivsmittede ønsker å holde sin smittestatus skjult, blant annet på grunn av frykt for stigmatisering. Som nevnt kan en straffetrussel medføre at det blir enda vanskeligere eller mindre ønskelig å være åpen om slike forhold. På den

¹³ Knobe, J. & Nichols, S.: *Experimental philosophy*, 2008, Oxford: Oxford University Press.

annen side vil en straffetrussel etter omstendighetene kunne oppleves som et ekstra press med hensyn til å opplyse potensielle sexpartnere om smittestatus. Opplysningene vil kunne spres videre på en uønsket måte som den smittede ikke har kontroll over. Straffeforfølgning vil kunne medføre at opplysningene om så vel den siktedes som den fornærmedes smittestatus spres i forbindelse med etterforskning og rettsforfølgning.

UNAIDS anbefaler at straff bare kommer til anvendelse overfor personer som er klar over sin smittestatus, jf. punkt 8.3.5. Dette er et spørsmål om hvilken grad av subjektiv skyld som skal kreves hos gjerningspersonen. Hovedskyldformene i norsk strafferett er forsett og uaktsomhet. I straffeloven 1902 § 155 er det i tillegg særskilt bestemt at straff kommer til anvendelse overfor den som hadde skjellig grunn til å tro at han/hun var smittende. Dette kravet er ikke videreført i straffeloven 2005, som heller ikke opprettholder kravet om at gjerningspersonen selv er smittet. Dette er begrunnet i at også vann- og matprodusenter mv. skal kunne rammes av straffetrusselen i §§ 237 og 238. Spørsmålet om betydningen av tiltaltes kunnskap vil da inngå i vurderingen av om det foreligger skyld etter de alminnelige skyldformene.

Det er flere hensyn som gjør seg gjeldende i vurderingen av om bare den som vet at han eller hun er smittet, skal straffes (når det er tale om smitte mellom personer).

Det hevdes at en straffetrussel kan føre til at personer som tror de kan være smittet med hiv, lar være å la seg teste. Tanken er at det vil være vanskeligere å straffeforfølge dem dersom de ikke hadde sikker kunnskap om at de var smittet, og det iallfall ikke foreligger bevis for at de visste det.

Det kan imidlertid også være andre grunner til at noen ikke ønsker å få undersøkt om eller stadfestet at de er smittet. Det foreligger lite forskningsbasert kunnskap om bakenforliggende faktorer som kan forklare variasjoner i hivtestatferd. Det som finnes av forskningslitteratur, antyder at testaktivitet varierer med en rekke psykososiale levekårsvariabler, jf. punkt 9.3.2.

Det er uheldig om personer som er smittet, ikke lar seg teste. Når en smittet person er diagnostisert, vil vedkommende få veiledning om smittefare og tiltak som bør iakttas for å unngå å smitte andre, og det vil bli vurdert når det kan være aktuelt å sette i gang behandling. For en rekke sykdommer vil behandling kunne kurere sykdommen. Dette er av betydning både for den smittedes egen helse og fordi vedkommende ikke

lenger vil stå i fare for å smitte andre. Når det gjelder hiv, er behandling ofte av stor betydning for vedkommendes helse og livsutsikter. Behandlingen reduserer i alminnelighet også smittefaren, selv om det ikke er holdepunkter for å si at smittefaren opphører helt, jf. vedlegg 1. Testing med påfølgende behandling vil således kunne være av stor betydning både for den smittedes egen situasjon og for den smittefare han eller hun utgjør. Dersom det i en risikoutsatt gruppe sprer seg en oppfatning om at man ikke bør testes for å unngå straffansvar, stiller dette ekstra krav til det forebyggende arbeidet.

Forhold som nevnt kan på den annen side anses som et argument for at (eventuell) strafferegulering ikke bare bør rette seg mot den som er diagnostisert, men også mot den som har grunn til å tro at han eller hun er smittet, selv om dette kan være vanskeligere å bevise.

Når det gjelder smittespredning gjennom luft, vann og mat vil omstendighetene være annerledes, og ofte vil den som holdes til ansvar, ikke selv være smittet. De argumentene som er omtalt ovenfor i dette punktet, vil derfor i liten grad gjøre seg gjeldende ved slik smitte, men den som er ansvarlig for en virksomhet eller et produkt vil tilsvarende kunne ha interesse av ikke å kontrollere virksomheten (eller produktet) dersom det bare vil medføre straffbarhet dersom vedkommende visste om de forholdene ved virksomheten (eller produktet) som medførte smittefare.

3.8 Ikke-smittedes frihet og ansvar

Den som ikke er smittet, kan sies å ha et selvstendig moralsk ansvar for å unngå å bli smittet. Enkelte land har en lovfestet plikt for en hver til å ta forholdsregler mot smittsomme sykdommer og bidra til å unngå smittespredning, jf. punkt 7.3 om Sverige og punkt 7.8 om Island.

De fleste vil i egeninteresse søke å unngå smitte, men mange vil også opptre slik at det i visse situasjoner oppstår en større eller mindre risiko for smitteoverføring. For eksempel ved seksuell kontakt vil mange bevisst eller ubevisst ta en slik risiko. Det kan derfor diskuteres hvilke konsekvenser atferden til den personen som blir smittet eller utsatt for smittefare, bør ha strafferettslig sett.

Det ble under arbeidet med straffeloven 1902 vurdert om også den som blir smittet eller utsatt for smittefare, skulle straffes der denne hadde satt seg i slik en situasjon, jf. punkt 5.2.2.1. Dette kunne være en logisk konsekvens av hensynet til

å unngå smittespredning av folkehelsegrunner, men en slik tilnærming ble funnet uhensiktsmessig blant annet av bevismessige grunner.

Om man ikke vil gå så langt som å straffe den (i utgangspunktet) ikke-smittede parten, kan man se på hvilken betydning den ikke-smittedes atferd bør ha for straffbarhet for den smittede parten.

Når det gjelder sykdommer som smitter ved seksuell omgang, vil man kunne hevde at det er opp til den enkelte å beskytte seg selv, i motsetning til en del andre smitteåter som det er vanskeligere å beskytte seg mot. Ser man bort fra seksuelle overgrep, kan man selv velge hvem man innleder seksuelle forbindelser med, og hva de skal bestå i. Det kan hevdes at partene i et jevnbyrdig forhold har et felles ansvar for å unngå smitte. Man kan sette som vilkår at det brukes beskyttelse, og man kan velge å avstå fra sex, for eksempel dersom man vet eller antar at det foreligger en særskilt smittefare, eller partneren ikke godtar at det brukes beskyttelse eller praktiseres annen form for «sikrere sex». Dette er smitte som det i ganske stor grad er mulig å beskytte seg mot ved forsvarlig bruk av kondom. Helsemyndighetene oppfordrer til kondombruk, blant annet ved seksuell aktivitet med tilfeldig partner, for å forebygge så vel uønsket svangerskap som overføring av seksuelt overførbare infeksjoner. Enkelte lands smittevernlovgivning omfatter stort sett ikke seksuelt overførbare sykdommer fordi smitteåter gjør det enklere å beskytte seg mot smitten enn når det gjelder for eksempel luft- og vannbårne sykdommer, jf. punkt 7.4 om rettstilstanden i Nederland.

Det vil i praksis være enklere for menn (som regel den penetrerende part) å ha kontroll over kondombruk enn for kvinner (og menn som den reseptive part), men ved frivillig sex i jevnbyrdige forhold vil også den reseptive part gjennomgående kunne påvirke kondombruk. Hvordan man tror at et krav til – eller et forslag om – bruk av kondom vil bli oppfattet, kan imidlertid påvirke både smittedes og ikke-smittedes atferd, og både den penetrerende og den reseptive part. Evnen til å foreta rasjonelle valg med hensyn til smitteforebygging vil kunne påvirkes av omstendighetene og det rasjonale som gjelder andre sider av situasjonen, herunder det følelsesmessige forholdet til (den potensielle) sexpartneren. Om befolkningens holdninger til og praksis når det gjelder kondombruk m.m., se punkt 9.3.3, 9.3.5 og 9.3.6.

Det kan spørres om det at den ikke-smittede velger å ta en risiko ved å samtykke til ubeskyttet sex, skal fritta den smittede for straffansvar. Et neste spørsmål blir da om dette i så fall skal gjelde

uansett eller bare dersom den smittede har informert om sin smittestatus, slik at det kan anses å foreligge et informert samtykke.

En synsvinkel er at den smittede parten har et ekstra ansvar for å forebygge smitte fordi han eller hun vet om den konkrete smittefaren, ikke bare den generelle smittefaren som alle velinformerte borgere bør kjenne til. Et annet syn er at begge har likt ansvar uansett.

Dersom den smittede informerer om smittefaren slik at den ikke-smittede har samme kunnskapsgrunnlag, vil argumentet om felles ansvar gjøre seg mer gjeldende enn om den smittede tilbakeholder informasjon eller gir villedende opplysninger for ikke å gi til kjenne sin smittestatus. Man står da ved spørsmålet om hvilken strafferettslig betydning informert samtykke bør ha. Generell strafferett gir ikke noe entydig svar på virkningen av samtykke, og betydningen varierer blant annet med hvilke interesser straffebudet skal verne og grovheten av lovbruddet, jf. punkt 5.2.2.11. Lovgiver kan i noen grad regulere virkningen av samtykke i særbestemmelser, slik det er gjort i straffeloven 2005 § 237, jf. punkt 5.3.7.

En særskilt situasjon er der den smittede parten selv ikke kjenner til smittefaren. Det er usikkert hvor mange tilfeller av overføring av eksempelvis hiv som skjer før den smittede selv er klar over å være smittet. Smittefaren er medisinsk sett atskillig større hos nysmittede enn hos den som har vært hivsmittet noe tid, jf. vedlegg 1. De som er diagnostisert, vil dessuten i mange tilfeller opp tre ansvarlig og sørge for beskyttelse, slik at smittefaren blir vesentlig redusert. Smittefaren vil gjennomgående være særlig lav hos velbehandlede hivpasienter, i alle fall når de ikke har andre seksuelt overførbare infeksjoner. Slik sett kan man hevde at det ikke er tilstrekkelig at de som er diagnostisert, sørger for beskyttelse, men at også de som ikke er smittet eller i hvert fall ikke vet at de er smittet, må sørge for beskyttelse av hensyn til seg selv og partneren. Det kan da spørres om den som har en atferd som i større grad innebærer risiko for smitte, har et større ansvar enn andre for å sørge for beskyttelse, og om dette bør gjenspeiles i (eventuell) strafferegulering.

Hvorvidt smittede personer som ikke hadde (sikker) kunnskap om å være smittet da den smittefarlige handlingen fant sted, rammes av straffebudet, blir et spørsmål om hvilket krav til subjektiv skyld man anvender i strafferegulering av smitteoverføring/-fare, og hva som skal til for at skyldkravet er oppfylt jf. punkt 3.7.

En mulig konsekvens av straffansvar for den smittede kan være at ikke-smittede – og de som

tror de ikke er smittet – føler mindre ansvar for selv å beskytte seg. Dersom straffansvar for den smittede fører til at ikke-smittede tar for gitt at smittede vil informere om smittefaren før eventuelt smittefarlig samkvem, eller eventuelt sørge for smittebeskyttelse, vil dette kunne motvirke helsemyndighetenes oppfordringer til befolkningen om selv å sørge for å beskytte seg. En slik oppfatning om redusert ansvar for egen helse hos ikke-smittede, vil kunne motvirke et av målene med straffereguleringen, det vil si å forebygge smittespredning. Dette under forutsetning av at den smittede part ikke sørger for beskyttelse ut fra sitt kjennskap til den konkrete smittefaren, og at den ikke-smittede tror at straffetrusselen gjør at smittede informerer om sin status eller bruker beskyttelse. Det foreligger ikke dokumentasjon for at ikke-smittedes atferd påvirkes av slike antagelser.

I hvilken grad en ikke-smittet skal ha frihet til utsette seg for smittefare, kan ha betydning for samtykkespørsmål knyttet til straffansvar for den smittede.

Selv om mange ut fra etiske vurderinger generelt vil oppfatte det slik at den enkelte har en form for plikt til å leve et sunt liv og passe godt på helsen, er dette ikke lovfestet. Brudd på alminnelige tilrådinger om kosthold, trening mv. kan ikke sanksjoneres, i motsetning til ansvaret for ikke å skade andre. Man står fritt til å ødelegge egen helse gjennom usunne vaner med hensyn til ernæring, røyking, alkohol og annen risikoatferd. Dette til tross for at slik livsførsel kan påføre samfunnet betydelige utgifter knyttet til helsetjenester, trygd og andre velferdsordninger. Bevisst å utsette seg for risiko for å få en smittsom sykdom kan sies å stå i en særstilling fordi man ikke bare utsetter seg selv for sykdommen, men står i fare for også å føre den videre til andre. Risikoatferd på dette området kan derved føre til en større smittespredning med konsekvenser for dem som smittes og for samfunnet, ikke bare lidelse for den enkelte som selv samtykker til å bli utsatt for smittefare.

I tenkningen rundt hvem som har ansvar for å unngå smitte(-fare) ved seksuell omgang, kan det i noen grad trekkes paralleller til hvem som har ansvar for å unngå uønsket graviditet, selv om et slikt resultat er av en helt annen karakter. Det er en likhet ved at handlingen ofte utføres uten ønske om et slikt resultat, og at det er uforutsigbart om resultatet vil inntre. Partene vil i ulik grad kunne ha kjennskap til faktorer av betydning for risikoen for at det uønskede resultatet vil inntre. Forhold knyttet til (uønsket) svangerskap, er i liten grad strafferegulert, men man har også i

norsk rett hatt enkelte straffebestemmelser knyttet til besvangring¹⁴. Se punkt 9.3.5 om betraktninger hva gjelder atferd knyttet til forebygging av henholdsvis uønsket svangerskap og seksuell smitteoverføring.

Smittespredning gjennom luft, vann og mat har den enkelte liten mulighet for å beskytte seg mot med mindre smittestoffene lar seg oppdage ved for eksempel matvarens lukt eller utseende. Ved slike smitteformer er det ikke nærliggende å snakke om et felles ansvar. Her vil produsent/leverandør/tjenesteyter måtte anses å være ansvarlig for smitteoverføring. Forbrukere må kunne stole på at vann fra springen, luft i ventilasjonsanlegget og mat kjøpt i butikken skal være uten smittefare, så sant ikke helsemyndighetene opplyser om noe annet.

3.9 Alminnelig rettsfølelse

I spørsmålet om strafferegulering er det naturlig å se hen til om reguleringen støter mot den alminnelige rettsfølelsen, det vil si hva folk flest mener er riktig eller rimelig med hensyn til hva som er straffbart, og eventuelt hvor straffenivået bør ligge. Tilsvarende om fravær av strafferegulering på et felt vil støte mot folks rettsfølelse. Den alminnelige rettsfølelsen springer i stor grad ut fra felles normer i samfunnet. Det kan være vanskelig å slå fast hva den alminnelige rettsfølelsen er på et særskilt rettsområde, og i det enkelte spørsmål på feltet.

Det kan hevdes at menigmann vil føle det støtende dersom det ikke skulle være straffbart å påføre et annet menneske en alvorlig smittsom sykdom, i hvert fall i de groveste tilfellene. Dette kan for eksempel gjelde der en gjerningsperson som visste om smittefaren, gjentatte ganger utsetter en annen for smittefare ved ubeskyttet sex uten å ha informert, men kanskje tvert imot ha feilinformert seksualpartneren, og heller ikke gjorde noe for å redusere smittefaren. Det samme gjelder dersom en produsent eller en som har ansvar for vedlikehold, vet om fare for smittespredning gjennom mat, vann eller luft uten å gjøre det de kan for å forhindre at smittestoffene spres.

Når det gjelder mindre grove tilfeller, vil det kunne hevdes at det vil støte mot den alminnelige

¹⁴ Som eksempel kan nevnes at straffeloven 1902 § 210 (opphevet 1963) satte straff for den som ikke giftet seg med en kvinne som hadde latt seg besvangre i tillit til gitt ekteskapsløfte.

rettsfølelse om man kan straffes for smitteoverføring eller det å ha utsatt noen for slik fare. Dette kan tenkes å være tilfelle for eksempel der smittefaren er svært lav, kanskje fordi gjerningspersonen har satt i verk beskyttende tiltak, eller når gjerningspersonen har informert om smittefaren og den ikke-smittede har samtykket til å bli utsatt for smittefaren, eller hvor den aktuelle sykdommen ikke ansees som alvorlig. Dette må også ses i sammenheng med at det vil kunne støte mot den alminnelige rettsfølelsen om smittede personer pålegges altfor strenge restriksjoner i sin livsførsel (dersom dette ikke er til tilsvarende hinder for andres livsutfoldelse).

I samfunn som i stor grad er preget av tillit og åpenhet mellom mennesker og en alminnelig tiltro til rettsapparatet, vil det trolig i større grad enn i andre samfunn kunne være en utbredt oppfatning at det er riktig å straffe det å utsette andre for smitteoverføring/-fare, i alle fall der det ikke var opplyst om smittefaren.

Det kan også være relevant å vurdere eventuelle virkninger av at strafferegulering ikke er i samsvar med den alminnelige rettsfølelsen. Dette vil for eksempel kunne gi utslag i presseoppslag av ulik karakter. Mangel på strafferegulering som rammer grove tilfeller, vil kunne føre til ønske om – og innføring av – regulering på feltet. Se punkt 7.2 om en slik prosess i Danmark i 1990-årene. Utvalget er ikke kjent med alminnelige reaksjoner på de sakene der straffeloven 1902 § 155 har vært anvendt i Norge, noe som tyder på at straffereguleringen ikke støter mot den alminnelige rettsfølelsen.

Når det gjelder smitteoverføring på annen måte enn mellom personer, kan det antas at den alminnelige rettsfølelsen i noen grad vil tilsi at det reageres med straff overfor virksomheter som – kanskje av økonomiske hensyn eller dårlig organisering – ikke i tilstrekkelig grad sørger for kontroll av for eksempel matvarer, og derved sprer smitte. Det oppleves som viktig med rutiner og etterlevelse av særlovgivning som skal bidra til trygge matvarer og trygt drikkevann.

Dersom man legger til grunn at den alminnelige rettsfølelsen i stor grad vil variere med omstendighetene, vil dette hensynet kunne være av større betydning ved utformingen av (eventuelle) straffebud, enn i spørsmålet om det i det hele tatt skal være (særskilt) strafferegulering på feltet.

3.10 Andre hensyn og argumenter

En av straffens funksjoner er gjengjeldelse overfor gjerningspersonen eller en form for oppret-

telse for den som er blitt skadelidende eller krenket ved den straffbare handling. Det kan hevdes at hevntanker er lite aktverdige, men dette aspektet ved straff vil likevel kunne ha betydning for å forebygge at den skadelidte søker gjengjeldelse på andre måter. Den fornærmede er i strafferetten/straffeprosessen gitt visse rettigheter og i enkelte sakstyper mulighet for å påvirke hvorvidt det tas ut tiltale. Smitteoverføring/-fare er etter straffeloven 1902 § 155 undergitt ubetinget offentlig påtale unntatt der den fornærmede er en av gjerningspersonens nærmeste, jf. punkt 5.2.2.11. Straffeloven 2005 §§ 237 og 238 har ikke særskilte påtaleregler.

Et noe annet aspekt er skadelidtes ønske om kompensasjon for påført skade, noe som kan søkes ved sivilrettslig erstatningskrav for økonomisk tap og eventuelt ikke-økonomisk skade i form av oppreisning eller menerstatning, jf. punkt 6.2. Slike krav kan etter omstendighetene ramme skadevolderen hardt selv om de har en annen karakter og et annet formål enn straff. Noen kan mene at slike reaksjoner er tilstrekkelige eller mer passende enn straff når det gjelder smitteoverføring. Når det gjelder det å ha blitt utsatt for smittefare, vil det imidlertid i mange tilfeller ikke foreligge noen skade som kan kreves erstattet, selv om det i flere dommer er tilkjent et visst beløp i oppreisning for den psykiske belastningen som følge av usikkerheten før det ble klarlagt om smitte hadde blitt overført eller ikke, jf. punkt 5.2.2.17.

Ønsket om gjengjeldelse eller kompensasjon vil i første rekke være legitimt der den som ble utsatt for smitte ikke var kjent med den konkrete smittefaren, og særlig dersom den smittede bevisst forledet den andre parten til å tro at det ikke forelå noen smittefare.

Det er også blitt pekt på at et verdigrunnlag eller moralske vurderinger kanskje er en nødvendig, men ikke en tilstrekkelig begrunnelse for å straffbelegge visse handlinger, og at det i noen grad bør underbygges eller dokumenteres at en straffetrussel har den ønskede forebyggende effekten.

Det har vært hevdet at forhold knyttet til det intime privatlivet, slik som smitte ved frivillig seksuell omgang, ikke bør undergis strafferegulering. Seksuelle forhold er imidlertid regulert også i andre typer straffebud, og ikke bare der det gjelder vold, trusler eller asymmetri mellom partene. Et eksempel er forbudet mot søskenincest, jf. straffeloven 1902 § 198 og straffeloven 2005 § 312.

Det er under utvalgets arbeid fremkommet opplysninger fra ulike hold om at politianmeldelse

for smitteoverføring/-fare (og eventuelt erstatningskrav) i en del tilfeller benyttes som en form for hevn eller et pressmiddel i forbindelse med samlivsbrudd. For eksempel slik at det først etter et brudd inngis anmeldelse fra den parten som har vært utsatt for smittefare ved seksuell omgang under et samliv av kortere eller lengre varighet, men som har kjent til smittefaren og likevel jevnlig deltatt i ubeskyttet sex. Straffeloven 2005 har en bestemmelse om at straff ikke kommer til anvendelse ved smitteoverføring/-fare ved seksuell omgang med ektefelle eller andre som lever i ekteskapslignende forhold, dersom det er avgitt samtykke på forhånd, jf. punkt 5.3.7. Omstendigheter som nevnt ovenfor kan imidlertid illustrere at det er noe tilfeldig, sett fra gjerningspersonenes side, hvilke smittefarlige handlinger som straffefølges. Tallet på straffesaker sett i forhold til antallet personer som diagnostiseres hvert år, antyder at det kun er en liten andel gjerningspersoner som straffefølges. Dette har igjen sammenheng med at etterforskning stort sett skjer etter anmeldelse fra fornærmede.

Bevismessige hensyn kan også være av betydning i vurdering av strafferegulering, for eksempel slik at man søker å unngå straffebud som vil medføre svært vanskelige bevisema eller hvor det vil være vanskelig å få vitner til å avgi forklaring eller få dokumentert annet bevismateriale slik at straffefølgning vil bli meget vanskelig eller ressurskrevende og i praksis sjelden eller aldri vil finne sted.

Videre er det viktig med klare lovbestemmelser som sikrer forutberegnelighet med hensyn til hva som er straffbart.

Et hensyn i forbindelse med strafferamme og straffutmåling, er at straffen for smitteoverføring/-fare bør stå i rimelig forhold til straffen for andre typer lovbrudd.

Hvor stor sannsynligheten for smitteoverføring er, og hvilke konsekvenser det har å bli smittet med den aktuelle sykdommen, er forhold som vil ha betydning for straffutmålingen. Om rettpraksis hva gjelder straffutmåling ved overtredelse av straffeloven 1902 § 155, se punkt 5.2.2.16.

Det er blitt uttrykt ønske om en form for retningslinjer eller standardisering når det gjelder

hvilken skade det ansees å være å bli påført hiv-smitte under de til enhver tid rådende forhold ut fra behandlingsmuligheter mv., for eksempel en medisinsk invaliditetsgrad. Tanken er at dette ville kunne gjøre erstatningsutmåling, og eventuelt også straffutmåling, mer forutsigbar. På den annen side vil det kunne være store individuelle variasjoner som gjør det vanskelig – og kanskje lite ønskelig – å fastsette en slik standard. Straffutmålingen vil i noen grad uansett måtte skje ut fra individuelle forhold.

Det kan for øvrig nevnes at det har vært pekt på faren for at straffelovgivning vedrørende hiv-smitte i høyinntektsland kan bli brukt som modell for lovgivning i utviklingsland og der vil kunne bli praktisert på en uheldig måte. For eksempel vil kvinner kunne bli svært utsatt for straffefølgning fordi det ofte er kvinnen som er den i en familie som først får diagnosen på grunn av testing i forbindelse med svangerskap, mens det like gjerne kan være mannen som har smittet henne. Det er i mange land begrensede muligheter og ressurser til å foreta rettsmedisinske undersøkelser med tanke på hvem som kan ha smittet hvem. Samtidig gir slike analyser uansett ikke sikre svar, selv om de kan si noe om sannsynligheten for at partene har et beslektet virus og i noen tilfeller kan utelukke smitteoverføring mellom de to aktuelle partene, jf. vedlegg 1. Til dette kommer spørsmålet om straff for overføring av hiv fra mor til barn i forbindelse med svangerskap, fødsel og amming, særlig fordi man i mange land foreløpig ikke har ressurser til å forebygge slik overføring i den grad det er medisinsk mulig, og fordi amming i mange land er svært viktig for å sikre barnet tilstrekkelig og riktig ernæring.

Samtidig må det understrekes at det empiriske grunnlaget for en slik overføring av rettsregler ikke er dokumentert, og at de enkelte stater uansett har tradisjon for å oppstille straffebud ut fra egne kulturelle og politiske forutsetninger. En slik «overførings»-tenkning synes da heller ikke å ha satt sine spor i andre europeiske stater når de her nevnte straffespørsmålene har vært vurdert.

Kapittel 4

Smittevernlovgivningen

4.1 Innledning

Det er flere regelsett som er av betydning for den rettslige reguleringen av smittevernet og andre forhold knyttet til smittsomme sykdommer. Den særskilte smittevernlovgivningen er sentral, men også folkehelseloven og andre lover innen helse-retten har bestemmelser som i noen grad berører feltet. Matlovgivningen er av betydning for vern mot næringsmiddelbårne sykdommer. Tilsvarende gjelder i noen grad også annen lovgivning på sine felt. I tillegg har den alminnelige straffe-lovgivningen særskilte bestemmelser på området.

Her i kapittel 4 behandles smittevernlovgivningen. I kapittel 5 redegjøres for straffebestemmelse. Hovedvekten er lagt på disse i og med at spørsmålet om strafferegulering på området er det sentrale spørsmålet i utvalgets mandat. Enkelte andre lover med relevante bestemmelser omtales kort i kapittel 6.

4.2 Historikk

Fra 1834 til 1844 arbeidet en medisinallovkommissjon med utkast til en lov om medisinalvesenet i Norge. Bakgrunnen var blant annet problemer som følge av koleraepidemien som nådde Norge i 1832. Regjeringen fant ikke å kunne fremme lovutkastet i sin helhet, men fremmet i 1848 forslag til lov om karantenevesenet, som ble vedtatt av Stortinget samme år.¹

En komité oppnevnt i 1850 så på spørsmålet om nye bestemmelser for bekjempelsen av smittsomme sykdommer. I 1858 ble det oppnevnt en kommisjon som skulle revidere sunnhetslovgivningen.

Sunnhetsloven (lov 16. mai 1860 om Sundhedscommissioner og om Foranstaltninger i anledning af epidemiske og smittsomme Syg-

domme) ble gitt med tanke på å bedre hygienens og styrke annet forebyggende helsearbeid for å fremme folkehelsen samt å kunne iverksette effektive smitteverntiltak. Smittsomme sykdommer var etter loven gjenstand for «det offentliges særlige forsorg», og loven påla det offentlige et særlig ansvar for å forebygge og motvirke slike sykdommer.

Sunnhetsloven hadde tre kapitler. Kapittel 1 «Om Sundhedscommissioner» fastsatte at slike permanente organer skulle opprettes i alle landets kommuner. De hadde oppgaver både innen forebygging og når farsotter først herjet. Kapittel 2 het «Angaaende særegne Foranstaltninger imod epidemiske og smittsomme Sygdomme». Kapittel 3 «Almindelige Bestemmelser» inneholdt forskriftshjemler og bestemmelser om forholdet til annen lovgivning.

Sunnhetsloven innførte nye prinsipper for folkehelse- og smittevernarbeid og hadde brede hjemler for iverksettelse av tiltak i situasjoner som kunne oppstå når epidemier nærmet seg eller bredte seg.

Medisinhistorikeren Øyvind Larsen² påpeker at sunnhetsloven var forut for sin tid idet den ga folkehelse spørsmål en plass i lokalforvaltningen 120 år før kommunehelsetjenesteloven (lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene³). Sunnhetskommisjoner ble opprettet i alle kommuner og skulle drøfte sosialmedisinske og hygieniske utfordringer og samtidig ha ansvar for å bekjempe smittsomme sykdommer. Sunnhetsloven formaliserte beslutningsstrukturer og fordelte oppgaver innen miljørettet helsevern og innenfor det offentlige smittevernet på kommunenivå.

Tidligere hadde man fragmenterte bestemmelser vedrørende konkrete smittetrusler etc.

¹ Fremstillingen i punkt 4.2 bygger i hovedsak på Ot.prp. nr. 91 (1992–93) *Om lov om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven)* s. 12–14 og 22–24.

² Øyvind Larsen: *Sunnhetsloven – mer enn en helselov*, Michael 2010, Supplement 8 s. 11–49.

³ Opphevet fra 1. januar 2012 ved lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).

Det var i 1857 gitt en lov om lepra som opprettet organer i de kommuner hvor lepra var utbredt, en forløper til sunnhetskommisjonene innført med sunnhetsloven. Ny lepralov ble gitt i 1877 (lov 26. mai 1877 om forsørgelse av fattige spedalske m.v.) og 1885 (lov 6. juni 1885 angaaende Spedalskes Afsondring og Indlæggelse i offentlig Pleie- eller Helbredelsesanstalt m.v.). Den siste lepraloven ble opphevet ved lov om sosial omsorg av 5. juni 1964 nr. 2.⁴

På bakgrunn av den store utbredelsen av tuberkulose i siste halvdel av 1800-tallet, fikk man en særskilt lov på området (lov 8. mai 1900 angaaende særegne Foranstaltninger mod tuberkuløse Sygdomme) som skulle stilles på linje med sunnhetsloven kapittel 2 når det gjaldt tuberkulose.

Det ble på slutten av 1800-tallet og i de første tiårene av 1900-tallet i perioder arbeidet med en særlov om veneriske sykdommer, men noen lov ble ikke vedtatt. I 1944 fikk man en «okkupasjonslov» på området, som ble avløst av en provisorisk anordning av 12. juni 1945 om åtgjerder mot kjønnssykdommer.

I etterkrigstiden ble det gitt flere særlover på smittevernområdet:

Lov 5. juli 1946 nr. 1 om rottebekjempelse

Lov 12. desember 1947 nr. 4 om åtgjerder mot kjønnssykdommer

Lov 12. desember 1947 nr. 15 om røntgenundersøkelse ved skjermbilledfotografering

Lov 12. desember 1947 nr. 16 om tuberkulinprøving og vaksinasjon mot tuberkulose

Lov 19. desember 1952 nr. 1 om vern mot overføring av smittsom sykdom fra utlandet m.v.

Lov 26. november 1954 nr. 2 om vaksinasjon

Sunnhetsloven, loven om vern mot overføring av smittsom sykdom fra utlandet m.v. og vaksinasjonsloven hadde et generelt virkeområde rettet mot smittsomme sykdommer i sin alminnelighet, mens de andre lovene var særlover vedrørende enkelte sykdommer eller sykdomsgrupper.

Lovene og et stort antall forskrifter og rundskriv utgjorde etter hvert et mangslungent og uensartet regelverk, og det var behov for en reglesanering. Det ble i slutten av 1970-årene påpekt behov for faglig oppdatering av smittevernlovgivningen samtidig som det ble ansett uhensiktsmessig med en rekke særlover. Fra tidlig i 1980-årene signaliserte Helsedirektoratet at man ville ta initia-

⁴ Se artikkel av Kirsti Lothe Jacobsen: *Spedalske og norsk lov*, Bibliotek for juridiske fag, Universitetet i Bergen, 2007. <http://www.uib.no/ub/jur/om-biblioteket/utstillinger/spedalske-og-norsk-lov#nylovgivning>

tiv til en ny generell smittevernlov, jf. også NOU 1984: 28 *Om helse- og sosialtjenesten*.

Sunnhetskommisjonene var omgjort til helse- og sosialråd, og var fortsatt et obligatorisk organ i kommunene. I forbindelse med kommunehelsetjenesteloven som trådte i kraft i 1984, ble det miljømessige og terapeutiske kommunale helsevesen samlet under folkevalgt ledelse. Sunnhetsloven ble da endret til å bli en ren smittevernlov, og bestemmelsene om de statlige distriktslegenenes automatiske stilling som ledere av kommunenes helse- og sosialråd, ble opphevet. Ved lov 12. juni 1987 nr. 70 om kommunalt helse- og sosialstyre m.v. ble sunnhetsloven og andre smittevernlover endret slik at «sunnhetskommisjonen» og «helse- og sosialstyret» ble «helse- og sosialstyret». Bestemmelser om «ordfører» for disse organene ble endret til «kommunens medisinsk-faglig ansvarlige lege». Kommunehelsetjenesteloven fikk ved lov 12. juni 1987 nr. 67 et eget kapittel 4a om miljørettet helsevern.

Hivepidemien utløste diskusjon om smittevernlovgivning og i hvilken grad det dagjeldende regelverket var egnet i arbeidet med å forebygge spredning av hiv. Regjeringen besluttet i 1986 å utarbeide et utkast til en odelstingsproposisjon om lov om særlige tiltak mot hivinfeksjon, som ble sendt på høring i 1987.⁵ Høringsinstansene var delt i synet på om det var nødvendig og/eller hensiktsmessig med en slik særlov. Utkastet fikk relativt stor motbør, blant annet under henvisning til arbeidet med en ny generell smittevernlov, og utkastet ble lagt til side.⁶ Det ble i januar 1988 i stedet fremmet en stortingsmelding, St.meld. nr. 29 (1987–88) *Om HIV/AIDS-epidemien*. Sosialkomiteen⁷ sluttet seg til at det var behov for nye regler vedrørende tvangsinngrep, ikke minst av rettsikkerhetshensyn, og mente at slike regler burde komme i den nye varslede smittevernloven.

4.3 Smittevernloven

4.3.1 Innledning

Smittevernloven (lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer) trådte i kraft 1. januar 1995. Loven avløste sunnhetsloven av

⁵ Se omtale av lovutkastet og høringsssvarene i NOU 1990: 2 *Lov om vern mot smittsomme sykdommer (Smittevernloven)* s. 27 ff.

⁶ Se omtale i Asbjørn Kjønstad og Fredrik Mellbye: *Aids og juss – kampen mot smittsomme sykdommer – fra svartedauen til hiv-epidemien*, Oslo, 1987, s. 77 flg., og Svein Slettan: *Straff og enkelte andre restriktive tiltak mot AIDS*, Lov og Rett 1987 s. 515–537 (s. 536).

⁷ Innst. S. nr. 183 (1987–88).

1860 og syv særlover, blant annet om tuberkulose og kjønns sykdommer, jf. punkt 4.2. De tidligere lovene var til dels gamle og lite oppdatert i forhold til annen lovgivning og medisinsk og samfunnsmessig utvikling. De bygget på forskjellige prinsipper og saksbehandlingsregler, og var i noen grad uklare for eksempel med hensyn til vilkårene for bruk av tvang. Det ble i forarbeidene til smittevernloven, blant annet Ot.prp. nr. 91 (1992–93) *Om lov om vern mot smittsomme sykdommer* (Smitte-loven) s. 8, også pekt på behovet for en faglig og politisk gjennomdrøfting av de spørsmål som smittsomme sykdommer reiser. Det ble vist til at det ikke hadde vært noen debatt og gjennomgang av dette på lenge, og at hiv-/aidsepidemien foranlediget en drøfting av de prinsippene smittevernet bør bygge på.

Det ble i arbeidet med lovforslaget lagt særlig vekt på å oppdatere lovgrunnlaget for smittevernarbeidet ut fra nyere medisinsk kunnskap, og å fjerne ubegrunnede forskjeller i håndteringen av de ulike sykdommene. Styrking av rettssikkerheten for de personene som blir gjenstand for tiltak etter loven, var også viktig.

Lovforslaget bygget på utredning fra Helsedirektoratet offentliggjort som NOU 1990: 2 *Om lov om vern mot smittsomme sykdommer* (Smitte-loven). Det ble fremmet lovforslag i Ot.prp. nr. 91 (1992–93), som ble fremsatt på ny i Ot.prp. nr. 28 (1993–94) *Om lov om vern mot smittsomme sykdommer* (smittevernloven) fordi saken ikke var blitt behandlet av Stortinget før ny valgperiode. Loven ble vedtatt i hovedsak i samsvar med forslaget. Det ble i forbindelse med stortingsbehandlingen foretatt endringer i § 2-2 (unntak fra taushetsplikt) og § 7-5 (om smittevernemnd), jf. Innst. O. nr. 37 (1993–94).

Loven er senere endret flere ganger, sist ved lov 22. juni 2012 nr. 46⁸, men lovens systematikk og grunnprinsipper består uendret.

Loven omfatter både personrettede og miljørettede tiltak. Loven gjelder alle smittsomme sykdommer og gir således fleksibilitet under skiftende epidemiologiske forhold. Loven skjelner imidlertid mellom smittsomme sykdommer i sin alminnelighet og allmennfarlige smittsomme sykdommer, som kan gi grunnlag for mer vidtgående tiltak, jf. punkt. 4.3.2.3.

Hovedprinsippet i loven er at smittevernarbeidet skal skje i samarbeid med de personene som er berørt, og være basert på frivillighet. Frivillig

medvirkning skal gjennomgående ha vært forsøkt før det eventuelt iverksettes mer inngripende tiltak. Loven pålegger samtidig smittede personer visse plikter, og den har også hjemmel for bruk av tvang i enkelte sammenhenger. Tiltakene skal ha en klar faglig begrunnelse og være nødvendige av hensyn til smittevernet. Videre er det et prinsipp som ligger til grunn for loven, at tiltakene må kunne gjennomføres uten å påføre de berørte unødige stor skade eller ulempe og uten urimelig krenkelse av enkeltmenneskers integritet.

Rettsikkerheten er ivarettatt blant annet ved at loven er lagt opp slik at jo mer omfattende eller inngripende et tiltak er, desto høyere er nivået der beslutningen om iverksetting kan treffes. Det er lagt vekt på personell kompetanse (hvilket forvaltningsorgan som skal ha adgang til å fatte vedtak) og prosessuelle rettsikkerhetsgarantier.

Smittevernloven inneholder en rekke bestemmelser om at departementet eller Kongen (i statsråd) i forskrift kan gi nærmere regler i tilknytning til loven. Det er gitt flere forskrifter i medhold av loven, men ikke alle forskriftshjemler er benyttet.

4.3.2 Kapittel 1 Innledende bestemmelser (formål, virkeområde, definisjoner)

4.3.2.1 Formål – § 1-1

Lovens formål er angitt i § 1-1. Loven skal verne befolkningen mot smittsomme sykdommer ved å forebygge sykdommene og motvirke at de overføres i befolkningen, samt motvirke at slike sykdommer føres inn i eller ut av Norge. Loven skal sikre at myndighetene setter i verk nødvendige smitteverntiltak og samordner sin virksomhet på området. Videre skal loven ivareta rettssikkerheten til den enkelte som blir omfattet av smitteverntiltak etter loven.

4.3.2.2 Virkeområde – § 1-2

Lovens bestemmelser om tjenester og tiltak gjelder for enhver som oppholder seg i Norge, med mindre annet er fastsatt, jf. § 1-2 første ledd og andre ledd som gir hjemmel for begrensninger med hensyn til personer som ikke er norske statsborgere eller ikke har bosted i Norge. I Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 27 heter det at hovedprinsippet må være at smittevernlovens bestemmelser skal gjelde for alle som oppholder seg i riket uansett statsborgerskap og uansett varigheten av oppholdet, og at dette vil være i samsvar med de folkerettslige forpliktelser Norge er bundet av. Det uttales av eventuelle unntak for utenlandske stats-

⁸ Lov 22. juni 2012 nr. 46 om endringer i helseregisterloven mv. (opprettelse av nasjonal kjernejournal m.m.). Endringene trådte i kraft straks.

borgere kun må gjelde for «opphold av klart midlertidig karakter» og at begrensningene i hovedsak må gjelde inngrep, ikke ytelser.

Hjemmelen i § 1-2 andre ledd til å begrense anvendelse av loven overfor personer som ikke er norske statsborgere eller ikke har bosted i Norge, er ikke benyttet. Det vil si at retten til smittevern hjelp, jf. lovens kapittel 6, omfatter persongrupper som ikke har fulle rettigheter til helsehjelp i Norge etter reglene i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-2, jf. også forskrift 16. desember 2011 nr. 1255 om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket. Det er i forskriften angitt hvilken helsehjelp man har rett til etter pasient- og brukerrettighetsloven dersom man oppholder seg i Norge uten å ha fast, lovlig opphold, uten å være medlem av folketrygden eller uten å ha rettigheter i medhold av avtale med annen stat. Etter § 5 bokstav d har alle som oppholder seg i riket, rett til smittevernhjelp, med henvisning til smittevernloven § 6-1. Dette gjelder også personer som oppholder seg ulovlig i landet, jf. Helse- og omsorgsdepartementets rundskriv I-5/11 *Helsehjelp til personer uten fast opphold i riket og personer uten lovlig opphold* og departementets *Høringsnotat om samhandlingsreformen – forslag til forskriftsendringer og nye forskrifter som følge av Prop. 91 L (2010–2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester* datert 4. juli 2011.

Et slikt utvidet virkeområde har sammenheng med at smittevernhjelp ytes ikke bare av hensyn til pasienten, men også for å unngå spredning av sykdommen og derved verne folkehelsen.

I henhold til smittevernloven § 1-2 tredje ledd kan departementet gi forskrifter om anvendelse av loven på Svalbard, Jan Mayen og kontinental-sokkelen, og på norske fartøy og luftfartøy hvor de enn befinner seg. Loven er ikke gitt generell anvendelse for disse områdene, men det er gitt enkelte forskrifter knyttet til petroleumsvirksomhet. For Svalbard har man bestemmelser blant annet om «smittsomme syke» i forskrift 15. juni 1928 nr. 3357 om læge- og sundhetsforholdene på Svalbard fastsatt i medhold av lov 17. juli 1925 nr. 11 om Svalbard. Se særlig forskriften §§ 2 og 13 til 16.

I smittevernloven § 1-2 fjerde ledd er det fastsatt at lovens bestemmelser «gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat». Departementet bemerket i Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 27 at bestemmelsen i første rekke vil ha betydning «som signal om at Norge vil ivareta sine forpliktelser overfor folkeretten og interna-

sjonale avtaler». Smittevern i internasjonal sammenheng er omtalt i proposisjonen s. 19–21.

Om internasjonale forpliktelser og tilrådninger av relevans for utvalgets arbeid, se kapittel 8.

Hjemmelen i § 1-2 femte ledd for Kongen til å gi regler om gjennomføringen av avtale med fremmed stat, vil ifølge proposisjonen (s. 27) ha betydning «dersom det er nødvendig å foreta mindre avvik fra smittevernlovgivningens regler eller forskriftsregulere et forhold som ikke dekkes av lovens alminnelige forskriftshjemler». Et eksempel på forskrift gitt i medhold av blant annet denne bestemmelsen, er forskrift 21. desember 2007 nr. 1573 om varsling av og tiltak ved alvorlige hendelser av betydning for internasjonal folkehelse (IHR-forskriften). Forskriften gjennomfører Norges forpliktelser etter WHO's helsereglement (IHR) av 23. mai 2005, jf. punkt 8.3.4.

4.3.2.3 Definisjoner – § 1-3

Loven gjelder alle smittsomme sykdommer, men har særlige regler for det som regnes som «allmennfarlige smittsomme sykdommer». Se for eksempel § 2-2 om unntak fra taushetsplikt, § 4-1 om møteforbud og stenging av virksomheter mv., § 5-1 om plikt til å la seg undersøke og §§ 5-2 og 5-3 om tvungen undersøkelse og isolering. Begrepet var nytt med smittevernloven, men har sin parallell i mange andre lands lovgivning, se kapittel 7. Betegnelsene på ulike kategorier av smittsomme sykdommer, hvilke sykdommer som er plassert i de ulike kategoriene, og hvilke tiltak som kan iverksettes, varierer imidlertid fra land til land. Dette er ikke regulert gjennom internasjonalt samarbeid.

Flere begreper er definert i § 1-3 som lyder slik:

§ 1-3. Definisjoner

Med følgende uttrykk i loven her forstås:

1. smittsom sykdom: en sykdom eller smittebærertilstand som er forårsaket av en mikroorganisme (smittestoff) eller del av en slik mikroorganisme eller av en parasitt som kan overføres blant mennesker. Som smittsom sykdom regnes også sykdom som er forårsaket av gift (toksin) fra mikroorganismer.
2. en smittet person: en person som har en smittsom sykdom som nevnt i nr. 1. For kroniske infeksjonssykdommer gjelder at en person anses som en smittet person bare når vedkommende er smitteførende eller frembyr slike tegn på aktiv sykdom som

medfører at personen kan være smitteførende. Som en smittet person regnes også en person som det etter en faglig vurdering er grunn til å anta er en smittet person.

3. allmennfarlig smittsom sykdom: en sykdom som er særlig smittsom, eller som kan opptre hyppig, eller har høy dødelighet eller kan gi alvorlige eller varige skader, og som
 - a) vanligvis fører til langvarig behandling, eventuelt sykehusinnleggelse, langvarig sykefravær eller rekonvalesens, eller
 - b) kan få så stor utbredelse at sykdommen blir en vesentlig belastning for folkehelsen, eller
 - c) utgjør en særlig belastning fordi det ikke fins effektive forebyggende tiltak eller helbredende behandling for den.
4. alvorlig utbrudd av allmennfarlig smittsom sykdom: et utbrudd eller fare for utbrudd som krever særlig omfattende tiltak. Sosial- og helsedirektoratet⁹ kan i tvilstilfelle avgjøre når det foreligger et alvorlig utbrudd av allmennfarlig smittsom sykdom.

Departementet fastsetter i forskrift hvilke smittsomme sykdommer som skal regnes som allmennfarlige smittsomme sykdommer.

Ut fra disse kriteriene kan det endres over tid hvilke sykdommer som faller inn under begrepene.

Definisjonen av allmennfarlig smittsom sykdom innebærer at minst ett av grunnvilkårene i første ledd nr. 3 må være oppfylt, og at dessuten minst ett av tilleggsvilkårene i nr. 3 bokstav a til c må være oppfylt.

Departementet har i forskrift 1. januar 1995 nr. 100 om allmennfarlige smittsomme sykdommer fastsatt hvilke sykdommer som omfattes av dette begrepet. Forskriften omfatter en rekke sykdommer og sykdomsgrupper, blant annet seksuelt overførbare infeksjoner, hivinfeksjon, hepatitt A-E, botulisme, difteri, kikhoste, meningokokksykdom, miltbrann, rabies og tuberkulose. Forskriften ble sist endret ved forskrift 26. mars 2003 nr. 407 da alvorlig, akutt luftveissyndrom (SARS) kom inn på listen. Forskriften er inntatt som vedlegg 2.

Det er departementet som vedtar endringer i forskriften. Forslag til endringer fremsettes i første rekke av Nasjonalt folkehelseinstitutt (Folke-

helseinstituttet) og Helsedirektoratet, eller forelleges disse instansene for vurdering.

Hvorvidt en sykdom regnes som allmennfarlig, er av vesentlig betydning idet mange av lovens bestemmelser kun gjelder ved disse sykdommene, og ikke kommer til anvendelse ved andre smittsomme sykdommer. De bestemmelsene som bare gjelder allmennfarlige smittsomme sykdommer, er imidlertid ikke samlet i en særskilt del av loven. Hver enkelt bestemmelse må derfor leses med blikk for om den gjelder smittsomme sykdommer generelt eller bare denne spesielle kategorien sykdommer.

Om en sykdom regnes som allmennfarlig, har også betydning for betalingssspørsmål da fritak for egenandel for ved smittevern hjelp i form av blant annet legehjelp og legemidler, er knyttet til allmennfarlige smittsomme sykdommer, jf. punkt 4.3.7 og 6.5.

Straffelovens bestemmelser om smitteoverføring og smittefare gjelder også «allmennfarlige smittsomme sykdommer», jf. straffeloven 1902 § 155 og straffeloven 2005 § 237. Smittevernlovens definisjon gjelder ikke direkte utenfor smittevernlovgivningen, men vil være rettleidende også i saker etter straffeloven, jf. punkt 5.2.2.5 og 5.3.6.

Definisjonen av begrepet «en smittet person» er for kroniske infeksjonssykdommer begrenset til å gjelde «bare når vedkommende er smitteførende eller frembyr slike tegn på aktiv sykdom som medfører at personen kan være smitteførende», jf. smittevernloven § 1-3 første ledd nr. 2. Det fremgår av forarbeidene at bakgrunnen for denne presiseringen er at en ikke ubetydelig andel av befolkningen er smittet med tuberkelbasiller, mens bare et fåtall av de infiserte utvikler tuberkuløs sykdom eller smittebærentilstand som innebærer smittefare, jf. Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 30. Tilsvarende vil kunne gjelde andre sykdommer.

Smittsomme sykdommer kan overføres (direkte eller indirekte) mellom mennesker, fra dyr til menneske eller fra miljø til menneske, for eksempel gjennom luft, vann eller næringsmidler, se punkt 9.2.

I § 1-3 første ledd nr. 4 defineres begrepet alvorlig utbrudd av allmennfarlig smittsom sykdom. Særlige tiltak kan settes i verk i slike situasjoner, jf. blant annet smittevernloven § 3-8 om vaksiner, § 4-6 om gravferd og § 4-8 om mulighet for å pålegge massemedier å ta inn meldinger til befolkningen.

⁹ Nå Helsedirektoratet.

4.3.3 Kapittel 2 Informasjon til smittede personer, unntak fra taushetsplikt, meldinger og varsler

4.3.3.1 Informasjon – § 2-1

Etter smittevernloven § 2-1 skal den undersøkende eller behandlende legen snarest mulig gi en smittet person med allmennfarlig smittsom sykdom, informasjon om sykdommen, smittsomhet og smitemåter og om hvilke lover og bestemmelser som gjelder. Videre skal legen gi «særskilt personlig veiledning om hva den smittede kan gjøre for å motvirke at sykdommen blir overført til andre (personlig smittevernveiledning)». Veiledningen skal tilpasses den enkeltes sykdom og livssituasjon.

Bestemmelsen må sees i sammenheng med § 5-1 tredje ledd om at en smittet person med allmennfarlig smittsom sykdom har plikt til å ta imot den personlige smittevernveiledning som legen gir for å motvirke at sykdommen blir overført til andre, jf. punkt 4.3.6.

4.3.3.2 Unntak fra taushetsplikt – utgangspunkter

Smittevernloven § 2-2 om enkelte unntak fra taushetsplikt og § 2-3 om meldeplikt for leger og varslingsplikt for sykepleiere og jordmødre må sees i sammenheng med helsepersonellovens bestemmelser om taushetsplikt og adgang til utlevering av opplysninger, jf. særlig helsepersonelloven kapittel 5 om taushetsplikt og opplysningsrett, kapittel 6 om opplysningsplikt og kapittel 7 om meldeplikt. Se Ot.prp. nr. 13 (1998–99) *Om lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)* s. 106–109. Se også pasient- og brukerrettighetsloven § 3-6 om rett til vern mot spredning av opplysninger.

Det ble i Ot.prp. nr. 91 (1992–93) vist til at flere av de mest kontroversielle spørsmål som hadde dukket opp under hiv-/aidsepidemien nettopp hadde dreid seg om «betydningen av konfidensialitet kontra rett til å få opplysninger om andres smittestatus», jf. s. 6 og 34 ff. Det ble uttalt at formålet med en regulering i smittevernloven av adgang og plikt for helsepersonell til å gi opplysninger, blant annet var å skape større klarhet i hvordan unntaksreglene på området smittsomme sykdommer skal forstås. Det ble videre vist til at lovforslaget langt på vei var en kodifisering av dagjeldende rett (jf. legeloven¹⁰) og ikke repre-

senterte noen uthuling av personvernet i helselovgivningen. Det ble uttalt at en konkretisering i lovteksten ville bidra til å unngå misforståelser og misbruk i praktiseringen av unntakene fra taushetsplikten på smittevernfeltet.

Flertallet i sosialkomiteén understreket at taushetsplikten fortsatt skal overholdes strengt av hensyn til personvernet og tillitsforholdet mellom helsearbeider og pasient, men mente at en klargjøring og presisering av vilkårene for og nødvendigheten av unntak ville gi bedre veiledning for helsepersonell og sikre en ensartet praksis, jf. Innst. O. nr. 37 (1993–94) s. 6. Flertallet foreslo en skjerping av vilkårene for å gi opplysninger etter § 2-2 slik at «Når det er grunn til å anta [...]» ble erstattet med «Når det er overveiende sannsynlig [...]». Flertallet var enig i at legen i utgangspunktet ikke burde pålegges plikt til å gi opplysninger, men «gis en adgang til bruk av skjønn, vurdert ut fra vilkårene i loven, hensynet til personvernet for pasienten og smittevernet». Et annet flertall påpekte likevel at «helsepersonell bør informere samlivspartner om f.eks. HIV-smitte dersom den smittede selv ikke vil gi slik opplysning». Et mindretall foreslo at legen ikke bare kan, men skal gi opplysninger i alle de tilfelle som omfattes av § 2-2 andre ledd. Se nærmere om § 2-2 i punkt 4.3.3.3 ff.

4.3.3.3 Opplysningsrett etter § 2-2 andre ledd

Etter § 2-2 kan legen gi taushetsbelagte opplysninger videre på visse vilkår når det er overveiende sannsynlig at det er eller har vært fare for overføring av en allmennfarlig smittsom sykdom fra en smittet person, og det av hensyn til smittevernet er behov for å gi slike opplysninger.

Utgangspunktet i første ledd er at legen skal søke å oppnå medvirkning eller samtykke fra den smittede til å gi opplysninger. Er dette ikke mulig, kan legen etter andre ledd gi «opplysninger om smittestatus og andre helt nødvendige opplysninger» uten hinder av taushetsplikt forutsatt at vilkårene i første ledd om smittefare og behov av hensyn til smittevernet er oppfylt, jf. Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 125 (spesialmotivene til § 2-2).

Børge Krogsrud legger i kommentarutgaven¹¹ til smittevernloven til grunn at det må «være tilstrekkelig at man kan oppnå noe i smittevernssammenheng med å gi opplysningene» og at det ikke er noe krav om at «verdien» av tiltakets effekt skal vurderes, eller at det skal skje noen avveining

¹⁰ Lov 13. juni 1980 nr 42 om leger, opphevet ved helsepersonelloven fra 1. januar 2001.

¹¹ Børge Krogsrud: *Smittevernloven – Kommentaarutgave*, 1995, s. 44.

av dette tiltaket i forhold til eventuelle andre smitteverntiltak.

I § 2-2 andre ledd bokstav a til e er det angitt hvem legen kan gi opplysninger til og under hvilke forutsetninger.

Andre og tredje ledd i § 2-2 lyder:

Er det ikke mulig å oppnå tilstrekkelig medvirkning eller samtykke fra den smittede, kan det gis opplysninger om smittestatus og andre helt nødvendige opplysninger uten hinder av lovbestemt taushetsplikt. Legen kan gi opplysningene til

- a) helsepersonell som har ansvar for oppfølging av pasienten eller som har ansvar for at annet personell, andre pasienter eller besøkende ikke smittes, når det er overveiende sannsynlig at helsepersonellet, pasientene eller de besøkende er i fare for å få overført en allmennfarlig smittsom sykdom,
- b) annen lege i sammenheng med smitteoppfølging etter § 3-6,
- c) den som med overveiende sannsynlighet er i fare for å få overført en allmennfarlig smittsom sykdom,
- d) den som med overveiende sannsynlighet har vært i fare for å få overført en allmennfarlig smittsom sykdom, når opplysningene kan motvirke at sykdommen blir overført til andre, eller er avgjørende for å kunne begynne medisinsk behandling av den smitteutsatte, eller
- e) den som med overveiende sannsynlighet har vært i fare for å få overført en allmennfarlig smittsom sykdom fordi den smittede har opptrådt klanderverdig.

Dersom faren for overføring etter bokstav c er overhengende og innlysende, skal opplysningene gis, med mindre legen vet at en annen lege gir opplysningene eller at opplysningene allerede er kjent for dem som skal ha dem.

Bestemmelsene i § 2-2 gjelder bare allmennfarlige smittsomme sykdommer. De ulike alternativene i § 2-2 andre ledd er nærmere omtalt i spesialmotivene til bestemmelsen i Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 126–127. Se også NOU 1990: 2 *Lov om vern mot smittsomme sykdommer (Smitteloven)* s. 125 ff. og s. 220–225.

Bokstav a gjelder smittefare for helsepersonell, andre pasienter eller besøkende når den smittede personen for eksempel er innlagt i helseinstitusjon. Det må være overveiende sannsynlig at det foreligger smittefare. De taushetsbelagte opplysningene kan bare gis til helsepersonell som

har ansvar for oppfølging av pasienten, vanligvis i form av undersøkelse, behandling og pleie av den smittede, eller som har ansvar for at andre ikke blir smittet, som en del av det infeksjonsforebyggende arbeidet ved institusjonen. Bestemmelsen vil også kunne anvendes ved henvisning til annen lege, tannlege, jordmor, fysioterapeut osv.

Bokstav b gjelder smitteoppfølging, og det kan da være tale om å gi opplysninger til kommunelegen eller annen lege som har med smittekontakter å gjøre.

Bokstav c åpner for å gi opplysninger til privatpersoner som med overveiende sannsynlighet står i fare for å bli smittet. Dette kan for eksempel være seksualpartner(e) til en smittet person. Se nedenfor om tredje ledd som ved kvalifisert smittefare pålegger legen ikke bare rett, men plikt til å gi opplysninger til den som står i fare for å bli smittet.

Bokstav d gjelder opplysninger til personer som allerede har vært utsatt for smittefare. Formålet er å hindre videre smitte og å foranledige at den smitteutsatte kommer til undersøkelse og behandling. I spesialmotivene pekes på at det er satt opp som et eget vilkår ved dette alternativet at opplysningene «kan motvirke» videre smitteoverføring. Dette for å «understreke at opplysningsadgangen er strengt knyttet til hensynet til smittevernet». Et annet alternativ etter bokstav d er at opplysningene «er avgjørende for å kunne begynne medisinsk behandling av den smitteutsatte». Fare for overføring av hepatitt B-smitte er brukt som eksempel i spesialmotivene.

Bokstav e gjelder også opplysninger til person som allerede har vært utsatt for smitte. Forutsetningen er at den som har utsatt vedkommende for smitte, har opptrådt klanderverdig. I spesialmotivene nevnes som eksempel tilfeller der fengselsansatte, politifolk eller voldsofre har vært utsatt for smittefarlige handlinger ved bruk av vold eller trusler om vold fra en smittet eller mistenkt smittet person. I spesielle tilfeller bør det da kunne gis opplysninger om smittestatus uten at vilkårene i bokstav d nødvendigvis er oppfylt. Hiv/aids ble nevnt som eksempel spesialmotivene, hvilket må sees i lys av at dette var før man hadde lyktes i å finne medisinsk behandling som kan påvirke utviklingen av hiv/aids, jf. vedlegg 1, slik at alternativet i bokstav d om behandling ikke uten videre var aktuelt. Bestemmelsen gir ikke grunnlag for å utlevere opplysninger til påtalemyndigheten. Dette er presisert i Ot.prp. nr. 28 (1993–94) s. 5 med henvisning til en uttalelse i Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 40 som kunne tolkes dit hen.

Bestemmelsene i andre ledd gir legen en opplysningsrett dersom vilkårene er oppfylt, men ikke plikt til å gi opplysninger.

Se punkt 8.3.6 om anbefalinger med hensyn til helsepersonells mulighet for å gi opplysninger til en pasients seksualpartner(e) i internasjonale retningslinjer om hiv/aids og menneskerettigheter utarbeidet av OHCHR og UNAIDS.

4.3.3.4 Opplysningsplikt etter § 2-2 tredje ledd

Tredje ledd gir legen en opplysningsplikt i tilfelle som nevnt i andre ledd bokstav c, det vil si opplysning til den som «med overveiende sannsynlighet er i fare for å få overført en allmennfarlig smittsom sykdom», i tilfeller hvor «faren for overføring er overhengende og innlysende». Dette må antagelig forstås slik at legen har opplysningsrett dersom det er overveiende sannsynlig at vedkommende utsettes for smittefare uten nærmere krav til hvor stor faren er, men at opplysningsplikten først inntreder dersom faren for at vedkommende faktisk blir smittet er «overhengende og innlysende». Uttrykket har likhet med begrepsbruken i straffeloven 1902 § 387 hvorav følger en alminnelig hjelpeplikt når noen er i «øiensynlig og overhengende» livsfare, jf. NOU 1990: 2 *Lov om vern mot smittsomme sykdommer (Smitteloven)* s. 225.¹²

En situasjon hvor opplysningsplikt kan inntre, er der den smittedes seksualpartner(e) er uvitende om smittefaren, for eksempel fordi den smittede «viser en uansvarlig holdning og opptreden som medfører en betydelig smitterisiko for personer vedkommende har omgang med», jf. spesialmotivene i Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 126–127¹³. Opplysningsplikten etter tredje ledd bortfaller dersom «legen vet at en annen lege gir opplysningene eller at opplysningene allerede er kjent for dem som skal ha dem». Dersom for eksempel den smittede gir opplysningene selv, bortfaller opplysningsplikten, jf. også første ledd om at

legen skal søke å oppnå den smittedes medvirkning. Legen bør imidlertid kunne kreve for eksempel en bekreftelse på at opplysningene er gitt, jf. spesialmotivene. Se også NOU 1990: 2 s. 225 (merknadene til utkast til § 2-4 om opplysningsplikt for leger).

Ifølge spesialmotivene i Ot.prp. nr. 91 (1992–93) (s. 127) er det ikke noe krav for at opplysningsplikt skal inntre, at opplysningene må være nødvendige for å motvirke smitteoverføringen. Videre heter det at «en lege ikke kan fri seg fra plikten ved å henvise til at vedkommende ville ha fått overført smitte til seg uavhengig av om opplysningene var blitt gitt eller ikke».

I spesialmotivene legges til grunn at legen i normalt tilfelle selv må kjenne til den som er i fare, og dessuten «bare rent unntaksvis rettsmessig kan benytte medhjelper til å formidle budskapet».

Brudd på opplysningsplikten vil kunne straffeforfølges som brudd på smittevernloven, jf. punkt 4.3.9.1, men legen vil neppe kunne gjøres straffrettslig ansvarlig etter straffeloven 1902 § 155 for smitteoverføring/-fare som følge av pliktbruddet.¹⁴

Statens helsetilsyn meddelte en lege advarsel etter helsepersonelloven § 56 for brudd på blant annet forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4, og Statens helsepersonellnemnd¹⁵ opprettholdt vedtaket fordi legen «ved sin håndtering av informasjon om pasientens HIV-smitte til ektefellen har brutt sin varslingsplikt etter smittevernloven § 2-2 tredje ledd og sin informasjonsplikt etter helsepersonelloven § 10, jf. pasientrettighetsloven § 3-5.» Legen hadde ikke i tilstrekkelig grad sørget for at pasientens ektefelle ble gjort kjent med at pasienten var hivpositiv, og hadde blant annet brukt pasienten som tolk i forbindelse med informasjon til ektefellen til tross for at han visste at pasienten var motvillig til å informere sin ektefelle om hivsmitten. Helsepersonellnemnda fant ut fra forholdene i saken¹⁶ at legen først hadde opplysningsrett etter smittevernloven § 2-2 andre ledd bokstav c, og senere fikk opplysningsplikt etter § 2-2 tredje ledd.

¹² Svein Slettan drøftet i artikkelen *Straff og enkelte andre restriktive tiltak mot AIDS* i *Lov og Rett* 1987 s. 515–537, om legen i slike situasjoner kunne ha en straffesanksjonert plikt til å handle etter den alminnelige nødhjelpsbestemmelsen i straffeloven 1902 § 387 som setter straff bl.a. for den som når det er mulig for ham uten særlig fare eller oppofrelse for ham selv eller andre, unnlater etter evne å hjelpe den som er i øyensynlig og overhengende livsfare (s. 526–527).

¹³ I Ot.prp. nr. 91 (1992–93) omtales bestemmelsen om opplysningsplikt som § 2-2 andre ledd siste punktum, mens bestemmelsen i loven ble et eget tredje ledd (og de øvrige ledd i § 2-2 tilsvarende forskjøvet).

¹⁴ Se Svein Slettan: *Straff og enkelte andre restriktive tiltak mot AIDS*, *Lov og Rett* 1987 s. 515–537 hvor spørsmålet drøftes i tilknytning til opplysningsplikt etter legeloven § 26 og hjelpeplikt etter straffeloven § 387 (s. 527).

¹⁵ Statens helsepersonellnemnds vedtak 15. desember 2011, saksnummer: 11/78, HPN-2011-78.

¹⁶ Se omtale av dom mot pasienten etter straffeloven 1902 § 155 i punkt 5.2.2.17 sak A.5.

4.3.3.5 Opplysningsplikt for smittede personer?

En smittet person har ikke selv lovbestemt opplysningsplikt om smittefare verken etter § 2-2 eller andre bestemmelser i smittevernloven, for eksempel bestemmelsene i kapittel 5 om plikter for smittede personer.

I avveiningen mellom størst mulig konfidensialitet fra helsepersonells side og folkehelsehensyn, har lovgiver funnet at behovet for å gi opplysninger om smittefare kan være så viktig at det i visse tilfeller må gå foran legens taushetsplikt, i form av opplysningsrett og i særlige tilfelle opplysningsplikt, som omtalt i punkt 4.3.3.2 til 4.3.3.4. Lovgiver har lagt opp til at legen skal søke å oppnå den smittedes frivillige medvirkning, jf. § 2-2 første ledd, men har ikke pålagt smittede personer opplysningsplikt overfor personer som står i fare for å bli smittet.

Daværende helseminister Gudmund Hernes svarte i 1996 på et spørsmål i Stortinget fra John Alvheim (29. mai 1996, spørsmål 17) vedrørende plikt for hivsmittede til å underrette seksualpartnere om smittefaren. Helseministeren viste til straffeloven 1902 §§ 155 og 156 og sa blant annet at «HIV-positive har både etisk og juridisk plikt – det siste utledet av nevnte bestemmelser i straffeloven – til å informere personer som kan komme i fare for å bli smittet. Dette innebærer, slik jeg ser det, en klar plikt for HIV-positive til å informere sexpartneren om sin HIV-status.» Det er etter utvalgets oppfatning noe upresist å si at det av straffelovens bestemmelser følger en juridisk plikt til å informere om smittestatus. Det å utsette en annen for smittefare uten å informere vil riktignok rammes av straffeloven 1902 § 155, men bestemmelsen rammer i prinsippet uavhengig av om den smittede opplyser om sin smittestatus og smittefaren. Samtykke fra den som utsettes for smittefare, fritar etter gjeldende rett ikke for straff, jf. punkt 5.2.2.11. Det vil derimot kunne tillegges vekt i straffutmålingen. I praksis er det imidlertid hovedsaklig saker hvor det ikke er informert om smittefaren, som er blitt gjenstand for straffefølgning. Straffeloven 1902 § 156 gjelder brudd på smittevernlovgivningen m.m., men så lenge denne lovgivningen ikke pålegger den smittede å opplyse seksualpartnere om sin smittestatus, vil ikke § 156 ramme tilfeller hvor opplysning ikke er gitt.

I henhold til ekteskapsloven § 5 er det en forutsetning for å inngå ekteskap at man har opplyst om eventuell smittefarlig sykdom som kan overføres ved seksuell omgang, jf. punkt 6.16.

4.3.3.6 Spørsmål om opplysningsrett eller -plikt ved helsehjelp

Helsedirektoratet har på forespørsel fra Den norske legeforening avgitt en uttalelse om opplysningsplikt og -rett vedrørende smittestatus i forbindelse med helsehjelp. Foranledningen for henvendelsen var en sak som var til behandling i Rådet for legeetikk.¹⁷ Rådet for legeetikk er Legeforeningens sakkyndige organ i spørsmål vedrørende legeetikk. Rådets hovedoppgave er etter rådets reglement «å være rådgiver i legeetiske spørsmål overfor foreningens medlemmer, dens sentrale organer og samfunnet. Rådet utreder prinsipielle legeetiske spørsmål og behandler klager på leger med basis i Etske regler for leger.»

Bakgrunnen for saken var at en hivpositiv pasient i forbindelse med et kirurgisk inngrep ikke ønsket at det skulle gis informasjon om hennes smittestatus i henvisning og epikrise.

Helsedirektoratet konkluderer i sitt brev av 2. februar 2011 til Legeforeningen med at en hivsmittet ikke har noen opplysningsplikt overfor helsepersonell om sin smittestatus. Smittevernloven § 5-1 innebærer en plikt til å gi beskjed til lege og oppsøke lege for nødvendig undersøkelse dersom man har grunn til å anta at man er smittet med en allmennfarlig smittsom sykdom. Loven har ingen andre regler om opplysningsplikt for pasienten, og direktoratet legger til grunn at pasienten ikke har plikt til å opplyse om smittestatus ved senere kontakt med helsepersonell.

Under henvisning til helsepersonellovens bestemmelser legger direktoratet videre til grunn at det er opp til pasienten å avgjøre om informasjon om smittestatus skal gis fra helsepersonell til annet helsepersonell for eksempel i forbindelse med henvisning eller epikrise. Det vises til at kun opplysninger som er relevante og nødvendige for den aktuelle helsehjelpen, kan utleveres til samarbeidende personell etter helsepersonelloven § 25. Direktoratet mener at dersom opplysninger om hivsmitte ikke har noen relevans utover eventuell generell smittefare, kan ikke opplysningene anses som nødvendige for å gi forsvarlig helsehjelp. Videre har pasienten rett til å motsette seg utlevering av opplysninger etter § 25.

Helsedirektoratet drøfter ikke helsepersonelloven § 45 som gjelder utlevering av opplysninger til annet helsepersonell enn det som kan regnes som «samarbeidende personell». Denne bestemmelsen setter imidlertid også vilkår om at pasien-

¹⁷ Se Årsberetning for Rådet for legeetikk for perioden 1.1.2011–31.12.2011 punkt 1.1.4 (s. 8–11) (sak 32/2011).

ten ikke motsetter seg utlevering av opplysningene og at opplysninger bare skal gis i den grad dette er nødvendig for å kunne gi helsehjelp til pasienten på forsvarlig måte.

Direktoratet drøfter helsepersonelloven § 23 nr. 4 om at taushetsbelagte opplysninger kan gis videre «når tungtveiende private eller offentlige hensyn gjør det rettmessig», og peker på at det legges opp til en streng norm for dette unntaket, og det normalt bare vil være aktuelt i nødrettssituasjoner hvor opplysning er egnet til å motvirke skade eller tap av liv. Direktoratet uttaler at det kan tenkes tilfelle der opplysninger om hivsmitte etter en konkret vurdering bør viderefremmes etter denne bestemmelsen, for eksempel i situasjoner der de vanlige prosedyrer for blodsmitte ikke vil kunne gjennomføres, som ved en ulykke eller i andre situasjoner som kan innebære smitterisiko for helsepersonell.

Helsedirektoratet legger til grunn at smittevernloven § 2-2 oppstiller som vilkår for å fravike taushetsplikten at det er «overveiende fare for overføring av smitte» og at det må være «overveiende sannsynlig at noen blir smittet dersom opplysninger om den smittede ikke blir gitt». Direktoratet viser til at smittefaren ved hiv generelt er lav, og at det som hovedregel ikke vil være overveiende sannsynlig at behandlende personell vil bli smittet.

Etter utvalgets oppfatning oppstiller Helsedirektoratet her strengere krav til smittefare enn ordlyden i § 2-2 og forarbeidene tilsier. Opplysninger kan etter § 2-2 gis til den som «med overveiende sannsynlighet er i fare for å få overført en allmennfarlig smittsom sykdom», jf. andre ledd bokstav c. Grunnvilkåret i første ledd er også at det er «overveiende sannsynlig at det er eller har vært fare for overføring ...». Loven angir ikke hvor stor faren må være. Det vil neppe være grunnlag for å gi opplysninger dersom faren er ubetydelig, men på den annen side kan det etter utvalgets mening ikke kreves at det er overveiende sannsynlig at noen blir smittet. Da er man snarere i et tilfelle av opplysningsplikt etter § 2-2 tredje ledd. Imidlertid setter § 2-2 som vilkår at det av hensyn til smittevernet er behov for å gi opplysningene, jf. første ledd. Dersom det for eksempel ved kirurgiske inngrep uansett iverksettes tiltak mot blodsmitte i en slik utstrekning at det verner mot smitte av den aktuelle sykdommen, og en opplysning om smittestatus ikke ville foranledige ekstra smitteverntiltak, vil vilkåret neppe være oppfylt.

Rådet for legeetikk bemerker i sin uttalelse at de forstår Helsedirektoratet slik at det ene og

alene er opp til bærere av alvorlige smittsomme sykdommer å informere personer de kan utsette for smitte, det være seg seksualpartnere eller helsepersonell som skal foreta kirurgiske inngrep. Etter Rådets mening er en slik oppfatning ikke åpenbar da det i smittevernloven § 5-1 siste ledd blant annet står at den som er bærer av smitte har plikt til å ta imot den personlige smittevernveiledning som legen gir for å motvirke at sykdommen blir overført. Rådet mener dette «kan tolkes slik at pasienten også har en plikt til å sørge for at andre ikke utsettes unødige for smitte». Rådet ville derfor be Legeforeningen «vurdere andre sider enn de legeetiske i spørsmålet om hva leger bør forvente av opplysninger fra pasienter i slike situasjoner, og eventuelt diskutere det med lovgiver».

Spørsmål om helsepersonells taushetsplikt og opplysningsrett kan også oppstå blant annet når barn med smittsomme sykdommer skal gå i barnehage, dersom de foresatte ikke samtykker til at de ansatte informeres om sykdommen.¹⁸

Se i punkt 11.3.5 utvalgets bemerkninger knyttet til taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt.

4.3.3.7 EMD-sak om avveining mellom taushetsplikt og opplysningsrett/-plikt

Avveining mellom legers taushetsplikt og opplysningsrett/-plikt i tilknytning til smittefare, var tema i en sak for Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), jf. dom 5. mars 2009 i sak 77144/01 og 35493/05 Colak og Tsakiridis mot Tyskland. En kvinne ble smittet med hiv av sin partner, som senere døde av aidsrelatert sykdom. Partneren hadde ikke informert kvinnen om sin smittestatus og hadde bedt familielegen om ikke å fortelle til noen at han var hivpositiv. Kvinnen mente at legen burde ha informert henne om partnerens smittestatus uten hinder av taushetsplikt. Hun mente legen hadde eller burde hatt plikt til å gi opplysninger av hensyn til hennes mulighet for å unngå en dødelig sykdom. EMD vurderte blant annet om det var i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 2 eller 8 at Tyskland ikke hadde

¹⁸ I Folkehelseinstituttets publikasjon *Smittevern boka* (2010, oppdatert 2012) er det i kapittel 10. *Barnehager og smittevern* blant annet gitt anbefalinger for situasjoner der barnehagebarn har kroniske blodbårne infeksjoner som hiv og ulike former for hepatitt. Blant annet anbefales at ansatte i barnehagen informeres, og i visse tilfeller anbefales vaksiner av andre barn og ansatte i samme barnehageavdeling. Se også punkt 6.7 om folkehelseloven og forskrift om miljørettet helsevern i barnehager og skoler m.v.

klare regler om opplysningsrett eller opplysningsplikt ut fra en avveining av de kryssende interessene i slike tilfelle. EMD fant ikke brudd på EMK og viste til at det for slike komplekse forhold ikke hadde vært mulig for lovgiveren å regulere alle tenkelige konfliktsituasjoner i forkant. Se også punkt 8.2.6.

4.3.3.8 Andre regler i tilknytning til § 2-2

Spørsmål om utlevering av opplysninger etter smittevernloven § 2-2 andre ledd, kan forelegges kommunelegen¹⁹ til uttalelse dersom legen er i tvil, jf. § 2-2 fjerde ledd første punktum. Det samme må gjelde ved tvil om det foreligger opplysningsplikt etter tredje ledd²⁰.

Ved slik rådføring skal det redegjøres for den aktuelle situasjon og de relevante omstendigheter uten å opplyse den smittedes identitet, jf. Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 127.

Dersom legen nekter å gi opplysninger, kan den som ønsker opplysningene, eller kommunelegen forelegge spørsmålet for fylkesmannen, som kan bestemme at opplysningene skal gis, jf. fjerde ledd andre punktum.

Pasienten skal varsles skriftlig om utlevering av opplysninger etter bestemmelsene i § 2-2, jf. femte ledd. Etter ordlyden gjelder dette bare opplysninger som gis med hjemmel i andre ledd, men det samme må antas å gjelde når opplysningene gis etter andre deler av bestemmelsen, som viser til vilkårene i andre ledd.

Det er bare *lege* som har opplysningsrett og -plikt etter § 2-2 annet og tredje ledd. Bestemmelsen ble ikke endret i forbindelse med vedtagelsen av helsepersonelloven, som erstattet legeloven og en rekke andre lover om enkeltgrupper av helsepersonell. Spørsmålet ble ikke drøftet i forarbeidene til helsepersonelloven. Etter sjetten ledd kan imidlertid tannlege, jordmor og sykepleier gi nødvendige opplysninger til den smittedes lege eller kommunelegen dersom vilkårene i første og andre ledd er oppfylt. Legen må deretter vurdere om det er grunn til å gi opplysningene videre etter første til tredje ledd.

Det er forutsatt at opplysningene fra annet helsepersonell som hovedregel skal gis til den smittedes lege, jf. Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 128. Opplysningene kan gis til kommunelegen dersom det er ukjent hvem som er den smittedes lege eller det kan by på uforholdsmessige vansker å nå

¹⁹ Se lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. § 5-5.

²⁰ Tredje ledd var i lovforslaget andre ledd siste punktum.

vedkommende, slik at det kan oppstå fare for at opplysningene ikke blir gitt (videre) tidsnok.

Helsepersonell som mottar opplysninger etter § 2-2, har samme taushetsplikt som den som gir opplysningene, jf. syvende ledd. Det er i spesialmotivene (s. 128) presisert at den taushetspliktregel som det er gjort unntak fra, er den som gjelder for den som mottar opplysningene. Bestemmelsen pålegger ikke privatpersoner som får opplysninger, tilsvarende taushetsplikt.

Etter § 2-2 åttende ledd kan kommunelegen, fylkesmannen, Helsedirektoratet, Statens helsetilsyn og Nasjonalt folkehelseinstitutt kreve opplysninger fra offentlige kilder eller privat helse- og omsorgstjeneste uten hinder av lovbestemt taushetsplikt, når det er «nødvendig for iverksetting av tiltak eller for oversikt og kontroll i forbindelse med smittsomme sykdommer». Denne bestemmelsen er – i motsetning til resten av § 2-2 – ikke begrenset til å gjelde opplysninger om allmennfarlige smittsomme sykdommer. Av spesialmotivene (s. 128) fremgår at det med «offentlige kilder» i hovedsak siktes til den offentlige helsetjenesten, men at det unntaksvis kan være nødvendig å kreve innsyn i andre kilder, for eksempel dersom man søker å etterspore farlige smittetilførelser. Det kan etter denne bestemmelsen være aktuelt å gjøre unntak fra taushetsplikt fastsatt også i annet regelverk enn helselovgivningen, for eksempel regler på et annet tjenestoområde eller i forvaltningsloven eller fastsatt ved instruks.

Etter endringer vedtatt ved folkehelseloven (lov 24. juni 2011 nr. 29) kan Helsedirektoratet og Nasjonalt folkehelseinstitutt i en pågående smittesituasjon behandle opplysninger samlet inn etter § 2-2 åttende ledd, i utbruddsregistre, jf. Prop. 90 L (2010–2011) *Lov om folkehelsearbeid (folkehelseloven)* s. 162–164. Det er i proposisjonen vist til erfaringene fra utbruddet av influensa A (H1N1). Behandling av opplysninger skal være i tråd med bestemmelsene i helseregisterloven (lov 18. mai 2001 nr. 24 om helseregistre og behandling av helseopplysninger).

4.3.3.9 Meldeplikt etter § 2-3

I smittevernloven § 2-3 er det fastsatt meldeplikt for lege som oppdager en smittet person, og varslingsplikt for sykepleier eller jordmor som i sin virksomhet oppdager en smittet person. Meldingene skal gis uten hinder av taushetsplikt.

I Ot.prp. nr. 28 (1993–94) s. 5 uttales at legers meldeplikt i praksis utgjør det mest omfattende unntaket fra taushetsplikt i lovforslaget, men at nødvendigheten av overvåking og kontroll tilsier

at det åpnes for en viss registrering av smittsom sykdom. Det heter videre at «[F]or å styrke rettsikkerheten foreslås det som kompensasjon at adgangen til å kreve meldinger som identifiserer en person begrenses og at den enkelte skal informeres om når slik melding er gitt».

Nærmere regler om melde-/varslingsplikt er fastsatt i forskrifter i medhold av § 2-3.

Nasjonalt folkehelseinstitutt (Folkehelseinstituttet) driver Meldingssystem for smittsomme sykdommer (MSIS) og Det sentrale tuberkuloseregister, koordinerer overvåkingen i helseinstitusjoner og deltar i EUs og Verdens helseorganisasjons overvåking av smittsomme sykdommer. Folkehelseinstituttet har etter smittevernloven ansvar for å overvåke smittsomme sykdommer i Norge og bidra til den internasjonale overvåkingen.

Forskrift 20. juni 2003 nr. 740 om innsamling og behandling av helseopplysninger i Meldingssystem for smittsomme sykdommer og i Tuberkuloseregisteret og om varsling om smittsomme sykdommer (MSIS- og Tuberkuloseregisterforskriften) er fastsatt medhold av smittevernloven, helseregisterloven og helsepersonelloven.

Etter forskriften § 1-2 tredje ledd er smittsomme sykdommer i gruppe A «sykdommer som det er nødvendig å overvåke med detaljerte opplysninger om hvert tilfelle av hensyn til smittevernet og internasjonale forpliktelser, jf. § 2-7. Det er sykdommer som forebygges gjennom Barnevaksinasjonsprogrammet, næringsmiddelbårne sykdommer, sykdommer som kan overføres fra dyr (zoonoser), virushepatitter, importsykdommer, alvorlige systemiske sykdommer, sykdommer forårsaket av visse resistente bakterier og alvorlige miljøsykdommer.» Etter departementets bestemmelser er det i disse kategoriene til sammen over 50 ulike smittsomme sykdommer, jf. vedlegg I til forskriften. Dette omfatter mange av de allmennfarlige smittsomme sykdommene, men ikke alle. «Alvorlige systemiske sykdommer» i gruppe A, omfatter blant annet aids, det vil si tilfeller der pasienten ikke bare har hivinfeksjon, men har utviklet aids.

Smittsomme sykdommer i gruppe A meldes fra medisinsk-mikrobiologiske laboratorier og leger til MSIS med full pasientidentitet (navn, fødselsnummer, adresse, yrke, sivilstand mv.). Legene benytter et eget skjema som de selv har tilgjengelig eller som de får tilsendt fra det medisinsk-mikrobiologiske laboratoriet sammen med prøvesvaret som indikerer en meldingspliktig sykdom. Meldingen fra legen går i kopi til kommunelegen i pasientens bostedskommune.

Sykdommer i gruppe B meldes fra medisinsk-mikrobiologiske laboratorier og leger til MSIS uten pasientens navn og fødselsdato (avidentifiserte opplysninger i form av fødselsmåned og -år, kjønn, bostedskommune m.m.). I denne gruppen finnes sykdommene gonoré, hivinfeksjon og syfilis.

Gruppe C er sykdommer der det er nødvendig med oversikt over situasjonen, men ikke nødvendig med registrering av detaljerte opplysninger om enkelttilfeller. I gruppe C finnes genital chlamydiainfeksjon, influensaliknende sykdom og smittebæretilstand eller infeksjoner med toksinproduserende *Clostridium difficile*. Antallet påviste tilfeller av genital chlamydiainfeksjon meldes en gang i året fra alle de medisinsk-mikrobiologiske laboratoriene. Antall tilfeller av influensaliknende sykdom og deres kjønns- og aldersfordeling meldes hver uke i vinterhalvåret fra om lag 200 utpekte legekontorer.

Folkehelseinstituttet har fastsatt meldingsskjemaer og nærmere meldingskriterier for sykdommer i meldingssystemet for smittsomme sykdommer.

For noen av sykdommene i gruppe A gjelder det en varslingsplikt i tillegg til meldeplikten. Med varsling menes en umiddelbart formidlet beskjed om visse enkelttilfeller eller utbrudd av smittsom sykdom, som gis på en slik måte at varsleren straks kan forsikre seg om at mottakeren har mottatt varslet. Dersom kommunelegen ikke kan varsles, skal Folkehelseinstituttet varsles direkte. Kommunelegen skal varsle fylkesmannen og Folkehelseinstituttet. Folkehelseinstituttet har en døgnåpen Smittevern vakt for slik varsling.

Ved påvisning av eller mistanke om *utbrudd* av visse smittsomme sykdommer utenfor sykehus, er leger forpliktet til å varsle kommunelegen, jf. forskriften § 3-3. Kommunelegen skal, dersom mistanken ikke raskt kan avkrefte, varsle fylkesmannen og Folkehelseinstituttet.

Mistenkte eller påviste utbrudd av smittsomme sykdommer i sykehus eller annen institusjon som er omfattet av lov om spesialisthelsetjenesten m.m. § 1-2, skal omgående varsles til fylkesmannen og til Folkehelseinstituttet med kopi til det regionale helseforetakets kompetansesenter for sykehus hygiene, jf. § 3-4.

Kommuneleger som får opplysninger om mistenkt eller påvist smittsom sykdom som kan være overført med næringsmidler, skal varsle det lokale mattilsynet, jf. § 3-9. Det samme gjelder når mistenkt eller påvist smittsom sykdom kan skyldes smitte fra dyr, jf. § 3-10.

Laboratorier og leger som i sin yrkespraksis finner at en blodgiver er smittet, skal varsle blod-

banken der den smittede har donert blod, jf. § 3-7. Blodbanken skal varsle fylkesmannen, Statens legemiddelverk, Folkehelseinstituttet og Helse- direktoratet.

Ved mistenkt eller påvist sykdom som kan være forårsaket av smitte fra medisinsk utstyr, kosmetika, legemidler, blod, blodprodukter, vev eller organer, skal legen varsle fylkesmannen og Folkehelseinstituttet, jf. § 3-6.

Behandlingsansvarlig lege i helseinstitusjon som finner at en pasient som er overført fra en annen helseinstitusjon, har en smittsom sykdom, for eksempel MRSA (Meticillinresistente gule stafylokokker), skal varsle lege ved den andre institusjonen, dersom det er nødvendig av hensyn til smittevernet, jf. § 3-8.

Leger som mistenker eller påviser tilfeller av smittsomme sykdommer som kan være forårsaket av overlatt spredning av smittestoffer, skal varsle kommunelegen, fylkesmannen og Folkehelseinstituttet, jf. § 3-5.

Meldingssystem for smittsomme sykdommer (MSIS), Det sentrale tuberkuloseregisteret og System for vaksinasjonskontroll (SYSVAK) er blant de sentrale helseregistrene som er opprettet i medhold av helseregisterloven, jf. lovens § 8. I disse registrene kan navn, fødselsnummer og andre direkte personidentifiserende kjennetegn behandles uten samtykke fra den registrerte i den utstrekning det er nødvendig for å nå formålet med registeret. Direkte personidentifiserende kjennetegn skal lagres kryptert, jf. § 16 andre ledd. Det kan i forskrift gis nærmere bestemmelser om behandlingen av helseopplysningene i helseregistrene. Forskriftene skal angi formålet med behandlingen av opplysningene og hvilke opplysninger som skal behandles, og angi hvem som er databehandlingsansvarlig.

Helseregisterloven har en rekke bestemmelser om behandling av helseopplysninger, databehandlingsansvarliges informasjonsplikt, den registrertes innsynsrett, retting og sletting, tilsyn mv.

4.3.4 Kapittel 3 Undersøkelser og vaksinasjoner

Bestemmelser i smittevernloven §§ 3-1, 3-2 og 3-4 gir departementet hjemmel til å fastsette forskrift om undersøkelse av befolkningen eller grupper av den, eller at personer i visse livssituasjoner skal gjennomgå undersøkelse, jf. også § 3-9 med nærmere angivelse av hva forskrifter knyttet til disse og andre bestemmelser i kapittel 3 blant annet kan regulere.

I Ot.prp. nr. 28 (1993–94) s. 5 presiseres at *plikt* for befolkningen eller grupper av denne til å gjennomgå undersøkelse, vaksinerings mv. som omhandlet i kapittel 3, ikke inntre før det eventuelt er fastsatt slik plikt i forskrift. Det uttales at bestemmelsene – med unntak for tuberkulose – er «beredskapshjemler som bare er aktuelle i særlig alvorlige situasjoner som når en epidemi truer med å gå ut av kontroll».

Forskrift etter § 3-1 kan gjelde hele befolkningen eller grupper av den, og vilkåret er at undersøkelsen er avgjørende for å kunne bedømme hvilke smitteverntiltak m.m. som skal iverksettes. Befolkningen kan pålegges plikt til å gjennomgå «bildeundersøkelse, tuberkulinprøving, blodprøvetaking eller andre tilsvarende undersøkelser som kan gjøres uten fare», jf. § 3-1 første ledd. Derimot kan det ikke pålegges plikt til å gjennomgå «endoskopi, biopsi, spinalpunksjon eller andre lignende undersøkelser/inngrep», jf. andre ledd.

Samme begrensning med hensyn til undersøkelsesmetoder gjelder etter § 3-2 idet bestemmelsen viser til § 3-1. Forskriftshjemmelen i § 3-2 kan anvendes når smittede personer kan utgjøre en alvorlig smittefare i sitt arbeid eller sin virksomhet og hensynet til smittevernet krever det. De som kan pålegges undersøkelse er «arbeids- eller utdanningssøkere før ansettelse eller opp- tak», jf. bokstav a, og «arbeidstakere eller skole- elever/studentene», jf. bokstav b. Bestemmelsen må sees i sammenheng med § 4-2 om forbud mot å utføre arbeid eller delta i undervisning ved alvorlig smittefare med allmennfarlig smittsom sykdom. Forskriftshjemplene i §§ 3-1 og 3-2 gjelder imidlertid smittsom sykdom generelt, og er således ikke begrenset til allmennfarlige smittsomme sykdommer.

Forskrift 13. februar 2009 nr. 205 om tuberkulosekontroll er fastsatt i medhold av smittevernloven §§ 3-1 og 3-2 og bestemmelser i andre kapitler. Alle kommuner og regionale helseforetak skal ha et tuberkulosekontrollprogram, jf. forskriften kapittel 2. Programmet skal inneholde tiltak overfor kjente risikogrupper for å oppdage personer som er smitteførende eller kan bli det, og beskytte usmittede mot tuberkuløs smitte. Det skal også inneholde tiltak som sikrer at personer med tuberkuløs sykdom kommer under kyndig behandling og oppfølging, og tilbud om forebyggende behandling for å hindre utvikling av tuberkuløs sykdom hos aktuelle smittede personer. Visse persongrupper som kommer fra eller har oppholdt seg i land med høy forekomst av tuberkulose, har etter forskriften § 3-1 plikt til å gjennomgå tuber-

kuloseundersøkelse. Det samme gjelder andre personer som det er medisinsk mistanke om er eller har vært i risiko for å bli smittet med tuberkulose. Forskriften inneholder også bestemmelser om oppfølging dersom det oppdages symptomer eller tegn som kan bety at en person har tuberkuløs sykdom. Videre regulerer forskriften oppgavefordeling mellom kommunen og statlige myndigheter, betalingsordninger og utgiftsfordeling, meldeplikt m.m.

Forskrift 5. juli 1996 nr. 700 om forhåndsundersøkelse av arbeidstakere innen helsevesenet – antibiotikaresistente bakterier er også gitt i medhold av blant annet smittevernloven § 3-2.

Etter smittevernloven § 3-4 kan gravide i forskrift pålegges plikt til å «avgi blodprøve eller gjennomgå nødvendig undersøkelse som kan gjøres uten fare», når formålet er å fastslå om det er grunn til å sette i verk tiltak for å motvirke at en allmennfarlig smittsom sykdom blir overført til barna. Denne hjemmelen er ikke benyttet, men det tas slike blodprøver ved den rutinemessige svangerskapskontrollen.²¹

Etter smittevernloven § 3-3 kan en «helseinstitusjon kreve at en pasient skal la seg forhåndsundersøke når det gjelder en smittsom sykdom, før det blir foretatt en diagnostisk utredning, og før pasienten får behandling eller pleie». Slik forhåndsundersøkelse kan ikke fastsettes som rutine for alle pasienter, og må ikke føre til at behandlingen av pasienten blir alvorlig forsinket, eller til at han eller hun blir utsatt for fare eller urimelig ulempe. På samme måte som etter § 3-1, omfattes ikke visse mer inngripende undersøkelsesmetoder. Positivt svar på undersøkelsen skal i utgangspunktet ikke begrense den smittedes adgang til å få helsehjelp ved institusjonen, men det åpnes for forhåndsundersøkelse fordi det for visse typer smitte er viktig å være oppmerksom på smittefaren for å unngå overføring, jf. Ot.prp. nr. 28 (1993–94) s. 5. Forhåndsundersøkelse kan bare kreves når en sykdom «vil forårsake ekstraordinære forebyggende tiltak av hensyn til faren for overføring til andre pasienter eller til personale», jf. § 3-3 andre ledd. Det er et vilkår at tiltakene kan gi «vesentlig større sikkerhet mot smitteover-

føring eller bety en vesentlig lettelse eller besparelse for helse- og omsorgstjenesten». Bestemmelsen er ikke begrenset til å gjelde allmennfarlige smittsomme sykdommer. Helseinstitusjonens vedtak kan påklages til fylkesmannen. Departementet har etter § 3-9 hjemmel til å gi forskrifter om den nærmere gjennomføring av § 3-3.

Bestemmelsene i smittevernloven §§ 3-5 og 3-6 gjelder leges plikt til å foreta undersøkelse av smittede personer og til å foreta smitteoppsporing. Begge bestemmelsene gjelder allmennfarlig smittsom sykdom. Alle leger skal være særlig oppmerksom på muligheten for at pasienter har slik sykdom.

Lege som får mistanke om at en pasient lider av en allmennfarlig smittsom sykdom, skal etter samtykke fra pasienten foreta eller sette i verk de undersøkelser som er nødvendige for å bringe på det rene om det foreligger en slik sykdom. Om nødvendig må pasienten henvises til spesialist.

Ved allmennfarlig smittsom sykdom «skal legen straks og i samråd med den smittede pasienten gjøre sitt for å motvirke at sykdommen blir overført til andre».

Ved tvil om det foreligger allmennfarlig smittsom sykdom eller hvordan situasjonen for øvrig skal håndteres, skal legen uten hinder av taushetsplikt ta kontakt med kommunelegen som skal overta den videre oppklaring og oppfølging dersom den første legen ikke har de nødvendige forutsetninger for arbeidet.

Bestemmelsen i § 3-5 om legens plikter må sees i sammenheng med § 2-1 om informasjon og smittevernveiledning til smittede personer og kapittel 5 om plikter for smittede personer, herunder tvangstiltak, jf. punkt 4.3.6. Det fastslås i § 3-5 at lege plikter å foreta undersøkelser etter vedtak fra smittevernnemnda om tvungen undersøkelse i medhold av § 5-2 når undersøkelsen kan gjennomføres uten fare.

Plikten til smitteoppsporing etter § 3-6 gjelder allmennfarlig smittsom sykdom som overføres «fra en person til en annen». Plikten gjelder bare når smitteoppsporing er gjennomførbar og hensyn til smittevernet krever det. Det må vurderes om sykdommen er av en slik art og/eller i en slik fase at smitteoppsporing har noen hensikt. Det må videre vurderes om hensynet til smittevernet krever smitteoppsporing, for eksempel for å oppdage hittil ukjente tilfeller av sykdommen og derved motvirke videre smitte.

Den smittede har etter § 5-1 andre ledd plikt til å gi de nødvendige opplysninger om hvem smitten kan være overført fra og til. Den smittede skal spørres om dette samt når og på hvilken måte

²¹ I henhold til Helsedirektoratets *Retningslinjer for svangerskapsomsorgen* (IS-1179) bør det rutinemessig gis tilbud om blodprøve for å finne ut om den gravide er smittet med hiv eller syfilis. Det anbefales at undersøkelse for enkelte andre smittsomme sykdommer tilbys visse grupper gravide eller under visse omstendigheter. Dette gjelder i første rekke undersøkelse for klamydia for gravide under 25 år og testing for hepatitt B ved blant annet sprøytenarkomani eller tilknytning til områder hvor det er stor forekomst av sykdommen.

smitten kan være overført. Både den eller de personen(e) den smittede nevner som mulig smittekilde, og den eller de som har vært utsatt for fare for videre smitte, skal kontaktes og undersøkes med mindre det godtgjøres at dette allerede er ivaretatt. Smitteoppsporingen skal skje i samråd med den smittede og på en måte som så langt råd er, ikke virker krenkende. I forarbeidene legges det opp til at den smittede selv formidler kontakt om denne ønsker det. Se også punkt 9.4.3.

Dersom legen ikke ser seg i stand til å foreta smitteoppsporingen og oppfølgingen, overlates dette til kommunelegen, jf. § 3-6 tredje ledd første og andre punktum. Dette gjelder bare dersom hensynet til smittevernet etter en konkret vurdering krever det, jf. spesialmotivene i Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 136.

Etter § 3-6 tredje ledd tredje punktum skal lege som har grunn til å anta at en smittet person ikke følger den personlige smittevernveiledningen som legen har gitt etter § 2-1, underrette kommunelegen hvis hensynet til smittevernet krever det. Det fremgår ikke nærmere av § 3-6 eller forarbeidene hva kommunelegen skal foreta i slike tilfeller. Utvalget legger til grunn at kommunelegen kan innkalle den smittede og gi ytterligere smittevernveiledning og understreke viktigheten av å følge veiledningen. I slike tilfeller må det også vurderes om det foreligger opplysningsplikt etter smittevernloven § 2-2 tredje ledd eller om det bør gis opplysninger i medhold av § 2-2 andre ledd.

Legen skal alltid ta kontakt med kommunelegen når det er mistanke om en allmennfarlig smittsom sykdom som skyldes miljøsmitte, for eksempel smitteoverføring fra drikkevann, matvarer eller dyr, jf. § 3-6 tredje ledd siste punktum. I spesialmotivene (s. 136–137) heter det at oppfølging av smitte fra kilder i miljøet er et offentlig anliggende som alltid skal følges opp av kommunelegen. Salmonellose og hepatitt A er nevnt som eksempler.

Bestemmelsen i smittevernloven § 3-7 gjelder kartleggingsundersøkelse og metodeutprøving. Den regulerer analysering av blod, serum og annet tilgjengelig biologisk materiale fra mennesker for ikke-diagnostiske formål. Hovedregelen er at det skal foreligge samtykke fra pasienten. Uten samtykke kan det foretas visse kartleggingsundersøkelser vedrørende epidemier og forekomsten av smittsomme sykdommer samt beskyttelse gjennom vaksiner. Det samme gjelder metodeutprøving med tanke på å utvikle eller forbedre metodikk for påvisning eller karakterisering av en smittsom sykdom.

Vaksinering og immunisering er regulert i smittevernloven § 3-8 med forskrifter. Det skal fastlegges et nasjonalt vaksineringsprogram som kommunen skal tilby befolkningen, jf. første ledd. Det er frivillig å motta dette tilbudet, som er delt i et barnevaksinasjonsprogram og et influensavaksinasjonsprogram, jf. forskrift 2. oktober 2009 nr. 1229 om nasjonalt vaksinasjonsprogram. Bestemmelsene i § 3-8 annet og fjerde ledd om plikt til å la seg vaksinere gjelder ved alvorlig utbrudd av allmennfarlig smittsom sykdom. Det samme gjelder restriksjoner etter tredje ledd for personer som ikke er vaksinert. Siste ledd gjelder vaksinasjonsregistre.

4.3.5 Kapittel 4 Andre smitteverntiltak

Kapittel 4 inneholder en rekke bestemmelser om smitteverntiltak av ulik karakter. Det varierer om tiltakene kan benyttes ved smittsomme sykdommer generelt eller er forbeholdt de allmennfarlige. Noen av tiltakene kan dessuten iverksettes bare ved *alvorlig utbrudd* av allmennfarlig smittsom sykdom, jf. definisjonen i § 1-3 første ledd nr. 4. De fleste bestemmelsene inneholder forskriftshjemler for Kongen, departementet eller Helsedirektoratet. En rekke av disse er benyttet.

Tiltakene etter kapittel 4 er i hovedsak

- møteforbud, stenging av virksomhet, begrensning i kommunikasjon, isolering av personer i geografisk avgrensede områder og andre begrensninger i bevegelsesfriheten samt smittesanerering (§ 4-1)
- forbud mot utførelse av arbeid og deltagelse i undervisning (§ 4-2)
- karantenetiltak og lignende i forbindelse med inn- og utreise og inn- og utførsel av varer (§ 4-3)
- bestemmelser om innførsel, transport og annen håndtering av smittefarlig materiale (§ 4-4)
- obduksjon med tanke på å fastslå sykdom m.m. (§ 4-5)
- spesielle tiltak i forbindelse med gravferd og transport av lik (§ 4-6)
- tiltak mot sykehusinfeksjoner (§ 4-7)
- informasjonsplikt for massemedier (§ 4-8)
- plikt for helsepersonell til å gjennomgå opplæring, følge faglige retningslinjer og gjennomføre smitteverntiltak (§ 4-9)
- informasjonsplikt og bistandsplikt for andre myndigheter (§ 4-10)

Myndighet til å vedta tiltak er tillagt henholdsvis kommunestyret, Helsedirektoratet, kommunelegen og fylkesmannen. Etter det utvalget er kjent

med, brukes sjelden hjemlene for å fatte vedtak om smitteverntiltak i medhold av kapittel 4.

Det er i Ot.prp. nr. 28 (1993–94) s. 6 understreket at bruk av «bestemmelsene om langvarig arbeidsforbud, som i dag, bare er aktuelt for tuberkulose». Dette kan naturligvis endre seg dersom det i Norge skulle opptre nye sykdommer som smitter på en måte som gjør det påkrevet med slikt forbud.

I medhold av § 4-7 er det fastsatt forskrift 17. juni 2005 nr. 610 om smittevern i helsetjenesten, som blant annet fastsetter regler om infeksjonskontrollprogram for helseinstitusjoner for forebygging og overvåkning av infeksjoner. Infeksjonskontrollprogrammet skal utformes, iverksettes og vedlikeholdes som en del av institusjonens internkontrollsystem.

Et landsomfattende Norsk overvåkingssystem for antibiotikabruk og helsetjenesteassosierte infeksjoner i sykehus, dagkirurgiske klinikker og sykehjem etableres gjennom forskrift 17. juni 2005 nr. 611 om Norsk overvåkingssystem for antibiotikabruk og helsetjenesteassosierte infeksjoner (NOIS-registerforskriften)²². Forskriften gir regler for innsamling og behandling av helseopplysninger i overvåkingssystemet.

Nasjonal strategi for forebygging av infeksjoner i helsetjenesten og antibiotikaresistens (2008–2012) er utarbeidet av fem departementer. Mål for perioden er at forekomsten av antibiotikaresistens i Norge ikke skal øke, og at forekomsten av infeksjoner ervervet i helsetjenesten i Norge, skal reduseres. Videre skal man styrke kunnskapen om forekomst, årsakssammenhenger og effekt av tiltak for å motvirke infeksjoner i helsetjenesten og antibiotikaresistens. Det heter i forordet til strategien:

«Bedre smittevern og bedre antibiotikabruk er ofte to sider av samme sak. De mest omfattende infeksjonene skjer ofte med antibiotikaresistente bakterier. Smittevernarbeid er viktig både for å redusere slike infeksjoner og for å motvirke resistensutvikling. Mye av innsatsen mot antibiotikaresistens og infeksjoner har vært ført av ulike personellgrupper. Et viktig formål med en ny strategi er å stimulere til nærmere samarbeid og integrering på alle ledd i helsetjenestene for mennesker og dyr.»

I smittevernloven § 4-10 er det fastsatt informasjonsplikt og bistandsplikt for tjenestemenn ved politiet, skipskontrollen, losvesenet, tollvesenet og havnevesenet, på flyplasser og ansatte i Mattilsynet. Pliktsubjektene skal ha «særlig oppmerksomhet rettet mot smittsomme sykdommer» og underrette kommunelegen ved sterk mistanke eller kunnskap om allmennfarlig smittsom sykdom. Videre omfatter plikten bistand med gjennomføring og overholdelse av bestemmelser i eller i medhold av smittevernloven. Dette kan være aktuelt blant annet i forbindelse med tvangsvedtak etter §§ 5-2 og 5-3.

Etter § 4-10 tredje ledd skal Mattilsynet straks underrette kommunelegen eller fylkesmannen ved mistanke om eller tilfelle av smittsom dyresykdom som kan utgjøre en fare for mennesker, eller ved mistanke om smittsom sykdom som formidles til mennesker via næringsmidler.

4.3.6 Kapittel 5 Plikter for smittede personer – tvangstiltak

Den smittedes plikter er regulert i smittevernloven § 5-1. Resten av kapittel 5 omhandler tvangstiltak og prosedyrer knyttet til dette. Tvangsbestemmelsene er samlet i dette kapitlet.

Den smittedes plikter etter § 5-1 er begrenset til

- å gi beskjed til lege og oppsøke lege for nødvendig undersøkelse ved mistanke om allmennfarlig smittsom sykdom
- å gi nødvendige opplysninger om hvem smitten kan være overført fra
- å gi nødvendige opplysninger dersom overføringen kan ha skjedd ved miljøsmitte, for eksempel drikkevann, matvarer eller dyr
- å opplyse hvem han eller hun selv kan ha overført smitte til
- å ta i mot personlig smittevernveiledning som lege gir for å motvirke at sykdommen blir overført til andre
- å la seg isolere om nødvendig

Det er således ikke i utgangspunktet noen lovbestemt plikt for smittede til å la seg behandle for at den allmennfarlige smittsomme sykdommen skal bli kurert eller kontrollert. Det er heller ikke uttrykkelig fastsatt noen plikt for smittede til å følge den smittevernveiledningen som det er plikt til å motta med tanke på å motvirke smitteoverføring til andre.

Se punkt 4.3.3.6 hvor det fremgår at Rådet for legeetikk reiser spørsmål om ikke den smittedes plikt etter § 5-1 tredje ledd til «å ta imot den smit-

²² Forskriften, herunder også forskriftens tittel, ble endret ved forskrift 27. april 2012 nr.497 om endring i forskrift om innsamling og behandling av helseopplysninger i Norsk overvåkingssystem for infeksjoner i sykehustjenesten (NOIS-registerforskriften), i kraft fra 1. juli 2012.

tevernveiledning som legen gir for å motvirke at sykdommen blir overført til andre» også innebærer en plikt til å følge veiledningen for å motvirke smitte. Om en slik plikt foreligger, vil den like fullt ikke være straffesanksjonert, se punkt 4.3.9.1.

Den tidligere kjønns sykkeloven²³ fastsatte plikt for den kjønnsyke til å oppsøke lege og underkaste seg behandling samt å rette seg etter de anvisninger legen ga for å hindre utbredelse av smitte. Helsedirektoratet foreslo at slik plikt ikke skulle videreføres i smittevernloven og eventuelt utvides til å gjelde andre sykdommer, jf. NOU 1990: 2 s. 98–99, til tross for at en slik plikt «kunne gi en god signaleffekt om viktigheten av at enkeltpersoner i smittevernet innretter sin atferd og sin holdning slik at de ikke utsetter andre for fare for overføring av smitte». Det ble vist til at en lovfestet plikt til å ta personlige forholdsregler reiser «betydelige problemer fordi de egner seg dårlig for rettslig regulering og vil kreve et forholdsvis komplisert regelverk». I tillegg til lovtekniske hensyn pekte direktoratet også på kontroll- og håndhevingsvanskeligheter ved individuelle forholdsregler.

Når det gjelder plikt til å motta smittevernveiledning, la derimot direktoratet vekt på at en slik plikt kan lette legens gjennomføring av informasjonsplikten og «markere det uakseptable i at enkelte forholder seg aktivt uvitende».

Spørsmålet om hvilke plikter som bør pålegges smittede personer, er i liten grad drøftet i Ot.prp. nr. 91 (1992–93). Departementet uttalte (s. 76) at det bør være samsvar mellom den enkeltes plikter og de tiltak helsemyndighetene kan gjennomføre ved bruk av tvang av hensyn til beskyttelse av befolkningen, og foreslo derfor en tilføyelse om plikt for den smittede til å la seg isolere om nødvendig. De tiltakene som kan gjennomføres med tvang, er undersøkelse og isolering, og som hovedregel ikke behandling.

Tvangsbestemmelsene har egne vilkår som må være oppfylt. Det er i forarbeidene understreket at det ikke er noen direkte sammenheng mellom unnlattelse av å oppfylle pliktene etter § 5-1 og bruk av tvang etter §§ 5-2 og 5-3. Nektelse av å la seg undersøke er ikke tilstrekkelig grunnlag for å bruke tvang. Unnlattelse av å overholde pliktene i § 5-1 er heller ikke belagt med andre sanksjoner. Brudd på § 5-1 er spesielt unntatt fra straff, jf. § 8-1 og punkt 4.3.9.1.

Hvilke smitteverntiltak som kan gjennomføres med tvang, og vilkårene for dette, er regulert i

§§ 5-2 og 5-3. I § 5-4 er det gitt nærmere regler for gjennomføring av isolering i sykehus, mens §§ 5-5 til 5-9 gjelder saksbehandling m.m. i tvangssaker.

Grunnvilkåret i tvangsbestemmelsene er at tiltaket er «nødvendig for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller motvirke at den blir overført». Den smittede skal først oppfordres til å medvirke frivillig. Det er i forarbeidene understreket at tvang bare skal brukes som siste utvei når frivillige tiltak ikke har ført frem.

I Statens helsetilsyns *Smittevernloven – veileder – en innføring* (IK-8/95), som ble gitt ut samme år som loven trådte i kraft, ble det understreket at helsepersonell må bruke sin faglige og sosiale innsikt og tilstrekkelig tid for å søke den smittedes frivillige medvirkning, og uttalt at det er «ytterst sjelden at tvangstiltak kan komme på tale i vårt land. Man kan likevel ikke se bort fra at det kan oppstå situasjoner som det er vanskelig å rå med, f.eks. når en smittebærertilstand er kombinert med adferdsavvik. Dette er det man gjerne kaller «ekstreme situasjoner» og loven gir hjemmelsgrunnlag for at helsetjenesten skal kunne håndtere disse forsvarlig både sett fra samfunnets og den smittedes side.» (s. 61).

Tvungen undersøkelse og eventuelt kortvaring isolering etter § 5-2 «kan bare gjennomføres for å klarlegge om det foreligger en allmennfarlig smittsom sykdom, og dette er nødvendig for å motvirke overføring av en slik sykdom til andre og såfremt undersøkelsen kan skje uten fare».

Undersøkelsen kan skje ved sykehusinnleggelse, eventuelt i kombinasjon med isolering inntil syv dager. Hvis det er forsvarlig – av hensyn til den smittede og de som skal foreta undersøkelsen – kan undersøkelsen skje poliklinisk eller på annet egnet sted. Det vises til § 5-2 andre og tredje ledd.

Tvungen undersøkelse skal ikke skje av hensyn til den smittede selv med tanke på å gi behandling, jf. Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 77 ff. hvor det også fremgår at flere av de tidligere lovene på smittevernfeltet hadde hjemler for tvungen behandling. Slik tvangsbehandling skal ha vært lite benyttet i nyere tid og ble i proposisjonen antatt å ha «liten eller ingen epidemiologisk betydning sammenliknet med adgangen til isolering» (s. 85). Hovedregelen i helseretten om at det skal være valgfritt om man vil motta helsehjelp, er derfor lagt til grunn i smittevernloven for så vidt gjelder behandling. Dette i motsetning til undersøkelse som er pålagt pasienten som en plikt etter § 5-1, og som i særlige tilfelle kan gjennomføres med tvang etter § 5-2. Tvungen behandling kan bare iverksettes dersom det kan forkorte tvungen isolering etter § 5-3 vesentlig, se nedenfor. Formå-

²³ Lov 12. desember 1947 nr. 4 om åtgjerder mot kjønns sykdommer, opphevet ved smittevernloven.

let med tvungen undersøkelse skal være å klarlegge om det foreligger en allmennfarlig smittsom sykdom, og i så fall hvilken, og vilkåret er at kunnskapen om dette er nødvendig for å avgjøre om og i tilfelle hvilke tiltak som må settes i verk, jf. Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 79–80. Det heter at det dreier seg om «enkeltilfeller av særlig alvorlig natur, som når en person mistenkes for å være en farlig smittekilde og når frivillighet har vært forsøkt, men må oppgis». Resultatet av undersøkelsen må være av en viss betydning for å forebygge smittefarlig opptreden eller motvirke smitteoverføring til andre, jf. spesialmotivene s. 157. Som eksempel er nevnt mistanke om difteri hvor prøveresultatet kan være avgjørende for blant annet om det skal iverksettes profylaktisk vaksinasjon i den smittedes omgivelser.

Kortvarig tvungen isolering i forbindelse med tvangsundersøkelse kan være aktuelt dersom faren for smittespredning bedømmes som så stor at det er nødvendig å sikre at smitteoverføring ikke skjer i perioden fram til forholdene er klarlagt.

Vedtak om mer langvarig isolering i sykehus etter § 5-3 kan fattes dersom andre tiltak for å forebygge eller motvirke smitteoverføring har vært forsøkt eller overveiende sannsynlig ikke vil føre frem. Det må videre være overveiende sannsynlig at andre ellers vil bli smittet. Det er et vilkår for å vedta isolering etter § 5-3 at det er påvist at den smittede lider av en allmennfarlig smittsom sykdom.

Isolering vil gjennomgående ikke være aktuelt dersom den smittede frivillig medvirker til behandling som gjør ham eller henne smittefri, eller ivaretar andre forholdsregler som motvirker smitteoverføring. Man må prøve eller i det minste overveie frivillige tiltak før det kan bli tale om tvungen isolering.

I motsetning til enkelte andre tvangshjemler i helseretten, er det her ikke hensynet til pasienten som begrunner tvangen, men hensynet til andre. Det bemerkes i forarbeidene at isolering etter smittevernloven derfor utgjør «et enda mer alvorlig integritetsinngrep og må anvendes med forsiktighet».

Isolering må etter en helhetsvurdering være «den klart mest forsvarlige løsningen i forhold til faren for smitteoverføring og den belastningen som tvangsinngrepet må antas å medføre», jf. § 5-3 andre ledd andre punktum. Elementer i vurderingen vil blant annet være hvor stor smittefaren er i det konkrete tilfellet ut fra den smittedes atferd og andre forhold, og hvem som er nærmest til å bære ulempene ved smittefaren som foreligger. Det må

foretas en avveining mellom samfunnets interesse i smittevern og den enkeltes krav på beskyttelse mot unødig inngripen fra myndighetenes side. Frivillig isolering og andre alternative tiltak må være forsøkt med mindre sykdommen er så smittsom eller farlig at en ikke kan ta risikoen på at de alternative tiltakene skal slå feil. Der sykdommens generelle smittefare er lav, vil den smittedes atferd kunne være av større betydning enn der den generelle smittsomheten er høy. Det vises til Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 83–84 og 159–160 hvor det også bemerkes at det vil være større grunn til å benytte tvangsisolering når det gjelder sykdommer som den enkelte borger selv ikke kan verge seg mot. Den som velger å utsette seg for en kjent smittefare, kan ikke ha krav på samme grad av beskyttelse.

Vedtak om tvungen isolering kan fattes for inntil tre uker i første omgang. Deretter må det fattes nytt vedtak dersom det er behov for fortsatt isolering, jf. § 5-3 tredje ledd. Det nye vedtaket kan gjelde for inntil seks uker, og kan forlenges med seks uker om gangen inntil ett år fra første vedtak. Dersom smittefaren deretter fortsatt er til stede og tilsier restriksjoner i den smittedes handlingsfrihet, må det forsøkes nye frivillige tiltak før man eventuelt kan fatte nytt tvangsvedtak (forutsatt at vilkårene for tvangsisolering fremdeles er oppfylt).

Smittevernlovens bestemmelser om tvungen isolasjon må tolkes i tråd med bestemmelsene i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 5 og det proporsjonalitetskravet som ble innfortolket av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) i Enhorn-saken, se punkt 8.2.5. Se også punkt 8.2.8 om uttalelser fra ØSK-komiteén.

Tvang i forbindelse med isolering vil i hovedsak bestå i innbringelse og tilbakeholdelse.

Som nevnt ovenfor, kan det unntaksvis være aktuelt å iverksette tvungen behandling i den hensikt å forkorte isolasjonen, jf. § 5-3 fjerde ledd. Tvangsbehandling kan bare bestå i medikamentell behandling som er uten fare eller større ubehag. Det er en forutsetning at behandlingen kan gjøre den smittede smittefri og at smittefrihet ikke vil kunne inntre uten behandling, eventuelt bare etter svært lang tid. Forholdene må dessuten være slik at det ellers ville være grunnlag for en langvarig isolering.

Slik tvangsbehandling kan først vedtas etter tre ukers isolering. Dette gir tid til å vurdere behandlingsspørsmålet og om mulig overtale den isolerte til frivillig behandling, jf. Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 85.

Bestemmelsene i smittevernloven § 5-4 om gjennomføring av isolering i sykehus, er i første rekke fastsatt med tanke på tvungen isolering, men gjelder så langt de passer også ved frivillig isolering.

Det er smittevernnemnda som har kompetanse til å fatte vedtak om tvungen undersøkelse og/eller isolering og eventuelt behandling i forbindelse med isolering, jf. §§ 5-2 og 5-3 begge siste ledd. Se også §§ 7-5 til 7-8 og punkt 4.3.8.

Av § 5-5 fremgår det at kommunelegen skal forberede tvangssakene og forelegge dem for fylkesmannen, som skal sende dem til smittevernnemnda. Helsedirektoratet kan selv reise sak for nemnda.

Etter § 5-6 første ledd skal den smittede ha (offentlig oppnevnt) advokat som fullmektig. Etter spesialmotivene forutsettes bestemmelsen supplert av reglene om offentlig oppnevnt forsvarer i straffesaker. Advokaten skal gjøres kjent med dokumentene og om mulig gis frist for skriftlig fremstilling, fremleggelse av dokumenter og angivelse av vitner som ønskes ført. Hastemomentet vil i mange tilfeller kunne medføre at dette må fravikes eller at fristen blir svært kort.

Advokatutgiftene dekkes av det offentlige etter ordningen med fri rettshjelp. Saker som behandles etter smittevernloven kapittel 5 (tvungen undersøkelse eller isolering), er blant saks typene hvor det ytes fri sakførsel for forvaltningsorganer, jf. rettshjelploven (lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp) § 17 tredje ledd nr. 4. Den som tvangsvedtaket retter seg mot, har en ubetinget rett til fri sakførsel. Hjelpen ytes uten behovsprøving i motsetning til en del andre sakstyper hvor det foretas en skjønnsmessig vurdering ut fra sakens karakter og klientens behov for hjelpen, i tillegg til økonomisk behovsprøving. Det betales ikke egenandel i saker hvor rettshjelpen ytes uten behovsprøving, jf. § 9. Salær til advokaten ytes av staten etter faste satser fastsatt i medhold av rettshjelploven § 3.

Bestemmelsen i smittevernloven § 5-6 andre ledd sikrer den smittede innsynsrett i saksdokumentene utover det som følger av forvaltningsloven og de ordinære regler om innsyn i pasientjournal som er fastsatt i helsepersonelloven og pasient- og brukerrettighetsloven.

Smittevernnemndas behandling av tvangssaker er regulert i § 5-7. Reglene reflekterer det forhold at det gjennomgående vil være behov for raske beslutninger i slike saker. Smittevernnemnda skal komme sammen så raskt som mulig, og vedtaket skal gjøres umiddelbart etter at drøftingene er avsluttet. En representant for den som

har begjært tvangsvedtaket, og den smittedes fullmektig kan møte. Dersom noen av partene ønsker det, skal de under møtet gis anledning til vitneførsel og til å legge fram annet materiale som det ikke har vært mulig å presentere under saksforberedelsen. Reglene i tvisteloven om dommers innhold og begrunnelse gjelder tilsvarende for nemndas vedtak.

Etter smittevernloven § 5-8 kan det fattes hastevedtak etter § 5-2 i tilfelle hvor man ikke kan vente på behandling i smittevernnemnda. Beslutning fattes da av kommunelegen sammen med lege utpekt av det regionale helseforetaket, jf. § 7-3 tredje ledd. Hvis de to legene er uenige, deltar fylkesmannen i avgjørelsen, jf. § 5-8 første ledd andre punktum som gir § 4-2 tredje ledd tilsvarende anvendelse. Det er et vilkår for hastevedtak at de interesser vedtaket skal ivareta, kan bli vesentlig skadelidende om vedtaket ikke blir gjort eller gjennomført straks, jf. § 5-8 andre ledd.

Smittevernnemndas tvangsvedtak og hastevedtak kan etter § 5-9 bringes inn for tingretten for overprøving etter reglene i tvisteloven kapittel 36, jf. punkt 6.15. I meldingen om smittevernnemndas vedtak skal det særskilt gjøres oppmerksom på denne overprøvingsadgangen, jf. smittevernloven § 5-7 tredje ledd. Dette er ikke fastsatt tilsvarende i § 5-8 om hastevedtak, men bør praktiseres også i slike tilfeller. Søksmål kan reises av den vedtaket retter seg mot eller vedkommendes nærmeste, av fylkesmannen eller Statens helsetilsyn.

Etter § 4-10 femte ledd skal politiet etter anmodning bistå med gjennomføringen av tiltak etter blant annet §§ 5-2 til 5-4.

Tvangsreglene i smittevernloven kapittel 5 gjelder tvang overfor enkeltmennesker. Det er ikke hjemmel for å bruke tvang overfor hele eller større deler av befolkningen, for eksempel for å gjennomføre pliktig vaksinerings etter § 4-8 andre ledd. Politiets plikt til å bistå med gjennomføring av tiltak gjelder imidlertid også i forbindelse med tiltak etter §§ 4-1 og 4-3, jf. punkt 4.3.5.

Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker i Oslo og Akershus, som er utpekt til smittevernnemnd for hele landet, har 31. oktober 2011 opplyst til utvalget at smittevernnemnda siden smittevernlovens ikrafttredelse hadde behandlet 13 saker etter tvangsbestemmelsene. En sak gjaldt to personer (mor og barn). Det var fattet to vedtak etter § 5-2 om tvungen innleggelse for undersøkelse og kortvarig isolering. Det var fattet syv vedtak om tvungen isolering inntil tre uker og to vedtak om tvungen isolering inntil seks uker (for personer hvor det tidligere var fattet vedtak om tre

ukers isolering). Sakene gjaldt hiv (1995, 1996) og tuberkulose (1997, 2000–2003, 2011).

En sak ble hevet før forhandlingsmøtet fordi situasjonen ble løst uten bruk av tvang, men det ble senere fattet vedtak om isolering etter § 5-3 av samme person, først inntil tre uker og deretter inntil seks uker. Den smittefarlige sykdommen her var hiv. Det fremgår av vedtakspremissene at vedkommende hadde utvist truende atferd og var «en syk mann som utagerer ved små provokasjoner». Han hadde kuttet seg til blods i politiarrest og varetektsfengsel samt på sykehus og truet med å smitte andre.

Alle de øvrige sakene gjaldt tuberkulose. En av disse sakene ble hevet under forhandlingsmøtet etter at kommunen trakk forslaget om isolering etter § 5-3 da det ble klart at smittefaren ikke var så stor. En sak vedrørende pasient med lungetuberkulose var til behandling i nemnda da opplysningene ble gitt. Det er senere opplyst at det med hjemmel i smittevernloven § 5-3 ble fattet vedtak om tvungen innleggelse i sykehus for isolering i inntil tre uker.

4.3.7 Kapittel 6 Rett til smittevern hjelp m.m.

I henhold til smittevernloven § 6-1 første ledd første punktum har enhver rett til nødvendig smittevern hjelp.

Dette må sees i sammenheng med smittevernloven § 1-2 om lovens virkeområde, jf. punkt 4.3.2.2. Så lenge det ikke er fastsatt bestemmelser som innskrenker retten for personer med løsere tilknytning til Norge, må bestemmelsen trolig innebære at enhver som befinner seg i Norge for kortere eller lengre tid har rett til smittevern hjelp. Pasient- og brukerrettighetslovens virkeområde, jf. lovens § 1-2 første ledd, er klargjort i forskrift, også hva gjelder smittevern hjelp, jf. punkt 4.3.2.2.

Etter smittevernloven § 6-1 første ledd andre punktum er smittevern hjelp «å anse som en del av rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a første og annet ledd og § 2-1b første og annet ledd». Dette kan synes overflødig ut fra definisjonene i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3.²⁴ Det er uklart om henvisningen til § 2-1b første og andre ledd innebærer at smittevern hjelp i spesialisthelsetjenesten – uten en individuell vurdering – er å anse som «nødvendig helsehjelp» i den forstand at pasien-

ten har rett til å få fastsatt en frist for når helsehjelpen skal gis. Henvisningen omfatter ikke uttrykkelig bestemmelsene i § 2-1b fjerde ledd om rett til et alternativt tilbud dersom fristen brytes, om nødvendig i privat helsetjeneste eller i utlandet. Dette kan skyldes at smittevern hjelp forutsettes gitt med den nødvendige hurtighet i den offentlige spesialisthelsetjenesten, men dette er ikke omtalt i forarbeidene til lovendringene vedtatt ved helse- og omsorgstjenesteloven. Smittevern hensyn er ikke blant de momenter som etter ordlyden skal tillegges vekt i vurderingen av om en pasient har rett til nødvendig helsehjelp i spesialisthelsetjenesten etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1b andre ledd, jf. § 2-2 andre ledd, jf. forskrift 1. desember 2000 nr. 1208 om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd (prioriteringsforskriften) § 2²⁵.

Smittevernloven § 6-1 andre ledd lyder:

Den som det etter en faglig vurdering er grunn til å anta er i fare for å bli smittet med en allmennfarlig smittsom sykdom har rett til nødvendig smittevern hjelp i form av vaksinasjon, informasjon og annen nødvendig forebyggende hjelp. En smittet person med en allmennfarlig smittsom sykdom har rett til medisinsk vurdering og utredning (diagnostikk), behandling, pleie og annen nødvendig smittevern hjelp. Smittevern hjelp som nevnt i dette leddet kan ikke nektes med den begrunnelse at det ikke er dekning for utgiftene på vedtatte budsjetter.

Sammenhengen mellom første og andre ledd er noe uklar. Det kan neppe være slik at bare den slags smittevern hjelp som er nevnt i andre ledd, er å anse som «smittevern hjelp» etter første ledd. Smittevern hjelp i forbindelse med andre smittsomme sykdommer enn de allmennfarlige ville da falle utenfor begrepet «smittevern hjelp». Det fremgår av fjerde ledd at departementet kan fastsette forskrift til utfylling av § 6-1, herunder om «smittevern hjelp mot andre smittsomme sykdommer». Dersom andre ledd skulle innebære en avgrensning i forhold hva som er å anse som «nødvendig helsehjelp» i spesialisthelsetjenesten, måtte dette ha kommet klarere til uttrykk.

Det er mulig at andre ledd først og fremst har eller har hatt betydning i forbindelse med det som

²⁴ Børge Krogsrud bemerket allerede i *Smittevernloven – Kommentartutgave*, 1995, at bestemmelsen i smittevernloven § 6-1 første ledd andre punktum (slik den da lød) måtte antas å få beskjeden selvstendig betydning, se s. 155–156.

²⁵ Forskriften viser til lovens § 2-1, men denne er opphevet. Henvisningen må nå gjelde § 2-1b.

følger av andre ledd siste punktum om at smittevern hjelp «som nevnt i dette leddet» ikke kan nektes med den begrunnelse at det ikke er dekning for utgiftene på vedtatte budsjetter. Bestemmelsen har trolig mindre betydning etter at retten til helsehjelp er blitt lovfestet også generelt ved pasient- og brukerrettighetsloven. Kommunens økonomiske ressurser kan likevel i en viss grad tillegges vekt i forbindelse med det kommunale tilbudet av helse- og omsorgstjenester, men det er en minstandard kommunene ikke kan gå under med henvisning til svak økonomi, jf. Prop. 91 L (2010–2011) s. 345, jf. også Rt. 1990 s. 874 (Fusa-dommen). Kommunen er bare pliktig til å yte «nødvendig helsehjelp», og her er smittevern hjelp «automatisk» innbefattet, jf. § 6-1 første ledd andre punktum.

Det er i spesialmotivene til smittevernloven § 6-1 i Ot.prp. nr. 91 (1992–93) (s. 165–167) lagt til grunn at «uttrykket smittevern hjelp er et samlebegrep som i forarbeidene er ment å variere med tiden og forholdene», og at begrepet skal tolkes vidt og ikke bare omfatte hjelp som tradisjonelt hører under helselovgivningen, jf. da særlig begrepene «annen nødvendig forebyggende hjelp» og «annen nødvendig smittevern hjelp». Når det gjelder forebyggende hjelp, kan det i tillegg til individuell rådgivning også omfatte mer konkret hjelp i form av lett tilgang til kondomer og sprøyter for å unngå smitte, men også hjelp til sosial og psykososial (re)habilitering m.m. Som eksempler er nevnt nødvendig bistand til bolig, utdanning eller arbeid for sexarbeidere, og tilbud om behandling/rehabilitering for rusmiddelbrukere, fordi dette kan føre til at faren for å bli smittet reduseres vesentlig eller faller bort. Slike tiltak kan være aktuelle som smittevern hjelp også overfor personer som allerede er smittet, da med tanke på å redusere faren for at smitte overføres til andre. Også psykologhjelp eller helsehjelp innen psykisk helsevern kan være aktuelt. Norsk Lovkommentar²⁶ og Krogsrud i kommentarutgaven²⁷ bruker eksempler fra forarbeidene og peker på at begrepet «annen nødvendig smittevern hjelp» skal tolkes utvidende.

Se også punkt 9.4 om smittevern arbeid.

Etter § 6-1 andre ledd første punktum er det et kriterium for rett til smittevern hjelp at det «etter en faglig vurdering er grunn til å anta» at vedkom-

mende er i fare for å bli smittet med en allmennfarlig smittsom sykdom. Det er lagt til grunn at det ikke kreves særlig stor konkret fare, men at retten til smittevern hjelp ikke tilkommer enhver som følge av den generelle fare for å bli utsatt for smitte som følger av å delta i et sosialt fellesskap.

Etter § 6-1 tredje ledd²⁸ kan den som søker smittevern hjelp, påklage avgjørelsen til fylkesmannen i fylket hvor han/hun mener feil er begått. Denne klageretten har neppe selvstendig betydning i forhold til klagereglene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7, jf. punkt 6.4, men kan ha informasjonsverdi for brukere av smittevernloven. I forarbeidene²⁹ ble det pekt på viktigheten av å kunne få overprøvd avslag på eller unnlatelse av å yte smittevern hjelp uavhengig av andre klageordninger, og dessuten at klageretten var vid idet også pårørende er gitt klagerett.

Bestemmelsen i smittevernloven § 6-2 er hjemmel for å bestemme at tjenester eller tiltak etter loven skal være gratis for den som er i fare for å bli smittet med smittsomme sykdommer, eller som er smittet. Det er i Ot.prp. nr. 91 (1992–93) uttalt at det bør være et mål å gjøre alle tiltak overfor allmennfarlige smittsomme sykdommer gratis.

Behandling ved innleggelse i helseinstitusjon er vederlagsfri for den som er bosatt i Norge og/eller som er medlem av folketrygden eller har rettigheter etter gjensidig avtale med annen stat (konvensjonspasienter), jf. spesialisthelsetjenesteloven kapittel 5. Andre pasienter skal i utgangspunktet selv dekke utgiftene, jf. lovens § 5-3 første ledd.

Når det gjelder helsehjelp utenfor sykehus er det i medhold av blant annet smittevernloven § 6-2 og folketrygdloven kapittel 5 gitt forskrifter om stønad til legehjelp, legemidler, laboratorie- og røntgenundersøkelser m.m. Det ytes stønad etter honorartakstene for undersøkelse, behandling og kontroll for allmennfarlige smittsomme sykdommer etter definisjonen i smittevernlovgivningen. Dette innebærer at pasienten ikke skal betale egenandel. Det ytes ved slik sykdom samme stønad også for personer som oppholder seg i Norge uten å være medlem av folketrygden. Det vises til punkt 6.5 om folketrygdloven.

Etter forskrift 13. februar 2009 nr. 205 om tuberkulosekontroll § 4-9 skal tuberkuloseundersøkelser være kostnadsfrie for dem som plikter å gjennomgå slik undersøkelse. Vaksine mot tuberkulose skal være gratis for målgruppene for vaksi-

²⁶ Norsk lovkommentar, Gyldendal rettsdata (2012), note 170 og 172 til smittevernloven (til § 6-1), skrevet av Kjetil Tveitan.

²⁷ Børge Krogsrud: *Smittevernloven – Kommentaarutgave*, 1995, s. 157–158.

²⁸ Endret ved lov 22. juni 2012 nr. 46.

²⁹ Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 167.

nasjon. Bestemmelsen regulerer også hvilke instanser som skal dekke utgiftene.

Etter forskrift 21. desember 2007 nr. 1573 om varsling av og tiltak ved alvorlige hendelser av betydning for internasjonal folkehelse (IHR-forskriften) kan det ikke kreves dekning av utgifter fra reisende, heller ikke egenandeler, for medisinske undersøkelser som utføres i henhold til forskriften, vaksinasjon eller annen profylaktisk behandling ved ankomst til Norge, påkrevd isolasjon av eller karantene for reisende m.m., jf. forskriften § 22.

Det synes usikkert om, og eventuelt når, smittevern hjelp er gratis også for personer som oppholder seg ulovlig i landet, men det antas at smittevern hjelp i praksis ytes uten vederlag i alle fall i noen utstrekning, kanskje i de fleste tilfeller der slik hjelp gis. Dette vil trolig særlig gjelde der helshjelpen kan føre til helbredelse og derved også bidrar til å hindre videre smitte. Eventuell tvungen undersøkelse og isolering må uansett være vederlagsfri.

Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) § 17-14 om fastsettelse av utreisefrist mv. når det foreligger vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket, har en særskilt bestemmelse knyttet til tuberkulose. Etter andre ledd skal utlendinger som er under utredning eller behandling for tuberkuløs sykdom, ikke pålegges å forlate riket før mistanke om tuberkuløs sykdom er avkrefte, eller behandlingen er fullført. Unntak kan gjøres i enkelttilfeller dersom det ut fra muligheten for videre behandling er helsefaglig forsvarlig, eller dersom særlige grunner taler for det. Bakgrunnen for bestemmelsen er blant annet å unngå resistensutvikling. Målet med bestemmelsen ville trolig bli vanskeligere å nå dersom tilgangen til behandling var betinget av at utlendingen selv kunne betale for den.

Bruk av kondom er et smitteverntiltak ved hiv og andre seksuelt overførbare infeksjoner, og man har ordninger for distribuering av gratis kondomer i tråd med intensjonen i smittevernloven § 6-2. Hivsmittede og deres partnere kan få gratis kondomer som rekvireres anonymt via den smittedes eller partnerens fastlege og helsepersonell på asylmottak. Helsedirektoratet har også en nasjonal ordning for utdeling av gratis kondomer. Primærmålgruppen for utdelingen er ungdom og unge voksne under 25 år. Andre målgrupper er sexarbeidere, flyktninger og asylsøkere, hivpositive kvinner og menn samt innsatte i fengsel.³⁰

En annen særlig form for smittevern hjelp er det å sørge for tilgang til rent injeksjonsutstyr. Til tross for at narkotikabruk er ulovlig, har man iverksatt ulike ordninger for utdeling av sprøyter og innbytte av brukte sprøyter for å motvirke den smittefare bruk av urene sprøyter innebærer.

Etter sprøyteromsloven (lov 2. juli 2004 nr. 64 om ordning med lokaler for injeksjon av narkotika) er det straffritt å injisere narkotika i godkjente sprøyterom, og tillatt for personalet i sprøyteromsordningen å gi brukerne individuell og konkret rådgivning i forbindelse med slik injisering, jf. § 4. Formålet er blant annet å forebygge infeksjon og smitte, gi rask hjelp ved overdoser og formidle tilbud om behandling og oppfølging, jf. § 1.

Det har vært drøftet om det skal iverksettes ordninger for sprøytebytte eller lignende også i fengsler, men her har foreløpig helsemyndighetene – i samråd med justismyndighetene – gått mot dette.

Som svar på oppdrag fra Helse- og omsorgsdepartementet oversendte Helsedirektoratet ved brev 4. februar 2009 utredningen «Tilgjengelighet i norske fengsler til sterile sprøyter og spisser for injiserende rusmiddelavhengige – forslag til en ny tilnærming»³¹ av spesialist i samfunnsmedisin Svein-Erik Ekeid.

I utredningen foreslås innføring av en ordning som minst omfatter innbytte av brukte sprøyter og spisser. Det heter blant annet om nåværende ordning:

«Rensing ved bruk av klorin/kloramin gir en betydelig lavere grad av smitteforebygging enn tilgang til nye og sterile sprøyter og spisser. For at rensingen skal være effektiv i smitteforebyggende sammenheng må utstyret desinfiseres i henhold til retningslinjene. Det er ikke realistisk å anta at innsatte vil bruke tid på å rense sprøyter og spisser (30-60 minutter), mens de venter på å foreta injeksjon av rusmidlet. Dermed oppfyller tilbudet om tilgjengelig klor/kloramin i praksis ikke kravene til å være et akseptabelt og tilstrekkelig smitteverntiltak. Nåværende ordning er egnet til å skape en falsk trygghet hos innsatte til at deling av sprøyter og spisser kan foregå på en smitte-

³⁰ Se rapporten *Evaluering av nasjonal ordning med utdeling av gratis kondomer*, 2008, http://www.helsedirektoratet.no/fagnytt/gratis_kondomer__popul_r_ordning_med_rom_for_forbedringer_243304

³¹ <http://www.regjeringen.no/pages/2194496/Rapport%20fra%20Helsedirektoratet.pdf>

sikker måte. Uriktig bruk av rensedmidler med påfølgende injeksjon av klorin/kloramin kan i seg selv være helseskadelig.»

I oversendelsesbrevet sluttet Helsedirektoratet seg til forslaget i utredningen om å iverksette en ordning for utdeling og bytte av sprøyter i fengslene. I brevet het det blant annet:

«Tilgang til sterile sprøyter og spisser i fengslene oppfattes som juridisk og etisk komplisert av begge de to personellgruppene som arbeider med innsattes rusavhengighetsproblemer. Fra helsemyndighetenes side er det overordnede hensynet å hindre smitte, i tråd med bestemmelsene i smittevernloven, deretter å redusere skade og å bidra til rehabilitering. Enkelte vil hevde at tilgjengelighet til sterile sprøyter og spisser i fengsel kan bidra til legalisering av rusavhengighet og opprettholdelse av injiseringskulturen hos rusmiddelavhengige og dermed undergrave fengselsystemets narkotikapolitikk og rehabiliteringshensikt. Straffegjennomføringslovens regler, legemiddelovens forbud mot narkotikabruk og omsetning av narkotika og straffelovens § 162 er aktuelle rettskilder som må avveies mot smittevernlovens og pasientrettighetslovens bestemmelser.»

Helse- og omsorgsdepartementet sendte 19. mai 2009 utredningen og Helsedirektoratets brev av 4. februar 2009 på høring³². Blant dem som støttet forslaget var Statens helsetilsyn og Legeforeningen.

I juli 2010 besluttet Helse- og omsorgsdepartementet³³ like fullt at forslaget ikke skulle følges opp. Det ble vist til at Folkehelseinstituttet så liten smittevernmessig gevinst ved et slikt tiltak, og til at både Folkehelseinstituttet, Politidirektoratet og fengselshelsetjenesten stort sett var negative til forslaget. Det ble også lagt vekt på hensynet til ansattes sikkerhet, forbudet mot bruk av narkotika og målet om narkotikafrie fengsler.

Spørsmålet er drøftet av Warberg³⁴ som mener at «fanger har samme rett til forebyggende smittevernarbeid som andre borgere, og samfun-

net den samme rett til at det drives effektivt smittevern i fengslene, som utenfor. Dette følger av en lojal fortolkning av smittevernlovens og pasientrettighetslovens regler.»

Se punkt 8.3.9 om internasjonale tilrådninger vedrørende smittevern i fengsler.

Se punkt 11.3.6 om utvalgets vurderinger vedrørende innsattes tilgang til rent injeksjonsutstyr.

4.3.8 Kapittel 7 Administrative organer og deres myndighet

Smittevernloven kapittel 7 regulerer organiseringen av smittevernet med fordeling av oppgaver og myndighet. Oppgaver er lagt til kommunene, kommunelegene, de regionale helseforetakene, fylkesmannen, Helsedirektoratet, Statens helsetilsyn og Nasjonalt folkehelseinstitutt (Folkehelseinstituttet).

Kommunenes hovedoppgaver er beskrevet slik i smittevernloven § 7-1 første til tredje ledd:

Kommunen skal sørge for at alle som bor eller midlertidig oppholder seg i kommunen med hensyn til smittsom sykdom er sikret nødvendige forebyggende tiltak, undersøkelsesmuligheter, behandling og pleie utenfor institusjon og pleie i sykehjem eller annen kommunal helseinstitusjon.

Kommunen skal også utføre de oppgaver innen smittevernet som pålegges i loven her eller bestemmelser i medhold av loven, herunder skaffe seg oversikt over arten og omfanget av de smittsomme sykdommer som forekommer i kommunen, drive opplysning om smittsomme sykdommer og gi råd og veiledning om hvordan de forebygges, sørge for at individuelt forebyggende tiltak blir satt i verk, sørge for at andre tiltak etter loven her, folkehelseloven eller helse- og omsorgstjenesteloven blir satt i verk.

Tiltak og tjenester for å forebygge smittsomme sykdommer eller motvirke at de blir overført skal utgjøre et eget område i planen for kommunens helse- og omsorgstjeneste. Helse- og omsorgstjenesten i kommunen skal samarbeide med myndigheter som har oppgaver av betydning for tiltakene.

Kommuner kan inngå interkommunalt samarbeid for å sikre godt smittevernarbeid og døgnkontinuerlig vaktberedskap.

Kommunelegens oppgaver er regulert i § 7-2. Kommunelegen skal utføre oppgaver innen smittevernet i henhold til smittevernlovens

³² <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/hoeringer/hoeringsdok/2009/tilgjengelighet-i-norske-fengsler-tilst.html?id=562773>

³³ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/aktuelt/nyheter/2010/nei-til-utdeling-av-sproyter-i-fengslene.html?id=611770>

³⁴ Lasse A. Warberg: *Norsk helserett*, 2. utgave, Oslo 2011, s. 293–297.

bestemmelser. I kommuner med flere kommuneleger skal kommunestyret utpeke en av dem til å utføre disse oppgavene. Det bør også utpekes en stedfortreder for denne, jf. første ledd. Etter § 7-2 andre ledd skal kommunelegen:

- a) utarbeide forslag til plan for helse- og omsorgstjenestens arbeid med vern mot smittsomme sykdommer, herunder beredskapsplaner og -tiltak, og organisere og lede dette arbeidet,
- b) ha løpende oversikt over de infeksjonsepidemiologiske forholdene i kommunen,
- c) utarbeide forslag til forebyggende tiltak for kommunen,
- d) bistå kommunen, helsepersonell og andre i kommunen som har oppgaver i arbeidet med vern mot smittsomme sykdommer,
- e) gi informasjon, opplysninger og råd til befolkningen om vern mot smittsomme sykdommer,
- f) utføre alle andre oppgaver som følger av loven eller bestemmelser i medhold av loven, og medvirke til effektive tiltak for å forebygge smittsomme sykdommer og motvirke at de blir overført.

Etter § 7-3 skal det regionale helseforetaket sørge for at befolkningen i helseregionen med hensyn til smittsom sykdom er sikret nødvendig spesialistundersøkelse, laboratorieundersøkelse, poliklinisk behandling og sykehusbehandling, forsvarlig isolering i sykehus, og annen spesialisthelsetjeneste. Det skal utarbeides en plan om det regionale helseforetakets tiltak og tjenester for å forebygge smittsomme sykdommer eller motvirke at de blir overført. Det regionale helseforetaket skal også utpeke en sykehuslege som kan fatte vedtak etter §§ 4-2 og 5-8 sammen med kommunelegen.

I henhold til § 7-4 skal fylkesmannen ha særlig oppmerksomhet rettet mot allmennfarlige smittsomme sykdommer og holde Statens helsetilsyn og Helsedirektoratet orientert om forholdene i fylket, jf. helsetilsynsloven (lov 30. mars 1984 nr. 15 om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten m.m.).

I medhold av § 7-11 første ledd kan departementet i forskrift gi bestemmelser om samarbeid, og om hvilket ansvar og hvilke oppgaver kommuner, fylkeskommuner og regionale helseforetak skal ha i forbindelse med smittsomme sykdommer etter smittevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og spesialisthelsetjenesteloven.

Smittevernnemnda er regulert i §§ 7-5 til 7-8. Smittevernnemnda er «den av fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, jf. barnevernloven § 7-1, som departementet utpeker til denne opp-

gaven». Det er bestemt at fylkesnemnda i Oslo og Akershus skal fungere som smittevernnemnd for hele landet.

Smittevernnemnda settes sammen etter reglene i barnevernloven § 7-2, og reglene i barnevernloven kapittel 7 gjelder i den utstrekning annet ikke fremgår av smittevernloven.

Dette innebærer at nemnda skal ledes av en eller flere person(er) som fyller kravene til dommere. Det skal være et utvalg av fagkyndige og et alminnelig medlemsutvalg, som tas fra utvalget for meddommere etter domstolloven § 66 første ledd. Utvalgene oppnevnes av departementet. Det skal innhentes forslag fra fylkesmannen og de regionale helseforetakene før det oppnevnes utvalg til smittevernnemnda. I den enkelte sak skal smittevernnemnda være sammensatt av lederen og to medlemmer som trekkes ut, ett fra hvert av utvalgene.

Når det foreligger et alvorlig utbrudd av allmennfarlig smittsom sykdom, jf. smittevernloven § 1-3 første ledd nr. 4, kan flere fylkesnemnder utpekes til smittevernnemnder.

Smittevernnemndas medlemmer og sekretariat har taushetsplikt i samsvar med bestemmelsene i helsepersonelloven kapittel 5.

Nasjonalt folkehelseinstitutt (Folkehelseinstituttet) er statens smitteverninstitutt og skal overvåke den nasjonale og delta i overvåkingen av den internasjonale epidemiologiske situasjonen, drive forskning på smittevernområdet og sikre nødvendig vaksineforsyning og vaksineberedskap, herunder egen vaksineproduksjon, jf. § 7-9. Folkehelseinstituttet skal videre gi bistand, råd, veiledning og informasjon til kommunale, fylkeskommunale og statlige institusjoner, helsepersonell og befolkningen om smittsomme sykdommer, smittevern og valg av smitteverntiltak.

Gjennom råd, veiledning, opplysning og vedtak etter smittevernloven skal Helsedirektoratet medvirke til at befolkningens behov for tjenester og tiltak blir dekket i forbindelse med smittsomme sykdommer, jf. § 7-10. Når det er nødvendig for å sikre et effektivt og forsvarlig smittevern, kan direktoratet bestemme at kommuner, fylkeskommuner eller statlige institusjoner skal organisere eller utføre nærmere bestemte tjenester eller tiltak, samarbeide, eller følge nærmere bestemte retningslinjer. Videre kan helsepersonell pålegges å følge nærmere bestemte faglige retningslinjer.

Statens helsetilsyn skal ha det overordnede tilsynet med at den kommunale, fylkeskommunale og statlige virksomheten er i samsvar med smittevernloven og med forskrift eller enkeltvedtak med hjemmel i loven, jf. § 7-10a. Dersom virksomheten

drives på en måte som er i strid med loven, forskriftene eller enkeltvedtak, og dette kan ha skadelige følger for pasienter eller andre, eller på andre måter er uheldig eller uforsvarlig, kan Statens helsetilsyn gi pålegg om å rette forholdene.

I henhold til § 7-11 andre ledd kan departementet bestemme at helseberedskapsloven (lov 23. juni 2000 nr. 56 om helsemessig og sosial beredskap) «helt eller delvis skal gjelde på tilsvarende måte når det er påkrevd av hensyn til smittevernet, bl.a for å kunne pålegge kommuner, fylkeskommuner, regionale helseforetak og helsepersonell nødvendig smittevernberedskap. Departementet kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om beredskap og beredskapsplaner i forbindelse med et alvorlig utbrudd av en allmennfarlig smittsom sykdom.» Se punkt 6.17 om helseberedskapsloven.

Etter § 7-12 har for øvrig Kongen særlig fullmakt som følger:

Når et utbrudd av en allmennfarlig smittsom sykdom truer folkehelsen, eller når det er fare for et slikt utbrudd og det på grunn av disse forhold er fare ved opphold, kan Kongen gi bestemmelser av lovgivningsmessig innhold for å trygge folkehelsen, og for at det kan settes inn tiltak til vern om befolkningen. Om nødvendig kan Kongen gjøre avvik fra gjeldende lovgivning. Lov av 15. desember 1950 om særlige rådgjerder under krig, krigsfare og liknende forhold §§ 3 og 4 gjelder tilsvarende.

Se folkehelseloven (lov 24. juni 2011 nr. 29 om folkehelsearbeid) om de nevnte instansenes ansvar og oppgaver i forbindelse med bredere folkehelsearbeid, jf. punkt 6.7.

Om nasjonale beredskapsplaner og strategier av betydning for smittevern, se Meld. St. 16 (2010–2011) *Nasjonal helse- og omsorgsplan (2011–2015)* s. 54.

4.3.9 Kapittel 8 Straff, erstatning, klage, ikrafttredelse og overgangsbestemmelser

4.3.9.1 Straff – § 8-1

Bestemmelsen i smittevernloven § 8-1 om straff er ikke et eget straffebed, men en henvisning til straffebedene i straffeloven 1902 §§ 156 og 357, jf. punkt 5.2.5 og 5.2.6. Bestemmelsen ble tatt inn for å gjøre det klart at overtredelse av rettsplikter etter smittevernloven er belagt med straff. Det ble vist til at det ikke kan forventes at den alminnelige

befolkning og helsepersonell har kjennskap til straffeloven 1902 §§ 156 og 357. Dessuten ble det klargjort i så vel forarbeidene som ved endringer i straffeloven 1902 §§ 156 og 357, at disse straffebestemmelsene også rammer overtredelse av enkeltvedtak i medhold av smittevernloven, se Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 110 ff. og NOU 1990: 2 s. 272.

Ved smittevernloven ble det vedtatt endringer også i straffeloven 1902 §§ 155, 192 og 195 samt tilføyd en ny § 154a, jf. punkt 5.2.2.2 og 5.2.4. Videre ble § 358 opphevet som foreldet, jf. NOU 1990: 2 s. 274. Med bakgrunn i faren for syfilis-smitte rammet bestemmelsen ulike forhold knyttet til det å påta seg pleie av barn eller å ansette noen til pleie av barn, avhengig av om det var barnepleieren eller barnet som var syfilitisk.

Ved straffeloven 2005 (bestemmelser tilføyd ved lov 19. juni 2009 nr. 74) er smittevernloven § 8-1 vedtatt endret. Endringen i § 8-1 er en konsekvens av at straffeloven 1902 §§ 156 og 357 ikke videreføres i straffeloven 2005. Når straffeloven § 2005 settes i kraft³⁵, skal smittevernloven § 8-1 lyde slik:

Med unntak av overtredelse av plikter etter § 5-1 eller plikter som omfattes av helsepersonellovgivningen, straffes forsettlig eller uaktsom overtredelse av loven her eller vedtak gitt med hjemmel i loven med bot eller fengsel inntil 2 år. Dersom overtredelsen har tap av menneskeliv eller betydelig skade på legeme eller helse som følge, er straffen bot eller fengsel inntil 4 år.

Overtredelser av konkrete handlingsnormer som følger av smittevernloven eller vedtak (forskrifter eller enkeltvedtak) truffet i medhold av loven, vil rammes av § 8-1. Det vil ikke være et vilkår for straff at overtredelsen har medført konkret smittefare eller smitteoverføring.

På samme måte som for straffeloven 2005 §§ 237 og 238 vil skyldkravet i smittevernloven § 8-1 etter de vedtatte endringene være forsett eller vanlig uaktsomhet. Dette da i motsetning til det alminnelige skyldkravet i straffeloven 2005 som er forsett, jf. §§ 21 til 23. Det er folkehelseargumenter som foranlediger et utvidet skyldkrav i de nevnte bestemmelsene.

Medvirkning og forsøk er straffbart, jf. straffeloven 2005 §§ 15 og 16, som gjelder for alle straff-

³⁵ Foreløpig er kun lovens kapittel 16 Folkemord, forbrytelse mot menneskeheten og krigsforbrytelse satt i kraft.

bare handlinger når ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov eller følger av tolking.

Strafferammene i smittevernloven § 8-1 slik den vil lyde med de vedtatte endringene er de samme som i straffeloven 1902 § 156, og det er ifølge Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)* s. 503 ikke meningen å endre straffutmålingsnivået. Begrepet «betydelig skade på kropp eller helse» er definert i straffeloven 2005 § 11, se nærmere i punkt 5.3.8.

Bestemmelsen i smittevernloven § 8-1 må sees i sammenheng med straffeloven 2005 §§ 237 og 238. Disse bestemmelsene er ikke direkte knyttet til smittevernloven, men rammer overføring av smitte eller det å utsette en annen for fare for smitteoverføring, jf. punkt 5.3. Tilsvarende gjelder straffeloven 1902 § 155, jf. punkt 5.2.2.

4.3.9.2 Andre bestemmelser i kapittel 8

Ved pasientskadeloven (lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv.) ble bestemmelsen i smittevernloven § 8-2 om erstatning for per-

sonskade i forbindelse med vaksinasjoner, opphevet (fra 1. januar 2003) for så vidt gjelder den offentlige helsetjenesten. Etter at pasientskadeloven fra 1. januar 2009 (ved lov 29. juni 2007 nr. 78) også er gjort gjeldende for private helsetjenester, er smittevernloven § 8-2 neppe av betydning, unntatt for eventuelle eldre saker. Se punkt 6.8 om pasientskadeloven.

I henhold til § 8-3 avgjør fylkesmannen klage over kommunalt eller interkommunalt vedtak såfremt ikke annet er bestemt i loven. I følge forarbeidene gjelder bestemmelsen vedtak fattet av kommunelegen eller andre kommunale organer, herunder kommunens helsetjeneste. Dette omfatter blant annet smitteverntiltak etter kapittel 4. Fylkesmannen må kunne prøve alle sider av det påklagede vedtak, også de skjønnsmessige hygieniske og medisinske sider, og i begrenset utstrekning skal det kunne legges vekt på det kommunale selvstyret, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd tredje punktum. Klageadgangen til fylkesmannen gjelder ikke dersom det er fastsatt annen klageordning. Det vises til spesialmotivene i Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 178.

Kapittel 5

Strafferettslig regulering – historikk, gjeldende rett, rettspraksis og vedtatte bestemmelser i ny straffelov

5.1 Historikk

Christian Vs Norske Lov av 15. april 1687 hadde ingen bestemmelser som rettet seg mot smittespredning.

Loven ble avløst av kriminalloven av 1842 (Den norske Straffelov – Lov angaaende Forbrydelser av 20. august 1842)¹. Denne lovens kapittel 13 het «Om Udbredelse af Pest eller anden almindelig smitsom Syge, samt om almenfarlig Forgiftelse».

Etter kapittel 13 §1 var det straffbart om «Nogen udbreder pestartet eller anden smitsom Syge, som medfører almindelig Fare for Menneskers Liv eller Helbred, og det har været hans Hensigt at utbrede samme». Straffen var «Strafarbeide i første Grad»² for ordinær overtredelse, men dersom noen døde som følge av handlingen, skulle «Gjerningsmanden ansees med Strafarbeide paa Livstid eller have sit Liv forbrudt».

Kriminalloven hadde også en bestemmelse i kapittel 18 «Om Løstgængighed» § 30 som lød: «Den, der vidende om at være befængt med venerisk Sygdom, bedriver Utugt med en Anden, og derved smitter denne, ansees med Fængsel eller Strafarbeide i femte Grad.»

Någjeldende straffelov er lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven 1902). Det er siden vedtagelsen i 1902 gjort

¹ Se Otto Mejlænder: *Den norske Straffelov. Lov angaaende Forbrydelser af 20de August 1842 tilligemed senere Forandringer*, Kristiania 1889. For omtale av kriminallovens bestemmelser, se Peder Kjerschow: *Straffeloven og loven om betingede domme (Lov angaaende forbrydelser af 20. august 1842 saadan som den efter senere forandringer er lydende med henvisninger til og uddrag af love, skrivelser, forarbejder og retspraksis samt lov om betingede straffedomme af 2. mai 1894 med lignende henvisninger og uddrag)*, Kristiania 1896.

² Straffarbeid ble utholdt i straffarbeidsanstalter og var gradert fra første grad (12 til 15 år) til femte grad (seks måneder til tre år).

enkelte endringer i bestemmelsene som gjelder smittsomme sykdommer, se punkt 5.2.2.1 til 5.2.2.4 og 5.2.3 til 5.2.7.

Det er vedtatt ny straffelov (lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff, straffeloven 2005) som vil erstatte straffeloven 1902, men det er foreløpig ikke klart når straffeloven 2005 vil bli satt i kraft³. Det blir trolig tidligst i 2014. Det redegjøres derfor for relevante bestemmelser i både straffeloven 1902 (punkt 5.2) og straffeloven 2005 (punkt 5.3).

5.2 Straffeloven 1902

5.2.1 Innledning

Straffeloven 1902 har flere bestemmelser hvor gjerningsbeskrivelsen på ulike måter er knyttet til smittsomme sykdommer, de fleste i kapittel 14 om «Almenfarlige Forbrydelser». Mest sentral for utvalgets arbeid er § 155 som setter straff for overføring av allmennfarlig smittsom sykdom eller fare for slik overføring, jf. punkt 5.2.2. Straffeloven 1902 § 155 videreføres i straffeloven 2005 §§ 237 og 238, jf. punkt 5.3.

De andre relevante bestemmelsene i straffeloven 1902 er svært lite i bruk og videreføres stort sett ikke som egne straffebud. Forhold som omfattes av § 154 videreføres ikke i et eget straffebud, men vil i mange tilfelle rammes av §§ 237 og 238 i straffeloven 2005. Hovedinnholdet i straffebudene i straffeloven 1902 §§ 156 og 357 overføres til smittevernloven § 8-1. Straffeloven 1902 § 154a videreføres ikke. Straffebudet i § 152a er likelydende med straffeloven 2005 § 142. Det vises til fremstillingen i punkt 5.2.3 til 5.2.7 samt punkt 5.3 og 4.3.9.1.

³ Foreløpig er kun lovens kapittel 16 om folkemord m.m. satt i kraft.

5.2.2 Straffeloven 1902 § 155

5.2.2.1 Den opprinnelige bestemmelsen

Den opprinnelige § 155 rammet den «som med Kundskab eller Formodning om at lide af smitsom Kjøns sygdom ved legemlig Omgjængelse eller ved utugtigt Forhold smitter eller udsætter nogen for Smitte».

Strafferammen var fengsel inntil tre år. Medvirkning var straffbart etter andre ledd, med samme strafferamme.

Dersom den som var blitt smittet eller utsatt for smittefare, var gjerningspersonens ektefelle, fant offentlig påtale bare sted etter vedkommendes begjæring, jf. tredje ledd.

Bestemmelsen er omtalt av Peder Kjerschow i *Almindelig borgerlig straffelov med kommentarer*, Oslo 1930, s. 431 ff. med henvisninger til forarbeidene.

Det fremgår der at det ble drøftet om ikke også den friske part burde straffes for omgang med en syfilitisk smittet, så fremt den friske kjente til sykdommen og smittefaren. Fra forarbeidene⁴ s. 165 hitsettes (i noe modernisert språkform hentet fra Kjerschow):

«Dette er unektelig den egentlige konsekvens av, at den syke straffes uten hensyn til den friske kunnskap, idet vekten legges på, at utbredelse av syfilis er et anliggende, der ikke alene vedkommer hver enkelt smittet for sig, men samfundet i sin helhet. Imidlertid kan det visstnok gjøres gjeldende, at den friske, såfremt han smittes, heri har straff nok, og at i andre tilfeller straffetruselen visstnok vil være lite effektiv, idet beviset for omgjængelsen sjelden vil kunne opdrives, særlig når den annen part ved å gjøres til medtiltalt gjøres ubrukbar som vidne.»

Bestemmelsen sto uendret fra vedtagelsen i 1902 fram til endringer i forbindelse med vedtagelse av smittevernloven i 1994, i kraft 1. januar 1995. Fram til dette gjaldt således § 155 bare kjønnssykdommer og smitteoverføring/-fare ved seksuell omgang. Det var heller ikke egne straffebestemmelser i særlovgivningen vedrørende tuberkulose.

Da hivsmitte ble aktuelt i 1980-årene, var det til å begynne med uklart om overføring av hiv kunne rammes av § 155.

Helsedirektoratet rettet i 1985 en henvendelse til Justisdepartementets lovavdeling med forespørsel om bestemmelser i straffeloven av betydning i forbindelse med hiv/aids. Lovavdelingen redegjorde i brev 1. oktober 1985⁵ for muligheten for straffeansvar etter straffeloven 1902 §§ 154, 229, 231 og 237 til 239. Straffeloven § 155 var ikke blant de bestemmelser Helsedirektoratet hadde bedt Lovavdelingen vurdere. Lovavdelingen fant derfor ikke grunn til å vurdere om uttrykket kjønnssykdom burde forstås på samme måte i straffeloven 1902 § 155 som etter kjønnssykeloven (lov 12. desember 1947 nr. 4 om åtgjerder mot kjønnssykdommer), som ikke omfattet hiv/aids.

I en senere uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling i brev av 31. desember 1986⁶, som gjaldt tvungen prøvetaking, nevnes blant annet «straffelova § 155, som truleg kan ramme ein HIV-smitta som utset andre for smitte».

Svein Slettan drøftet spørsmålet i sin artikkel *Straff og enkelte andre restriktive tiltak mot AIDS* i Lov og Rett 1987 s. 515–537, og la til grunn at hivinfeksjon var en kjønnssykdom i straffelovens forstand (se s. 515–517).

I en sak gjengitt i RG 1988 s. 288, samtykket forhørsretten⁷ i at det med hjemmel i straffeprosessloven § 157 kunne tas blodprøve av siktede for undersøkelse av om han var hivsmittet i forbindelse med siktelse etter straffeloven 1902 § 155. Retten drøftet blant annet hvorvidt hivsmitte og/eller aids kunne anses som smittsom kjønnssykdom etter straffeloven § 155 slik den da lød, selv om hiv/aids ikke ble omfattet av kjønnssykeloven.

Da Viggo Hagstrøm skrev boken *AIDS som juridisk problem* i 1988, kan det imidlertid synes som det fortsatt var uavklart om dagjeldende § 155 var anvendelig i forbindelse med hivsmitte, jf. s. 73–74.

Rt. 1992 s. 1076 gjelder domfellelse etter § 155 for å ha utsatt noen for fare for hivsmitte, og verken lagmannsretten eller Høyesterett fant da grunn til å drøfte om overføring av hiv ble omfattet av § 155. Spørsmålet ble tydeligvis avklart rundt 1990 uten at det er tydeliggjort i lov, forskrift eller dom.

5.2.2.2 Endringer i § 155 i forbindelse med smittevernloven

Med smittevernloven samlet man regelverk om smittsomme sykdommer i én lov, jf. punkt 4.2 og

⁴ Udkast til *Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. II. Motiver*. Utarbeidet av Straffelovkommisjonen nedsatt i 1885, Kristiania 1896. (Forarbeid til straffeloven 1902.)

⁵ JDLOV-1985-2995.

⁶ JDLOV-1986-2223.

⁷ Moss forhørsrett, kjennelse 10. juli 1987 i sak nr. 159/87.

4.3.1, og det var da naturlig også å gjøre virkeområdet for straffeloven § 155 mer generelt, slik at det omfatter allmennfarlige smittsomme sykdommer og smitteoverføring/-fare også på andre måter enn ved kjønnslig omgang, jf. NOU 1990: 2 s. 177–180 og Ot.prp. nr. 91 (1992–1993) s. 181.

Bestemmelsen i straffeloven 1902 § 155 ble også omformulert på andre måter, blant annet slik at «med Kundskab eller Formodning om at lide af [...]» ble erstattet av «med skjellig grunn til å tro at han er smitteførende med [...]». Betydningen av dette er ikke kommentert i forarbeidene. Det synes mest nærliggende å anta at dette var en redaksjonell endring som ikke tilsiktet noen realitetsendring.⁸

Endringene i straffeloven 1902 § 155 er omtalt i NOU 1990: 2 s. 177–180, men i svært liten grad drøftet i proposisjonen(e)⁹.

Strafferammen, som var fengsel inntil tre år, ble beholdt uendret.

Påtaleregelen ble forandret noe, slik at offentlig påtale kan finne sted ut fra allmenne hensyn selv om fornærmede er den skyldiges nærmeste.

Det ble vurdert om straffebestemmelsene om smittsomme sykdommer burde tas inn i smittevernloven. Bestemmelsene ble beholdt i straffeloven for å understreke den store vekten man mente burde legges på smittevernet på bakgrunn av hvilken alvorlig fare allmennfarlige smittsomme sykdommer kan være for folkehelsen (folkehelseargumentet), jf. NOU 1990: 2 s. 177–180 og Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 111.

Sosialkomiteen hadde ikke merknader til forslaget om endringer i straffeloven 1902 § 155 eller de andre bestemmelsene i straffeloven 1902, jf. Innst. O. nr. 37 (1993–94).

Endringene i straffeloven 1902 trådte i kraft samtidig som smittevernloven, 1. januar 1995.

Allerede samme år ble det vedtatt en tilføyelse¹⁰ i straffeloven 1902 § 155 for å klargjøre skyldkravet. Dette innebar ingen realitetsendring, men den nye ordlyden presiserer at så vel forsettlig som uaktsom overtredelse er straffbar. Strafferammen på fengsel inntil tre år for så vel forsettlig som uaktsom overtredelse, ble ikke endret.

⁸ Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 296.

⁹ Ot.prp. nr. 91 (1992–93) *Om lov om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven)* og Ot.prp. nr. 28 (1993–94) *Om lov om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven)*. Utkastet til § 155 i NOU 1990: 2 s. 292 inneholdt også en ny passus «ved sin uforsvarlige atferd» som ikke ble inntatt i departementets lovforslag.

¹⁰ Lov 23. juni 1995 nr. 35.

5.2.2.3 *Straffskjerpelse i 2003*

Ved lov 4. juli 2003 nr. 76 (i kraft 1. september 2003) ble strafferammen i straffeloven 1902 § 155 endret. Bakgrunnen var at Høyesterett i en kjennelse hadde reist spørsmål om den øvre strafferammen var vel overveid fra lovgivernes side, «særlig med sikte på overføring av HIV-infeksjon», jf. Rt. 2000 s. 195 (se s. 198). Strafferammen ble endret til fengsel i seks år, men bare for forsettlig overtredelse, slik at strafferammen for uaktsom overtredelse fortsatt er tre år.

Det er i forarbeidene til lovendringen vist til signalene fra Høyesterett og forslaget fra Straffelovkommisjonen, jf. Ot.prp. nr. 51 (2002–2003) s. 38–43. Se også punkt 5.2.2.17 sak A.17 og punkt 5.3.2.

Det ble redegjort for muligheten for å anvende § 155 i konkurrans med andre straffebud dersom smitte blir overført, noe som vil påvirke strafferammen. Det ble imidlertid uttalt at denne muligheten ikke bør ha avgjørende betydning, men at strafferammen i det enkelte straffebud først og fremst bør baseres på en konkret straffverdighetsvurdering og at strafferammene i straffeloven bør harmonere. Lengre foreldelsesfrist ble pekt på som en tilsiktet konsekvens av endringen. Om høringsinstansenes syn, se punkt 10.2.

Justiskomiteen hadde ingen merknader til forslaget utover at den støttet den foreslåtte økningen i strafferammen, jf. Innst. O. nr. 106 (2002–2003) s. 6.

5.2.2.4 *Straffebudet i § 155 slik det lyder nå*

Etter lovendringene lyder straffeloven 1902 § 155 nå slik:

§ 155. Den som med skjellig grunn til å tro at han er smitteførende med en allmennfarlig smittsom sykdom, forsettlig eller uaktsomt overfører smitte eller utsetter en annen for fare for å bli smittet, straffes med fengsel inntil 6 år ved forsettlig overtredelse og med fengsel inntil 3 år ved uaktsom overtredelse. Medvirkning straffes på samme måte. Er fornærmede den skyldiges nærmeste, finner offentlig påtale bare sted etter fornærmedes begjæring med mindre allmenne hensyn krever det.

5.2.2.5 *Allmennfarlig smittsom sykdom og smittemåter*

Begrepet «allmennfarlig smittsom sykdom» er definert i smittevernloven § 1-3, jf. punkt 4.3.2.3.

Det er i forskrift 1. januar 1995 nr. 100 om allmennfarlige smittsomme sykdommer fastsatt hvilke sykdommer som regnes som «allmennfarlig smittsom sykdom» i henhold til smittevernlovens bestemmelser, jf. vedlegg 2. Listen endres over tid. Forskriften ble sist endret i 2003.

Smittevernlovens definisjon og forskriften vil være rettleidende også i saker etter straffeloven.¹¹ Man vil naturlig ta utgangspunkt i smittevernloven og forskriften når det gjelder spørsmålet om hva som er å anse som en allmennfarlig smittsom sykdom etter § 155, men det er ikke nødvendigvis slik at retten i et hvert tilfelle er bundet av smitteavgivningens avgrensning på dette punkt, selv om det som oftest vil være samsvar. For øvrig vil det kanskje ikke være aktuelt med straffeforfølgning etter § 155 for alle typer sykdommer som omfattes av forskriften om allmennfarlige smittsomme sykdommer.

Straff etter § 155 forutsetter at den som overfører smitten, selv er smitteførende, jf. ordlyden «Den som med skjellig grunn til å tro at han er smitteførende [...] overfører smitte eller utsetter en annen for fare for å bli smittet, [...]». (Se punkt 5.2.2.9 om forsøk.)

Bestemmelsen er – etter endringene i forbindelse med smittevernloven – ikke begrenset til særskilte smittemåter. Se NOU 1990: 2 s. 69–74 om ulike smittemåter. Bratholm og Matningsdal¹² synes å legge til grunn at § 155 kan komme til anvendelse ved smitte både ved direkte og indirekte kontakt, og skriver:

«Ved direkte overføring er smitteveien minimal og smitte skjer umiddelbart. Eksempler på direkte smitteoverføring er berøring, seksuelt samkvem, dråpesmitte og blod-til-blod-smitte. Ved indirekte overføring kan det ta lang tid fra smittestoffet har forlatt kilden til det når fram til en egnet innfallsport hos et individ. Slik indirekte overføring kan skje via gjenstander som er forurenset med smittestoff, f.eks. klær, spiseredskaper, vann eller matvarer. Luftbåren smitte er en annen viktig form for indirekte smitteoverføring.»

¹¹ Se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)* s. 115, og Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 295.

¹² Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 295–296.

For at § 155 skal komme til anvendelse, må det som nevnt være en person som selv er smitteførende som utfører handlingen som fører til smitteoverføring eller smittefare. Bestemmelsen rammer således gjennomgående ikke matvareprodusenter som oppdager smittestoffer i sine produkter, men likevel ikke trekker disse tilbake. Det samme gjelder eiere av kjøletårn som ikke har satt i verk tilstrekkelige tiltak for å unngå spredning av legionellabakterier. Se punkt 5.2.3 om straffeloven 1902 § 154 som under visse forutsetninger kan ramme smittespredning som ikke omfattes av § 155.

Vilkåret om at gjerningspersonen selv er (har «skjellig grunn til å tro at han er») smitteførende er utelatt i straffeloven 2005 § 237 for at bestemmelsen skal ramme også tilfeller der smitteoverføring kan skje på andre måter enn fra en gjerningsmann som selv er smitteførende, jf. punkt 5.3.

Smittevernloven har ingen definisjon av begrepet «smitteførende», men definerer begrepet «en smittet person» i § 1-3 første ledd nr. 2. Det følger av definisjonen at man ikke nødvendigvis er smitteførende til enhver tid selv om man har en kronisk infeksjonssykdom som regnes som «smittsom sykdom», jf. punkt 4.3.2.3.

Straffebudet i § 155 er i de senere år hovedsaklig blitt brukt ved overføring av hivsmitte eller fare for dette. Det er i enkelte saker også brukt i forbindelse med henholdsvis hepatitt B og hepatitt C.

Straffeforfølgning etter § 155 for smitteoverføring/-fare gjelder gjennomgående fare oppstått ved seksuell omgang selv om bestemmelsen fra 1995 ikke lenger bare omfatter denne smittemåten. Utvalget er bare kjent med én straffesak¹³ hvor det er lagt til grunn at smitte er overført på annen måte. Retten la da til grunn at smitten kan ha skjedd ved at blod fra tiltalte kunne ha kommet inn i et sår på fornærmedes hånd.

Utvalget er ikke kjent med straffesaker i Norge som gjelder smitte fra mor til barn i forbindelse med svangerskap, fødsel eller amming. Utvalget mener for øvrig at det neppe bør tas ut tiltale dersom det skulle forekomme slik smitte, se nærmere punkt 11.2.2.5.

Utvalget er heller ikke kjent med straffesaker i Norge vedrørende smitteoverføring eller smittefare ved deling av injeksjonsutstyr, se også punkt 11.2.2.5.

¹³ Drammen tingretts dom 10. november 2009 (09-144176MED-DRAM), se punkt 5.2.2.17 sak A.5.

5.2.2.6 Smitteoverføring og fare for smitteoverføring

Det er ikke noe vilkår for domfellelse etter § 155 at smitte faktisk blir overført. Bestemmelsen rammer også det å utsette en annen for fare for smitteoverføring. Bestemmelsen kan således sies å være både et skadedelikt og et faredelikt. Det er tale om et konkret faredelikt idet det må ha oppstått faktisk smittefare.¹⁴

Bestemmelsen i § 155 angir ikke hvor stor smittefaren må være for at straffebudet skal komme til anvendelse.

Bratholm og Matningsdal¹⁵ legger til grunn at det ikke kan kreves sannsynlighet for at en annen blir smittet, og at en «nærliggende mulighet må være nok».

Warberg¹⁶ skriver at det er «tilstrekkelig at det skapes en risiko for at andre smittes. Hva som ligger i begrepet risiko er noe uklart, det er ikke nødvendig at det er sannsynlig at den andre blir smittet».

I en sak som gjaldt voldtekt og smittefare, dømte tingretten¹⁷ for forsøk på overtredelse av straffeloven 1902 § 155 i stedet for fullbyrdet overtredelse. Tingretten fant at tiltalte hadde utvist forsett med hensyn til smitteoverføring eller smittefare, men at smittefaren som følge av hivbehandling var så liten at det ikke var noen nærliggende mulighet for at fornærmede ville bli smittet, og at det derfor ikke forelå «fare» for smitte i lovens forstand. Lagmannsretten¹⁸ dømte for fullbyrdet overtredelse.

I en annen sak hvor det var påberopt at tiltalte måtte frifinnes fordi smittefaren var så lav at det ikke utgjorde «en nærliggende mulighet», drøftet tingretten¹⁹ hvilken grad av risiko som er nødvendig for å anse at noen er blitt utsatt for smittefare på en slik måte at det er straffbart etter § 155, og viste til at loven ikke angir noe bestemt krav til smitterisikoens størrelse, og at vilkåret om å utsette noen for «fare» etter rettens syn derfor er

«oppfylt hva enten denne faren er stor eller liten». Saken ble anket til lagmannsretten²⁰ og videre til Høyesterett. Høyesterett bemerket at skyldspørsmålet var avgjort av tingretten, men understreket under henvisning til de alvorlige følgene av hivsmitte at forholdet ville vært straffbart etter § 155 første straffalternativ (forsettlig overtredelse) «også om det er relativt lite sannsynlig med smitte», jf. Rt. 2006 s. 1246. Dette må derfor legges til grunn som gjeldende rett. Høyesterett viste til den sakkyndiges redegjørelse om hivbehandling, smittefare under behandling og de medisinske følgene av å ha hivinfeksjon, og bemerket at det «ikkje kan leggjast til grunn at utviklinga av nye behandlingsmetodar dei siste ti åra gir grunn til ei revurdering av behovet for strafferettsleg vern mot smittefare og smitteoverføring».

I Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)* s. 414 (spesialmotivene til § 237) uttalte departementet at det må foretas en konkret vurdering av om smitterisikoen ved ubeskyttet sex er av et slikt omfang at lovens vilkår er oppfylt når en hivsmittet er under behandling som reduserer smittefaren. Uttalelsen er knyttet til straffeloven 2005 § 237, men tilsvarende må gjelde etter straffeloven 1902 § 155.

Det kan reises spørsmål om den grad av smittefare som skal til for at det foreligger lovbrudd, avhenger av sykdommens alvorlighet. For eksempel slik at en relativt lav smitterisiko er tilstrekkelig når det gjelder en sykdom med svært alvorlige konsekvenser, mens det kreves en betydelig større smittefare for en sykdom som er mindre alvorlig og/eller lett å behandle.

Graden av risiko for smitteoverføring vil i noen grad også kunne ha betydning for straffutmålingen. Man ser i enkelte dommer at det er tillagt en viss vekt at tiltalte var til behandling som reduserte nivået av hivvirus i blodet. Det er imidlertid påpekt at det ikke er tilstrekkelig for frifinnelse at tiltalte var under behandling og virusnivået i blodet muligens hadde vært lavt. Det er vist til sakkyndiguttalelser om at det er usikkert i hvilken grad en person som er hivpositiv, er smittefarlig under slike omstendigheter, og at pasientene derfor rådes til ikke å ha ubeskyttet seksuell omgang selv om smittefaren er lavere enn for ubehandlede pasienter. I tillegg til at den medisinske kunnskapen om virusmengde i andre kroppsvæsker enn blod ikke er fullstendig, er det en rekke bevispro-

¹⁴ Se Magnus Matningsdal: *Norsk spesiell strafferett*, Bergen, 2010, s. 5 (om tilsvarende bestemmelse i straffeloven 2005 § 237).

¹⁵ Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 295.

¹⁶ Lasse A. Warberg: *Norsk helserett*, 2. utgave, Oslo 2011, s. 298.

¹⁷ Oslo tingretts dom 18. oktober 2004, se punkt 5.2.2.17 sak B.7

¹⁸ Borgarting lagmannsretts dom 23. mai 2005, RG 2005 s. 1595, se punkt 5.2.2.17 sak B.7.

¹⁹ Midhordland tingrett, TMIHO-2005-91197, se punkt 5.2.2.17 sak A.9.

²⁰ Gulating lagmannsrett, LG-2005-162323, se punkt 5.2.2.17 sak A.9.

blemer knyttet til graden av smittefare på et gitt tidspunkt ut fra virusmengde i blodet og andre forhold som er av betydning for den konkrete smittefaren hos en person. Se blant annet Rt. 2000 s. 195 og Rt. 2006 s. 1246 om betydningen for straffutmålingen. Om de medisinske aspektene ved hiv og hivbehandling, se vedlegg 1.

Smittefaren ved seksuelt overførbare infeksjoner kan reduseres vesentlig ved bruk av kondom og lignende. Dette er lagt til grunn allerede i en forhørsrettskjennelse om blodprøvetaking i 1987, jf. RG 1988 s. 288. Retten bemerket at aktsom bruk av kondom ikke gir en «100 % beskyttelse og garanti, men tilstrekkelig til at straffeloven ikke kan anvendes». Det er i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 116 uttalt i tilknytning til straffeloven 1902 § 155:

«Det er for eksempel ikke uaktsomt, og følgelig ikke straffbart, for en HIV-positiv å ha seksuell omgang dersom han eller hun tar effektive forholdsregler mot overføring av HIV-smitte. I praksis vil dette si forsvarlig bruk av kondom.»

Se også punkt 5.2.2.7.

Alternativene smitteoverføring og smittefare er likestilt i gjerningsbeskrivelsen i § 155, slik at det ikke er avgjørende i forbindelse med skyldspørsmålet å ta stilling til om det rent faktisk ble overført smitte fra tiltalte til fornærmede. Det er heller ikke ulike straffalternativer, men hvorvidt fornærmede faktisk ble smittet vil likevel være av betydning for straffutmålingen. Rettspraksis viser at det gjennomgående utmåles strengere straff når fornærmede er blitt smittet og det legges til grunn at det er tiltalte som har smittet fornærmede.

Selv om tiltalte har utsatt fornærmede for smittefare og fornærmede er smittet, kan det tenkes at fornærmede er smittet av en annen person enten før eller etter at tiltalte utsatte fornærmede for smittefare. Om det ikke anses bevist at det var tiltalte som overførte smitten, kan tiltalte likevel dømmes for å ha utsatt fornærmede for smittefare, eller eventuelt forsøk på dette, jf. punkt 5.2.2.9.

Om de rettsmedisinske undersøkelser som kan være aktuelle i forbindelse med hivinfeksjon, se vedlegg 1. Undersøkelsene kan i de fleste tilfeller ikke gi absolutt sikkert svar på hvem en person er smittet av, men kan i noen tilfeller gi opplysninger som utelukker at viruset er overført fra en bestemt person til en annen eller ved en bestemt anledning.

5.2.2.7 Skyldkrav

Skyldkravet i straffeloven 1902 § 155 er forsett eller uaktsomhet, som nå er regulert i to ulike straffalternativer med ulik strafferamme. Det er tilstrekkelig med simpel (alminnelig) uaktsomhet, men graden av uaktsomhet vil kunne ha betydning for straffutmålingen.

I rettspraksis er det gjennomgående domfellelser for forsettlig overtredelse. Dette kan ha sammenheng med at det ikke er nødvendig å bevise at det foreligger forsett med hensyn til smitteoverføring. Det er tilstrekkelig at det foreligger forsett med hensyn til det å utsette en annen for smittefare, i og med at alternativene smitteoverføring og smittefare er likestilt i gjerningsbeskrivelsen i straffebudet.

Det må antas at det sjelden foreligger hensiktsforsett fra gjerningspersonens side, det vil si at han eller hun handler i den hensikt å smitte noen eller har til hensikt å utsette noen for smittefare.

Derimot vil det ofte foreligge visshets- eller sannsynlighetsforsett hos en gjerningsperson som vet at han eller hun er smitteførende, i og med at det er tilstrekkelig at han eller hun handler med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig vil utsette den annen for smittefare.

Eventuelt forsett (*dolus eventualis*) kan særlig være aktuelt for gjerningspersoner som ikke vet, men har skjellig grunn til å tro at han eller hun er smitteførende, jf. nedenfor. Det er tilstrekkelig for å konstatere skyld i form av eventuelt forsett at gjerningspersonen holdt det for mulig at handlingen ville medføre fare for smitteoverføring, og valgte å handle selv om dette skulle være tilfelle (den positive innvilgelsesteori).

Kjerschow²¹ skriver at det for straffbarhet i tillegg til kunnskap eller formodning om å lide av sykdommen kreves «bevissthet om, at man i tilfelle smitter eller utsetter noen herfor».

Utvalget har kjennskap til kun to saker hvor det er dømt for uaktsom overtredelse av § 155. Den ene saken²² gjaldt overføring av hepatitt C. Omstendighetene av betydning for skyldspørsmålet synes ut fra domspremissene ikke å skille seg vesentlig fra mange av sakene hvor det er dømt for forsettlig overtredelse, og det fremgår

²¹ Peder Kjerschow: *Almindelig borgerlig straffelov med kommentarer*, Oslo 1930, s. 432.

²² Øst-Finnmark tingrett (TOSFI-2010-175101), jf. Hålogaland lagmannsretts dom 9. mars 2011 (LH-2010-201878; 10-201878AST-HALO), se punkt 5.2.2.17 sak B.1.

ikke hvorfor det er tatt ut tiltale og domfelt for uaktsom overtredelse. Den andre saken²³ gjaldt to forhold, og det ble dømt for en forsettlig og en uaktsom overtredelse. I et par andre saker²⁴ har retten frifunnet tiltalte på enkelte av en rekke tiltalepunkter etter å ha vurdert det dit hen at han ikke hadde utvist skyld for disse forholdene verken i form av forsett eller uaktsomhet. Om omstendighetene i sakene, se punkt 5.2.2.17.

En særregulering av skyldkravet ligger for øvrig i formuleringen «med skjellig grunn til å tro at han er smitteførende». Dette gjelder uavhengig av om det for øvrig er tale om forsettlig eller uaktsom overtredelse av § 155. I Ot.prp. nr. 51 (2002–2003) s. 49 heter det: «Forsettlege lovbrutt må lesast med det atterhaldet at det er tilstrekkelig at vedkomande har skjellig grunn til å tru at han eller ho er smitteberande.»

I Norsk Lovkommentar²⁵ bemerkes til dette at «[...] «skjellig grunn» egentlig ikke er noen reservasjon fra forsettskravet, idet «skjellig grunn» må forstås som et krav om at gjerningspersonen har regnet det mest sannsynlig at vedkommende er smittebærende. Dette er tilstrekkelig til forsett, [...]»

Bratholm og Matningsdal²⁶ skriver at det er noe uklart hvilket krav loven stiller til gjerningspersonens bevissthet om sykdommen. De legger til grunn at det ikke er nødvendig at gjerningspersonen holder det for sannsynlig at han lider av en sykdom som loven omfatter, men at det er tilstrekkelig at han «innser muligheten og holder denne for å være forholdsvis nærliggende».

Det legges også i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 116 til grunn at det er tilstrekkelig etter § 155 at gjerningspersonen innser muligheten for at han eller hun er smitteførende med en allmennfarlig smittsom sykdom og holder denne muligheten for forholdsvis nærliggende. Det heter videre at gjerningspersonen må ha hatt mistanke om at han eller hun er smittet, og at det må foreligge spesielle omstendigheter som gir grunn til slik mistanke. Det nevnes som eksempel at det å ha hatt ubeskyttet seksuell omgang med en tilfeldig person i utgangspunktet ikke er nok til å si at vedkommende har skjellig grunn til å tro at han eller

hun er smitteførende med for eksempel hiv, selv om man ikke har latt seg teste etterpå. På den annen side er det ikke nødvendig for straff at gjerningspersonen vet eller legger til grunn som mest sannsynlig at han eller hun er smitteførende.

Skeie²⁷ skriver i tilknytning til det avvikende skyldkravet at tiltalte ikke behøver å ha tenkt seg tilstanden som overveiende sannsynlig, og at det derav følger at det «heller ikke kreves sådan bevissthet m.h.t. virkningen». Hagstrøm²⁸ uttaler på lignende måte: «Følgelig kan det heller ikke kreves forsett m.h.t. virkningen.»

Om skyld i relasjon til selve handlingen heter det i Ot. prp. nr. 22 (2008–2009) s. 116 at det er tilstrekkelig for straffansvar etter straffeloven 1902 § 155 at gjerningspersonen burde innse muligheten for at den andre kan bli smittet. Det legges til grunn at skyldkravet ikke er oppfylt dersom gjerningspersonen tar effektive forholdsregler mot overføring av smitte. Som eksempel nevnes at det ikke vil være uaktsomt, og derfor ikke straffbart, dersom en hivsmittet har seksuell omgang med forsvarlig bruk av kondom.

Warberg²⁹ legger til grunn uten nærmere drøftelse at «[d]ersom man bruker kondom vil ikke straffansvar inntre».

Riksadvokaten har i brev 28. juni 2011 til utvalget uttalt at saker «henlegges gjerne etter bevisets stilling dersom smittebærer har iverksatt adekvate forholdsregler for å unngå smitte, for eksempel forsvarlig bruk av kondom».

I en sak³⁰ var det tatt ut tiltale etter § 155 første straffalternativ (forsettlig overtredelse) for blant annet et forhold der kondomet hadde sprukket ved noen av de samleiene tiltalte hadde hatt med fornærmede. Tiltalte ble frifunnet på dette punktet. Retten la til grunn at «ved bruk av kondom vil faren for overføring av HIV-smitte vere så sterkt redusert at faren ikkje lenger er «forholdsvis nærliggende». Dermed handla ikkje [tiltalte] med forsett med omsyn til smittefaren med mindre han forsto at det var «forholdsvis nærliggende» at kondoma ville sprekke.» Retten fant det ikke bevist hvorfor kondomene sprakk og bemerket blant annet at det «ikkje er bevist ut over rimeleg tvil at [tiltalte] forsto at han måtte bruke større kondom enn det som er vanleg for å sikre seg at kondomet

²³ Drammen tingretts dom 10. november 2009 (09-144176MED-DRAM), se punkt 5.2.2.17 sak A.5.

²⁴ Se punkt 5.2.2.17 sak A.2 og A.4.

²⁵ Norsk Lovkommentar, Gyldendal rettsdata (2012), note 1330 til straffeloven (til § 155), skrevet av Magnus Matningsdal.

²⁶ Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 296.

²⁷ Jon Skeie: *Den norske strafferett, Annet bind, Den spesielle del*, 2. utg., Oslo 1946, s. 67.

²⁸ Viggo Hagstrøm: *AIDS som juridisk problem*, Oslo, 1988 s. 73–74.

²⁹ Lasse A. Warberg: *Norsk helse rett*, 2. utgave, Oslo 2011, s. 299.

³⁰ Oslo tingretts dom 1. juni 2011, (11-053549 MED-OTIR/04), se punkt 5.2.2.17 sak A.2.

ikkje sprakk under samleia». Retten frifant på grunn av manglende subjektiv skyld. Retten drøftet ikke om det var grunnlag for å dømme for uaktsom overtredelse, men bemerket under behandlingen av fornærmedes oppreisningskrav at retten ikke fant det bevist at tiltalte hadde handlet grovt uaktsomt. Tiltalte ble i samme sak domfelt for en rekke tilfeller av ubeskyttet seksuell omgang med andre kvinner.

I rettspraksis har det sjelden vært tema hvorvidt tiltalte visste eller antok at han eller hun var smitteførende. Det er stort sett bare reist tiltale der gjerningspersonen var kjent med at han eller hun hadde en allmennfarlig smittsom sykdom, i all fall på gjerningstidspunktet for de fleste av forholdene tiltalen har omfattet. Spørsmålet om det å ha ubeskyttet sex med en eller flere seksualpartnere er tilstrekkelig til å oppfylle kravet om «skjellig grunn til å tro at han er smitteførende» er derfor sjelden kommet på spissen.

I en sak³¹ la tingretten til grunn at det hadde fremstilt seg som mulig for tiltalte at han kunne være smittet av hiv da han hadde seksuell omgang med den ene av de fornærmede i saken, og at han holdt det for sikkert eller mest sannsynlig at han var smittet da han var sammen med de to andre fornærmede. Retten konstaterte derfor at det forelå forsett i form av eventuelt forsett i det ene tilfellet og sannsynlighetsforsett i de andre tilfellene.

I en annen sak³² ble tiltalte frifunnet for ett av en rekke forhold fordi det muligens fant sted før han var kjent med at han var smittet. Retten fant ikke tilstrekkelig bevis for at han hadde hatt skjellig grunn til å tro at han var smitteførende.

I samme sak ble tiltalte frifunnet for et annet tilfelle fordi det ikke var bevist at tiltalte visste at det forelå smittefare ved den aktuelle formen for seksuell omgang (oralsex med tiltalte som den reseptive part). Retten fant heller ikke tilstrekkelig bevis for å legge til grunn at tiltalte opptrådte uaktsomt på dette punkt.

I en sak³³ erkjente tiltalte de faktiske forhold, men nektet straffeskyld fordi han hevdet at han var overbevist om at han ikke var smitteførende. Dette til tross for at han forut for forholdene saken gjaldt, hadde fått påvist at han var hivposi-

tiv. Retten fant at tiltalte ikke var i faktisk villfarelse med hensyn til at det var «forholdsvis nærliggende» at han var smitteførende, og dømte for 12 forsettlige overtredelser av § 155. Retten viste til omstendighetene i saken, herunder flere hivstester, informasjon fra leger og tiltaltes atferd, og uttalte blant annet at en eventuell «uvitenheit om at han var smitteførende, skuldast dermed at han med viten og ikkje ville ta inn over seg at han var det».

Lagmannsretten bemerket i en sak³⁴ hvor tiltalte hadde utsatt fornærmede for fare for hivsmitte blant annet ved voldtekt:

«Den omstendighet at han var kjent med at det som følge av vellykket behandling var liten risiko for smitte, kan ikke innebære at lovbruddet bedømmes som uaktsomt utført når det dreier seg om en voldtekt. Det er en handling som enhver, også tiltalte vet er en risikohandling i forhold til smitteoverføring. Etter lagmannsrettens oppfatning må straffeloven § 155 forstås slik at en som har skjellig grunn til å tro at han er smitteførende med en allmennfarlig smittsom sykdom og som forsettlig utsetter en annen for en handling som innebærer en smiterisiko, vil være skyldig i forsettlig overtredelse.»

Har gjerningsmannen handlet i selvforskyldt rus framkalt ved alkohol eller andre midler, skal retten se bort fra beruselsen ved bedømmelsen av om handlingen var forsettlig, jf. straffeloven 1902 § 40 første ledd andre punktum. Som det fremgår i punkt 5.2.2.8 fritar heller ikke bevisstløshet som følge av slik rus, for straff.

5.2.2.8 Andre betingelser for straffbarhet

Etter straffeloven 1902 §§ 44 til 46 straffes ikke den som på handlingstiden var under 15 år, eller som var psykotisk, bevisstløs eller psykisk utviklingshemmet i høy grad. Bevisstløshet som er en følge av selvforskyldt rus, framkalt ved alkohol eller andre midler, utelukker imidlertid ikke straff.

Faktisk villfarelse kan foreligge dersom gjerningspersonen tar feil av hvilken sykdom han eller hun har, og tror at denne sykdommen ikke er en allmennfarlig smittsom sykdom. Dersom villfarelsen er uaktsom, kan straff anvendes i og med at straffebudet også rammer uaktsomme overtredel-

³¹ Bergen tingretts dom av 19. januar 2011, (10-166070MED-BBYR/03), se punkt 5.2.2.17 sak A.3.

³² Oslo tingretts dom 16. oktober 2009, (TOSLO-2009-72013), jf. Borgarting lagmannsretts dom 15. februar 2010 (LB-2009-184929; 09-184929AST-BORG/01), se punkt 5.2.2.17 sak A.4.

³³ Oslo tingretts dom 1. juni 2011, (11-053549 MED-OTIR/04), se punkt 5.2.2.17 sak A.2.

³⁴ Borgarting lagmannsretts dom 23. mai 2005 (LB-2004-75159, RG 2005 s. 1595), se punkt 5.2.2.17 sak B.7.

ser. Det ses bort fra uvitenhet som følge av selvforkyldt rus. I slike tilfeller blir gjerningsmannen bedømt som om han var edru. Se straffeloven 1902 § 42.

Rettsvillfarelse kan foreligge dersom gjerningspersonen vet hvilken sykdom det er, men uriktig tror at sykdommen ikke er en allmennfarlig smittsom sykdom i straffelovens forstand. Bare unnskyldelig rettsvillfarelse fritar for straff.

Det må legges til grunn at personer som i Norge får diagnostisert eller får videre oppfølging av en allmennfarlig smittsom sykdom, blir informert smittemåter og forholdsregler for å unngå å smitte andre, i tråd med smittevernlovens bestemmelser, jf. punkt 4.3.3.1 og 4.3.6.

Alle de vanlige straffrihetsgrunnene kan i prinsippet komme til anvendelse i forbindelse med § 155, men det er i slike saker lite praktisk med straffrihet for eksempel på grunn av nødrett (§ 47), nødverge (§ 48) eller selvtekt. Derimot er det åpenbart at straff ikke vil komme til anvendelse mot en smitteførende person (med seksuelt overførbart infeksjon) som blir utsatt for voldtekt og på den måten smitter den som utførte voldtekten.³⁵ Dette må følge av den ulovfestede rettsstridsreservasjonen som innebærer at et straffebud ikke kan anvendes på alle tilfeller som dekkes av ordlyden i straffebudet. Selv om det ikke foreligger noen lovfestet straffrihetsgrunn, kan særegne omstendigheter tilsi at straffebudet ikke kommer til anvendelse.³⁶

5.2.2.9 Fullbyrdet overtredelse og forsøk

Det foreligger straffbart forsøk når en forbrytelse ikke er fullbyrdet, men det er foretatt «Handling, hvorved dens Udførelse tilsigtedes paabegynt», jf. straffeloven 1902 § 49. Forsøk i strafferettens forstand krever ikke at gjerningspersonen har til hensikt eller ønske om å gjøre det straffebudet rammer.

Overtredelse av § 155 er fullbyrdet så snart noen er utsatt for smittefare.³⁷ Det er ikke slik at kun tilfeller der smitte faktisk overføres, er å anse som fullbyrdet overtredelse av § 155, mens det å utsette en annen for smittefare bare regnes som

forsøk. Det kan imidlertid også forekomme forsøk på overtredelse av § 155.

I en sak³⁸ ble en hivpositiv mann domfelt for en rekke overtredelser av § 155. Tre av forholdene ble behandlet som forsøk. Ett tilfelle fordi tiltalte forsøkte, men ikke lyktes i å gjennomføre samleie med fornærmede. I de to andre tilfellene ble det dømt for forsøk fordi de fornærmede muligens var smittet på forhånd. Tingretten la til grunn en sakkyndig uttalelse om at det er mulig å smitte en allerede hivpositiv med et annet hivvirus, men at man neppe blir sykere eller mindre disponibel for behandling av slik resmitte. Videre ble det lagt til grunn at det ikke er påvist at sykdomssymptomene bryter ut på et tidligere tidspunkt eller at man blir mer disponert for å smitte andre selv om man smittes på ny. Ut fra disse forutsetningene fant tingretten at det ikke var grunnlag for å dømme for fullbyrdet overtredelse av § 155. Det heter i dommen: «Siden formålet med bestemmelsen i straffeloven § 155 er å hindre utbredelse av smittsomme almenfarlige sykdommer, må det derfor antas at den ikke rammer det forhold at en allerede hivsmittet blir smittet med et annet hivvirus. Det foreligger derfor et utjenlig forsøk [...]».

I en annen sak³⁹ frifant tingretten tiltalte fordi det viste seg at fornærmede trolig allerede var smittet før den smittefarlige handlingen som tiltalen gjaldt. Lagmannsretten opphevet dommen fordi tingretten skulle ha vurdert om vilkårene var til stede for å domfelle for forsøk på overtredelse av § 155. Da saken kom opp for tingretten på ny, var det tatt ut tiltale etter § 155, jf. § 49 (forsøk), og retten dømte for utjenlig forsøk på overtredelse av § 155 idet retten la til grunn at det ikke kan anses som fullbyrdet overtredelse å utsette en person som allerede er hivsmittet, for slik smitte. Dommen er anket.

Rettspraksis er imidlertid ikke ensartet med hensyn til tilfeller hvor fornærmede var, eller muligens var, smittet på forhånd.

I en sak⁴⁰ fra 2005 tok ikke retten stilling til om fornærmede var smittet av tiltalte. Det kunne ikke utelukkes at fornærmede var smittet av en

³⁵ Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 296.

³⁶ Magnus Matningsdal: *Norsk spesiell strafferett*, Bergen 2010, s. 7.

³⁷ Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 296.

³⁸ Oslo tingretts dom 16. oktober 2009 (TOSLO-2009-72013; 09-072013MED-OTIR/05), jf. Borgarting lagmannsretts dom 15. februar 2010 (LB-2009-184929; 09-184929AST-BORG/01), se punkt 5.2.2.17 sak A.4.

³⁹ Bergen tingretts dom 10. februar 2011, (10-176449MED-BBYR/01), jf. Gulating lagmannsretts dom 13. april 2011, (LG-2011-56362), se punkt 5.2.2.17 sak A.1. Ny ankeforhandling er berammet til februar 2013.

⁴⁰ Sunnhordland tingretts dom 11. juli 2005, (TSUHO-2005-45579), RG 2006 s. 259, se punkt 5.2.2.17 sak A.13.

annen, og dette kunne etter omstendighetene ha skjedd før tiltalte utsatte henne for smittefare. Retten viste til at det er tilstrekkelig for domfellelse å utsette en annen for smitterisiko, og domfelte for fullbyrdet overtredelse av § 155.

I en sak⁴¹ fra 2011 ble det domfelt for fullbyrdet overtredelse av § 155 selv om det ut fra sammenligning av virustypene var mest sannsynlig at fornærmede i dette tiltalepunktet var smittet av en annen enn tiltalte. Retten tok ikke stilling til om fornærmede allerede var smittet da hun hadde seksuell omgang med tiltalte. Retten viste til at tiltalte uansett hadde utsatt fornærmede for smittefare og at en person som allerede er hivpositiv, kan bli smittet med en annen subtype av hivvirus.

Utvalget bemerker at oppdatert medisinsk kunnskap tyder på at det vil kunne være uheldig å bli utsatt for ny hivsmitte selv om man allerede er smittet. Man taler om «superinfeksjon» der en hivsmittet person smittes med hivvirus av en annen stamme, noe som trolig vil kunne føre til økte problemer helsemessig og behandlingmessig, jf. vedlegg 1. Dersom det legges til grunn at det er uheldig medisinsk sett å bli utsatt for ny smitte med en sykdom selv om man allerede er smittet, vil det bero på en tolkning av § 155 om man i slike tilfeller kan si at gjerningspersonen «overfører smitte eller utsetter en annen for fare for å bli smittet», eller om det kun kan dømmes for forsøk på overtredelse av § 155. Utvalget legger til grunn at resmitte med hivvirus vil kunne føre til forverret sykdomstilstand, og at det derved i slike tilfeller vil kunne dømmes for (fullbyrdet) overtredelse av § 155. Utvalget mener imidlertid det er liten grunn til å ta ut tiltale i denne type saker i og med at handlingen under slike omstendigheter ikke fører til smittespredning til nye individer, og særlig der det på forhånd var kjent for begge at også den andre var hivpositiv. Det kan også spørres hvem av de to som i så fall skal straffeforfølges, eller eventuelt begge. Se også punkt 11.2.2.5.

Dersom gjerningspersonen visste eller la til grunn at fornærmede var smittet på forhånd, og kanskje nettopp derfor hadde ubeskyttet seksuell omgang med ham eller henne, vil dette for øvrig kunne være av betydning ved vurderingen av om gjerningspersonen har utvist skyld i form av forsett eller uaktsomhet.

I en sak som gjaldt voldtekt og smittefare, dømte tingretten⁴² for forsøk på overtredelse av straffeloven 1902 § 155 i stedet for fullbyrdet over-

tredelse. Tingretten fant at tiltalte hadde utvist forsett med hensyn til smitteoverføring eller smittefare, men at smittefaren som følge av hivbehandling var så liten at det ikke var noen nærliggende mulighet for at fornærmede ville bli smittet, og at det derfor ikke forelå «fare» for smitte i lovens forstand. Lagmannsretten⁴³ dømte for fullbyrdet overtredelse.

Det vil trolig kunne anses som et absolutt utjenlig forsøk dersom en person som tror han er smitteførende, jf. ordlyden «med skjellig grunn til å tro at han er smitteførende», men i virkeligheten ikke er det, utfører en handling som ville utsatt en annen for smittefare dersom han hadde vært smitteførende. Handlingen kan i prinsippet være straffbar som forsøk til tross for at den i virkeligheten ikke er farlig, fordi forholdene etter gjerningspersonens oppfatning var slik at gjerningsbeskrivelsen var oppfylt, og gjerningspersonen likevel foretok handlingen.⁴⁴ I slike tilfeller vil det imidlertid sjelden komme til straffeforfølgning.

Det er ingen særskilt strafferamme for forsøk, men omstendighetene vil ha betydning for straffutmålingen, jf. straffeloven 1902 § 51.

5.2.2.10 Medvirkning

Etter § 155 andre punktum straffes medvirkning «på samme måte». Medvirkning er således straffbart, og strafferammen er den samme som for hovedgjerningspersonen. Den omstendighet at det er tale om medvirkning, vil imidlertid kunne ha betydning ved straffutmålingen.

Skeie⁴⁵ nevner at straffbar medvirkning kan bestå i «forledelse eller tilskyndelse eller ytelse av husrom til legemlig omgjengelse».

Utvalget er ikke kjent med noen domfellelser for medvirkning til overtredelse av § 155, men ser at dette kan være aktuelt der to personer som begge vet at den ene er smitteførende, gjennomfører ubeskyttet samleie med en tredje person ved en anledning der alle tre er involvert.

⁴² Oslo tingretts dom 18. oktober 2004, se punkt 5.2.2.17 sak B.7.

⁴³ Borgarting lagmannsretts dom 23. mai 2005, RG 2005 s. 1595, se punkt 5.2.2.17 sak B.7.

⁴⁴ Johs. Andenæs: *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo 2004, s. 352–353; Magnus Matningsdal og Anders Brat-holm: *Straffeloven med kommentarer. Første Del. Almindelige bestemmelser*, 2. utg., Oslo 2003 s. 431; Ståle Eskeland: *Strafferett*, 2. utg., Oslo 2006, s. 212.

⁴⁵ Jon Skeie: *Den norske strafferett, Annet bind, Den spesielle del*, 2. utg., Oslo 1946, s. 67.

⁴¹ Oslo tingretts dom 1. juni 2011, (11-053549 MED-OTIR/04), se punkt 5.2.2.17 sak A.2.

5.2.2.11 Samtykke og påtaloregel

Samtykke fra den som smittes eller utsettes for smittefare, fritar ikke for straff etter § 155, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 116.

Straffeloven 1902 har ikke generelle regler om når samtykke virker straffriende. Etter § 235 første ledd virker samtykke straffriende ved handlinger som omhandlet i § 228 (legemsfornærmelse) og § 229 (legemsbeskadigelse). Samtykke fritar derimot ikke for straff dersom noen er drept eller tilføyet «betydelig Skade paa Legeme eller Helse», men straffen kan nedsettes under det ellers bestemte lavmål og til en mildere straffart, jf. § 235 andre ledd. Forbrytelsens alvor er altså avgjørende for samtykkets virkning i forbindelse med legemsfornærmelser og legemsbeskadigelser.

I rettspraksis er det utviklet et prinsipp om at samtykke ikke fritar for straff etter straffebud som skal verne offentlige interesser. Straffebudet i § 155 skal verne den offentlige interessen i å beskytte befolkningen mot spredning av allmennfarlige smittsomme sykdommer. Bestemmelsen er satt til å verne folkehelsen, ikke bare det enkelte individ. Samtykke fritar derfor ikke for straff.

Samtykke vil imidlertid kunne tillegges vekt under straffutmålingen. I rettspraksis er det få tilfeller hvor samtykke har vært et tema. I de fleste sakene har gjerningspersonen fortiet eller benektet at han eller hun er smitteførende.

I en sak⁴⁶ var det på grunn av språkproblemer uklart om fornærmede hadde forstått tiltaltes klare forsøk på å formidle at han var hivpositiv. Tross flere forsøk på dette skal fornærmede ha insistert på å ha seksuell omgang, og bruk av smittebeskyttelse synes ikke å ha vært tema mellom partene. Tiltalte ble domfelt idet retten viste til at samtykke uansett ikke har straffriende virkning. Omstendighetene ble vektlagt i straffutmålingen. Retten pekte på at det ikke dreide seg om noen kynisk utnyttelse, men at tiltalte ikke hadde «vist tilstrekkelig karakterfasthet», og at tilfellet var mindre klanderverdig enn saken i Rt. 2002 s. 606. Straffen ble satt til seks måneders fengsel hvorav tre måneder betinget.

Selv om § 155 (også) skal verne offentlige interesser, anses den som er utsatt for smitte eller smittefare, som fornærmet, jf. ordlyden i § 155 siste punktum.

Uavhengig av om det er avgitt samtykke på forhånd, vil den særskilte påtaloregelen i § 155 siste punktum under visse forutsetninger kunne hindre at det tas ut tiltale mot fornærmedes ønske. Bestemmelsen lyder: «Er fornærmede den skyldiges nærmeste, finner offentlig påtale bare sted etter fornærmedes begjæring med mindre allmenne hensyn krever det.» Bestemmelsen skal hindre støtende rettsforfølgninger av forhold mellom nærstående. Det kreves i slike tilfeller altså enten påtalebegjæring fra fornærmede eller allmenne hensyn.

Hvem som regnes som noens «nærmeste» er definert i straffeloven 1902 § 5, og omfatter «Ægtefælle, beslægtede i like Linje, Søskende og lige nær besvogrede, Fosterforældre og Fosterbørn samt forlovede». Dette gjelder også etter oppløsning av ekteskap med hensyn til hendelser som fant sted før oppløsningen. Når to personer bor fast sammen under ekteskapslignende forhold, likestilles dette med ekteskap. Dette må gjelde også par av samme kjønn i og med at ekteskapsloven nå er kjønnsnøytral. Som besvogret anses også den besvogredes ektefelle.

Det må antas at allmenne hensyn gjennomgående lettere vil gjøre seg gjeldende når fornærmede for eksempel er gjerningspersonens barn, enn når fornærmede er ektefelle eller person som lever i ekteskapslignende forhold med gjerningspersonen.

I andre tilfeller er påtalen ubetinget offentlig, jf. straffeloven 1902 § 77. Om påtale og samtykke etter ny straffelov, se punkt 5.3.7.

5.2.2.12 Geografisk virkeområde

Norsk straffelov får anvendelse på overtredelse av § 155 også når overtredelsen har funnet sted i utlandet dersom handlingen er begått av en norsk statsborger eller «noen i Norge hjemmehørende person», jf. straffeloven 1902 § 12 nr. 3 litra a. Et eksempel fra rettspraksis er en sak⁴⁷ hvor en norsk mann ble domfelt for å ha utsatt en kvinne i Thailand for fare for hivsmitte.

5.2.2.13 Konkurrens med andre straffebud

Straffebudet i § 155 kan anvendes i konkurrens med andre straffebud, det vil si anvendes samtidig for samme forhold fordi straffebudene er satt til å verne ulike interesser (idealkonkurrens).

⁴⁶ Sunnhordland tingretts dom 11. juli 2005, (TSUHO-2005-45579), RG 2006 s. 259, se punkt 5.2.2.17 sak A.13.

⁴⁷ Sunnhordland tingretts dom 11. juli 2005, (TSUHO-2005-45579), RG 2006 s. 259, se punkt 5.2.2.17 sak A.13.

Det er eksempler i rettspraksis på at det er tatt ut tiltale etter straffeloven § 155 i konkurrans med straffeloven § 192 (voldtekt), § 196 (seksuell omgang med barn under 16 år) eller § 198 (samleie med bror eller søster). De fleste av disse sakene gjaldt smittefare, ikke faktisk smitteoverføring. I saker hvor smitte faktisk er overført, antas at det i en del tilfelle i stedet tas ut tiltale etter bestemmelser om forhøyet strafferamme som flere av straffebudene om seksualforbrytelser har dersom fornærmede som følge av handlingen dør eller får betydelig skade på legeme eller helse. Seksuelt overførbart sykdom og allmennfarlig smittsom sykdom regnes alltid som betydelig skade på legeme eller helse etter disse bestemmelsene, jf. for eksempel § 192 tredje ledd bokstav d. Det er tilsvarende bestemmelser om forhøyet strafferamme inntil 21 års fengsel i §§ 195 og 196 om seksuell omgang med mindreårige under henholdsvis 14 og 16 år.

Høyesterett uttalte i Rt. 2000 s. 195 (på s. 198) at § 155 i prinsippet kan «nyttes i konkurrans med bestemmelsene om legemsfornærmelser, eventuelt sedelighetsforbrytelser». Det ble vist til dette i forarbeidene til lovendringen i 2003, men det ble ikke tillagt avgjørende betydning som argument mot å heve strafferammen. Det er også i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 118 lagt til grunn at straffeloven 1902 § 155 kan anvendes i konkurrans med straffebestemmelser som rammer legemsbeskadigelse, som tar sikte på å verne enkeltpersoners legemlige integritet, fordi § 155 i hovedsak skal ivareta samfunnsmessige interesser ved å verne folkehelsen.

Utvalget har ikke funnet eksempler i rettspraksis på at det er tatt ut tiltale etter § 155 i konkurrans med annet enn seksualforbrytelser, for eksempel § 229 om legemsbeskadigelse eller andre bestemmelser i straffeloven 1902 kapittel 22 om forbrytelser mot liv, legeme og helse.

I en del andre land er det i hovedsak straffebud om legemsskade og lignende som anvendes ved smitteoverføring. I enkelte land tas det regelmessig ut tiltale etter straffebud om legemsskade i konkurrans med særskilt straffebud om smitteoverføring/-fare. Se kapittel 7 om utenlandsk rett.

Da Viggo Hagstrøm skrev boken *AIDS som juridisk problem* i 1988, synes det som nevnt i punkt 5.2.2.1, uavklart om dagjeldende § 155 som rettet seg mot «smittsom Kjøns sykdom», var anvendelig i forbindelse med hivsmitte. I bokens punkt om straffansvar for smitteoverføring⁴⁸ drøf-

⁴⁸ Viggo Hagstrøm: *AIDS som juridisk problem*, Oslo 1988, s. 61 ff.

tes blant annet hva som skal til for å dømme for overtredelse av straffelovens skadedelikter som § 229 om legemsbeskadigelse, § 231 om grov legemsbeskadigelse, eventuelt § 237 om uaktsom forvoldelse av «Arbeidsudygtighet, Sygdom, Lyde, Feil eller Skade», § 238 om uaktsom forvoldelse av betydelig skade på legeme eller helse eller § 239 om uaktsomt drap.

Svein Slettan la allerede i sin artikkel *Straff og enkelte andre restriktive tiltak mot AIDS* i Lov og Rett 1987 s. 515–537 til grunn at § 155 omfattet hivsmitte, men drøftet også hvilke andre straffebestemmelser som kunne komme til anvendelse ved overføring av hivsmitte m.m. (s. 519–524).

I en dom⁴⁹ om overtredelse av § 155 bemerket lagmannsretten i forbindelse med straffutmåling at «HIV-infeksjon er å anse som betydelig skade etter straffeloven § 9», uten at det hadde direkte betydning i denne sammenheng om tilstanden omfattes av begrepet «betydelig skade».

5.2.2.14 Strafferamme, straffarter m.m.

Strafferammen i § 155 er etter lovendringen i 2003 inntil seks års fengsel for forsettlig overtredelse og inntil tre års fengsel for uaktsom overtredelse. Ved domfellelse for flere overtredelser av samme straffebud (realkonkurrans) økes strafferammen til det dobbelte, jf. straffeloven § 62.

En rekke domfellelser etter § 155 gjelder flere forhold. I en sak⁵⁰ var det så mange som 16 fornærmede, og domfellelsen omfattet 13 av disse, mens det ble frifunnet for tre forhold. Utvalget er likevel ikke kjent med noe tilfelle der det er idømt straff utover de ordinære strafferammene.

Den ordinære strafferammen på seks års fengsel for forsettlig overtredelse er heller ikke utnyttet fullt ut. De tilfellene hvor straffen har nærmet seg dette nivået, gjelder domfellelse for flere forhold.

Det er enkelte eksempler i rettspraksis etter § 155 på at fengselsstraffen er gjort helt⁵¹ eller delvis betinget. Bøtestraff kan idømmes sammen med frihetsstraff selv om dette ikke er fastsatt i straffebudet, jf. straffeloven 1902 § 26a. Utvalget har ikke sett eksempler på dette i rettspraksis vedrørende § 155.

⁴⁹ Borgarting lagmannsretts dom 15. februar 2010, (LB-2009-184929), se punkt 5.2.2.17 sak A.4.

⁵⁰ Oslo tingretts dom 16. oktober 2009 (TOSLO-2009-72013), jf. Borgarting lagmannsretts dom 15. februar 2010 (LB-2009-184929; 09-184929AST-BORG/01), se punkt 5.2.2.17 sak A.4.

⁵¹ Bergen tingretts dom 18. juni 2012 (11-162188MED-BBYR/02), ikke rettskraftig, se punkt 5.2.2.17 sak A.1.

Samfunnsstraff kan idømmes i stedet for frihetsstraff under visse forutsetninger, jf. straffeloven 1902 § 28a. Utvalget er ikke kjent med at det er idømt samfunnsstraff for overtredelse av § 155. Høyesterett uttalte i en dom at det ikke var aktuelt med samfunnsstraff i det tilfellet og at det skal mye til for å bruke samfunnsstraff ved overtredelse av § 155 «som er gitt til vern av viktige samfunnsinteresser og som er grunna i tungtvegande samfunnsomsyn», jf. Rt. 2006 s. 1246.

I samme dom var det for øvrig dissens om straffutmålingen, og det fremgår ulike syn på det generelle straffenivået i saker om smitteoverføring/smittefare. Flertallet la til grunn at man ved lovendringen i 2003 kun tok sikte på å oppnå strengere straffer for de groveste tilfellene, mens mindretallet la til grunn at man tilsiktet en generell heving av straffenivået.

I en sak⁵² vedrørende overtredelse av § 155 idømte herredsretten i 2001 fengsel i et år og seks måneder samt inntil fem års sikring. Lagmannsretten opprettholdt fengselsstraffen, men fant etter en konkret vurdering av domfeltes situasjon at sikringsvilkåret om kvalifisert gjentagelsesfare ikke var oppfylt.

Straffelovens bestemmelser om sikring⁵³ ble opphevet fra 1. januar 2002.

I stedet fikk man blant annet bestemmelser om forvaring som på visse vilkår kan idømmes i stedet for fengselsstraff når en tidsbestemt straff ikke anses tilstrekkelig til å verne samfunnet, jf. straffeloven 1902 §§ 39c til 39h.⁵⁴ Forvaring er en tidsbestemt frihetsstraff for særlig farlige tilregnelige lovbrøyttere. Straffen gjennomføres i en anstalt underlagt kriminalomsorgen.

Tidligere høyesterettsdommer Georg Fr. Rieber-Mohn har i artikkelen *Forvaring – en straffereettslig reaksjon*⁵⁵ nevnt overtredelse av § 155 som en forbrytelse hvor det kan være aktuelt med forvaring.

Riksadvokaten har i brev av 28. juni 2011 til utvalget opplyst at påtalemyndigheten hittil ikke har nedlagt påstand om forvaring i denne typen saker. Det uttales at overføring av allmennfarlige smittsomme sykdommer i prinsippet kan falle inn

under alternativet i straffeloven § 39c første ledd nr. 1. Etter denne bestemmelsen kan det på visse vilkår idømmes forvaring blant annet dersom lovbrøytteren finnes skyldig i å ha begått «annen alvorlig forbrytelse som krenket andres liv, helse eller frihet». Etter riksadvokatens syn er det likevel «ikke særlig praktisk med idømmelse av forvaring ved siden av tvangsmessige tiltak som kan iverksettes etter smittevernloven § 5-3».

Foreldelsesfristen avhenger av strafferammen, jf. straffeloven 1902 § 67. Foreldelsesfristen er derfor ti år for forsettlig overtredelse av straffeloven 1902 § 155 og fem år for uaktsom overtredelse. Økt foreldelsesfrist var en tilsiktet konsekvens ved endringen av strafferammen i 2003, jf. Ot.prp. nr. 51 (2002–2003) s. 43. Det ble vist til at det kan ta lang tid før den fornærmede oppdager at han eller hun er smittet.

I en sak hadde tiltalte og fornærmede hatt seksuell omgang en rekke ganger over en lengre periode, og det var uklart ved hvilken anledning fornærmede var blitt smittet. Lagmannsretten⁵⁶ la til grunn at det måtte anses om et fortsatt straffbart forhold slik at det ikke var avgjørende i forhold til foreldelsesreglene å ta stilling til når smitten hadde skjedd. Utvalget bemerker at det vel uansett ikke ville være avgjørende siden det å utsette en annen for smittefare, i straffebudet er likestilt med smitteoverføring, jf. punkt 5.2.2.9.

5.2.2.15 Rettspraksis etter § 155 – kort oversikt

Utvalget har funnet et tyvetalls saker hvor det er avsagt dom (i en eller flere instanser) på grunnlag av tiltale etter straffeloven 1902 § 155 alene eller sammen med andre forhold. Se nærmere omtale av de enkelte sakene i punkt 5.2.2.17.

Blant de sakene utvalget har oversikt over, er det én fra 1930 (Rt. 1930 s. 64) og én fra 1992 (Rt. 1992 s. 1076), mens resten av straffesakene er avgjort etter årtusenskiftet (hvorav noen har sitt opphav i handlinger begått i 1990-årene).

Så godt som alle sakene gjelder smitte(-fare) ved seksuell omgang, de fleste med partner av motsatt kjønn. I en sak⁵⁷ la retten til grunn at den ene av de fornærmede var smittet på annen måte, ved at blod var kommet i kontakt med et sår på fornærmedes hånd da hun tørket opp blodsøl. Utvalget er ikke kjent med straffesaker vedrø-

⁵² Romsdal herredsretts dom 30. mars 2001, (00-0740 M), jf. Frostating lagmannsretts dom 30. august 2001, (LF-2001-456 M), og Høyesteretts dom 8. mai 2002 (HR-2001-1362, Rt. 2002 s. 606, 130-2002), se punkt 5.2.2.17 sak A.15.

⁵³ Svein Slettan drøftet i artikkelen *Straff og enkelte andre restriktive tiltak mot AIDS* i Lov og Rett 1987 s. 515–537 spørsmålet om bruk av sikring for hivpositive lovbrøyttere (s. 532–533).

⁵⁴ Vedtatt ved lov 17. januar 1997 nr. 11, i kraft 1. januar 2002.

⁵⁵ Juristkontakt 2003 nr. 4 s. 36 og nr. 5 s. 35.

⁵⁶ Frostating lagmannsretts dom 2. juli 1999, jf. Orkdal herredsretts dom 22. februar 1999, (nr. 99-2), og Høyesteretts kjennelse 8. februar 2000 (HR-2000-10-A), Rt. 2000 s. 195, se punkt 5.2.2.17 sak A.17.

⁵⁷ Drammen tingretts dom 10. november 2009 (09-144176MED-DRAM), se punkt 5.2.2.17 sak A.5.

rende smitteoverføring eller smittefare ved deling av injeksjonsutstyr eller fra mor til barn i forbindelse med svangerskap, fødsel eller amming.

Gjerningspersonen er i de fleste tilfellene i rettspraksis en mann, men utvalget har identifisert tre saker med kvinnelig domfelt. I en sak⁵⁸ med kvinnelig domfelt bemerket lagmannsretten at det forhold at det var en kvinne som hadde utsatt en mann for smitte og faktisk smittet ham, ikke kunne ha betydning for straffutmålingen, og at dette «må gjelde selv om den mannlige partner oftest vil ha lettere for å kontrollere at det benyttes kondom enn den kvinnelige partner har».

Når lagmannsretten i denne dommen videre uttaler at domfelte «pliktet å opplyse fornærmede om at hun var HIV-smittet, og må holdes straffrettslig ansvarlig, på samme måte som en mann, for at hun ikke har gjort dette», er dette etter utvalgets oppfatning noe misvisende. Det å opplyse om smittefaren er ikke straffriende, heller ikke om den andre samtykker i å bli utsatt for smittefaren, jf. punkt 5.2.2.11. Det kan imidlertid tenkes at en eventuell slik opplysning ville kunne ha påvirket hendelsesforløpet slik at smittefare ikke hadde oppstått eller i alle fall blitt vesentlig redusert ved bruk av beskyttelse, slik at det da ikke ville oppstått straffansvar.

Mange av dommene omfatter gjentatte overtredelser (fortsatt forbrytelse) idet den smitteførende personen har hatt ubeskyttet seksuell omgang med fornærmede mer enn én gang, ikke sjelden en rekke ganger, i en del tilfeller jevnlig over flere år.

I en rekke saker er det dessuten flere personer som er blitt utsatt for smitte eller smittefare fra tiltaltes side. Det har vært opptil 16 fornærmede i den enkelte sak.

Noe under halvparten av de sakene som bare eller i hovedsak gjelder overtredelse av § 155, er tilfeller hvor fornærmede er blitt utsatt for smittefare uten at smitte faktisk er overført (til minst en av de fornærmede). Enkelte saker gjelder tilfeller hvor det er usikkert hvem som har smittet fornærmede eller det er lagt til grunn at fornærmede allerede var smittet på annen måte. I noen tilfeller er det da dømt for forsøk på overtredelse av § 155, jf. punkt 5.2.2.9. Blant sakene hvor det er tatt ut tiltale etter § 155 sammen med andre forhold av vesentlig betydning, er det i de fleste tilfellene tale om smittefare uten faktisk smitteoverføring.

De fleste sakene gjelder hivsmitte, mens noen saker gjelder hepatitt B eller hepatitt C, da

sammen med andre lovbrudd av betydning. En sak omtalt i Rt. 1930 s. 64 gjaldt «venerisk sykdom» uten at dette er nærmere spesifisert.

I de langt fleste sakene har det vært uomtvistet at tiltalte kjente sin smittestatus, mens fornærmede ikke var informert.

I de aller fleste sakene er det dømt for forsettlig overtredelse. I en sak⁵⁹ ble det tatt ut tiltale og dømt for overtredelse av § 155 annet straffalternativ, det vil si uaktsom overtredelse uten at det fremgår hvorfor forholdet ble vurdert som uaktsomt og ikke forsettlig. I en annen sak⁶⁰ ble det tatt ut tiltale etter første straffalternativ for to forhold, men det ble dømt for en forsettlig og en uaktsom overtredelse. Se punkt 5.2.2.7 om skyldkrav og punkt 5.2.2.17 om omstendighetene i de enkelte sakene.

I et par saker⁶¹ har tiltalte blitt frifunnet på enkelte av en rekke tiltalepunkter vedrørende smittefare på grunn av manglende subjektiv skyld.

5.2.2.16 *Straffutmåling i rettspraksis*

Strafferammen i § 155 er etter lovendringen i 2003 inntil seks års fengsel for forsettlig overtredelse og inntil tre års fengsel for uaktsom overtredelse, se punkt 5.2.2.14. Før 2003 var strafferammen tre år også for forsettlig overtredelse, jf. punkt 5.2.2.3. Før straffeloven 1902 § 62 ble endret i 2003⁶², ble dessuten strafferammen ikke doblet ved sammenstøt av to eller flere forhold, kun øket med en halvdel, slik at strafferammen i slike tilfelle var fengsel inntil fire og et halvt år.

Straffenivået i saker som bare omfatter domfellelse etter straffeloven 1902 § 155, eller hvor de øvrige andre forhold har hatt liten betydning for straffutmålingen, varierer fra betinget fengsel i 90 dager⁶³ til fem års ubetinget fengsel. Om de enkelte sakene, se punkt 5.2.2.17.

Av de 18 identifiserte domfellelsene i saker hvor det bare er tatt ut tiltale etter § 155 eller sammen med andre forhold som har hatt liten betydning for straffutmålingen, er det i seks saker

⁵⁹ Øst-Finnmark tingretts dom 1. desember 2010 (TOSFI-2010-175101; 10-175101MED-OSFI), se punkt 5.2.2.17 sak B.1.

⁶⁰ Drammen tingretts dom 10. november 2009 (09-144176MED-DRAM), se punkt 5.2.2.17 sak A.5.

⁶¹ Se punkt 5.2.2.17 sak A.2 og A.4.

⁶² Lov 10. januar 2003 nr. 2 om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (rasistiske symboler, besøksforbud og strafferammen ved sammenstøt av lovbrudd).

⁶³ Bergen tingretts dom 18. juni 2012 (11-162188MED-BBYR/02), ikke rettskraftig, se punkt 5.2.2.17 sak A.1.

⁵⁸ Frostating lagmannsretts dom 30. august 2001 (LF-2001-456), jf. Rt. 2002 s. 606, se punkt 5.2.2.17 sak A.15.

idømt fengsel under et år. Disse gjelder gjennomgående smittefare ved relativt kortvarige forhold uten påført smitte eller der det ikke kunne utelukkes at fornærmede allerede var smittet, i tillegg til en sak fra 1930 om faktisk smitte.

I fire saker er det idømt fengsel fra ett år, men under to år. Tre av sakene gjaldt smittefare uten at smitte var overført. To av disse sakene gjaldt samme domfelte. Han hadde utsatt kvinner for smittefare ved ett eller noen få samleier, men det var henholdsvis andre og tredje gangs domfellelse for brudd på § 155. I en tredje sak var det smittefare for to kvinner over lengre tid (ca. to år for hver). Den fjerde saken gjaldt smitteoverføring til én mann, og begge parter ble oppfattet som noe ressurssvake. I denne saken idømte herredsretten fengsel i ett år og seks måneder samt inntil fem års sikring. Lagmannsretten opprettholdt fengselsstraffen, men fant ikke at sikringsvilkåret om kvalifisert gjentagelsesfare var oppfylt, jf. punkt 5.2.2.14. Høyesterett gjorde den endring at seks måneder av fengselsstraffen ble gjort betinget.

I fem saker er det idømt fengselsstraff fra to til tre års fengsel. Disse gjaldt alle faktisk smitteoverføring til en eller flere fornærmede. To av disse dommene gjaldt forhold før straffskjerpelsen i 2003, mens én dom angikk forhold både før og etter straffskjerpelsen.

I tre saker er det idømt fengsel på mer enn tre år. I en sak hvor det ble lagt til grunn at det var overført hivsmitte til tre personer, idømte tingretten under dissens fengsel i fire år. Saken ble anket til lagmannsretten, og anken ble fremmet blant annet for så vidt gjaldt straffespørsmålet. Anken ble imidlertid trukket, slik at tingrettens dom er rettskraftig. I en annen sak hvor domfellelsen omfattet overføring av hivsmitte til én kvinne og fare for dette for 11 andre, ble det også idømt fengsel i fire år. Den lengste idømte straffen på fem års fengsel er avsagt av lagmannsretten (tingretten hadde idømt fem år og seks måneder) og gjaldt en mann som hadde hatt seksuell omgang med en rekke menn. To fornærmede var blitt smittet, og det var fare for smitteoverføring til de øvrige 11 som domfellelsen omfattet. Et par av forholdene ble bedømt som forsøk.

Sentralt for straffutmålingen synes å være om smitteoverføring rent faktisk har skjedd eller om det bare har foreligget fare for slik overføring, og antall personer som er blitt smittet eller utsatt for fare. Ved vurderingen av det aktuelle farepotensialet er det videre lagt vekt på perioden/antallet ganger de(n) fornærmede er blitt utsatt for fare samt i noen utstrekning graden av risiko ved de respektive handlingene, jf. også punkt 5.2.2.6.

Den omstendighet at tiltalte har vært til behandling for hiv, som i noen grad kan ha redusert smittefaren, har vært nevnt i flere dommer⁶⁴, under skyldspørsmålet (jf. punkt 5.2.2.6) og/eller under straffutmålingen. Slike omstendigheter har gjennomgående blitt tillagt noe vekt i straffutmålingen, men har i flere saker ikke hatt vesentlig betydning for straffens lengde, se for eksempel Rt. 2000 s. 195. I en tingrettsdom⁶⁵ fra 2006 ble det uttalt at «skaderisikoen i denne konkrete sak har ligget i det nederste risikosjikt grunnet lav virusmengde i tiltaltes blod». I Rt. 2006 s. 1246⁶⁶ la flertallet en viss vekt på at domfelte var under behandling som førte til en reduksjon i faren for smitteoverføring, og det ble også vist til det subjektive ved at domfelte var kjent med at hun ikke hadde påviselige virusmengder i blodet. Mindretallet uttalte at det ikke kunne tillegges særlig vekt at domfelte var under behandling. Straffen ble under dissens utmålt til 120 dagers ubetinget fengsel.

Det er også lagt vekt på graden av tillitsbrudd, fra det ikke å formidle sin smitestatus, til det å gi direkte usann informasjon. I noen saker har tiltalte bevisst feilinformert fornærmede gjennom langvarige faste forhold.

I enkelte andre saker er det lagt en viss vekt på fornærmedes egen opptreden idet det er vist til at fornærmede selv har utsatt seg for risiko ved å ha ubeskyttet seksuell omgang med en fremmed.⁶⁷

Domstolene har i noen grad lagt vekt på om gjerningspersonen har gitt fornærmede informasjon i ettertid slik at fornærmede kan følge opp egen smitestatus.

Det er i én sak lagt vekt på at fornærmede har overført smitten videre fordi vedkommende ikke var kjent med sin status som smittebærer, og i en annen sak at smittebæreren viste liten endringsvilje (domfellelse for brudd på § 155 for tredje gang).

Likeledes har det i noen tilfeller hatt betydning for straffutmålingen om tiltalte har medvirket i oppklaring av saksforholdet. Tidsforløp og andre generelle straffutmålingsmomenter har også vært vektlagt i noen tilfeller.

Krav om oppreisning og annen erstatning knyttet til det straffbare forholdet, er ikke straff, men slike sivile krav kan pådømmes i straffesaken. Dette har vært gjort i en rekke saker om

⁶⁴ Se bl.a. punkt 5.2.2.17 sak A.8, A.9 og A.10.

⁶⁵ Oslo tingretts dom av 21. februar 2006 (05-1833771MED-OTIR/07), se punkt 5.2.2.17 sak A.10.

⁶⁶ Se punkt 5.2.2.17 sak A.9.

⁶⁷ Se punkt 5.2.2.17 sak A.4 og A.9.

overtredelse av straffeloven 1902 § 155, jf. punkt 5.2.2.17. Se punkt 6.2 om skadeserstatningsloven.

5.2.2.17 Nærmere om rettspraksis – kort omtale av enkeltsaker

Nedenfor følger korte sammendrag av de straffesakene vedrørende straffeloven 1902 § 155 som utvalget er kjent med pr. 1. august 2012.

Oversikten omfatter

- A. Saker som bare gjelder straffeloven 1902 § 155 eller hvor de andre forholdene har hatt liten betydning for straffutmålingen.
- B. Saker som gjelder straffeloven 1902 § 155 og andre forhold av betydning for straffutmålingen.

Utvalget har kjennskap til 18 saker i kategori A, og 8 saker i kategori B, hvorav én frifinnelse. Det kan i begge kategoriene finnes ytterligere saker, som utvalget ikke har kjennskap til. Verken politiet, påtalemyndigheten eller domstolene har systemer for søk etter straffesaker ut fra hvilke(t) straffebud saken er behandlet etter.

I tillegg til de pådømte sakene som er omtalt nedenfor, fremgår av andre rettsavgjørelser at det har vært et par saker hvor straffeforfølgning har vært innledet, men hvor det ikke er kommet til pådømmelse, fordi mistenkte døde under etterforskningen⁶⁸ eller fordi det aktuelle tiltalepunktet ble trukket⁶⁹. Videre er utvalget kjent med at det er tatt ut tiltale etter straffeloven 1902 § 155 første straffalternativ (forsettlig overtredelse) i en sak som etter det opplyste gjelder ett tilfelle av oralsex. Hovedforhandling i saken er berammet til medio oktober 2012.⁷⁰

Dessuten er det flere, kanskje mange, andre straffesaker hvor smittsomme sykdommer har hatt betydning for straffutmålingen selv om det ikke er tatt ut tiltale etter straffeloven 1902 § 155, og som derfor ikke er omtalt her. Dette gjelder for eksempel seksualforbrytelser hvor overføring av en seksuelt overførbart infeksjon har vært straffskjerpende moment, jf. straffeloven 1902 §§ 192,

195 og 196 som har forhøyede strafferammer for slike tilfeller.⁷¹

I hver av kategoriene A og B er sakene nevnt i omvendt kronologisk rekkefølge (med de nyeste først regnet etter siste realitetsavgjørelse).

Noen saker har vært behandlet i to eller tre instanser. Alle avgjørelsene i en sak omtales i samme sammendrag. Der saken har vært behandlet i flere instanser, er den høyeste, det vil si siste, instansen nevnt først. Hva som var siste instans som realitetsbehandlet saken (eventuelt bare straffutmålingen), fremgår også av heading på sammendraget. Med mindre annet fremgår, er den siste avgjørelsen, etter det utvalget kjenner til, rettskraftig.

Der det ikke er opplyst noe om tiltaltes etniske bakgrunn, er vedkommende etnisk norsk (eller det foreligger ikke opplysninger i dommen som tilsier noe annet).

Forkortelser:

HR = Høyesterett

LMR = lagmannsrett

TR = tingrett

tK = tiltalt kvinne

tM = tiltalt mann

fK = fornærmet kvinne (eventuelt med tallangivelse der det er flere fornærmede i samme sak)

fM = fornærmet mann (eventuelt med tallangivelse der det er flere fornærmede i samme sak)

fB = fornærmet barn

strl.= straffeloven 1902

1. str.alt. = første straffalternativ (i strl. § 155 slik den lyder etter endring i 2003: «straffes med fengsel inntil 6 år ved forsettlig overtredelse»)

2. str.alt. = andre straffalternativ (i strl. § 155 slik den lyder etter endring i 2003: «straffes [...] med fengsel inntil 3 år ved uaktsom overtredelse»)

⁶⁸ Se Hammerfest tingretts dom 27. august 2004 (THAFE-2004-113; RG 2005 s. 321) om sivilt krav mot arving.

⁶⁹ Se Gulating lagmannsretts dom 26. november 2010 (LG-2010-37017; 10-037017AST-GUL/AVD1) som gjaldt overtredelse av § 155 (hepatitt C) i tillegg til andre lovbrudd.

⁷⁰ Oslo tingrett, saksnr. 12-049982MED-OTIR/01.

⁷¹ Ett eksempel er Rt. 1992 s. 914 som gjaldt anke over en lagmannsrettsdom hvor det var idømt seks år ubetinget fengsel for tre tilfelle av voldtekt, hvorav det første mot en mindreårig pike (straffeloven § 192 første ledd andre straffalternativ og § 196). Da de to andre voldtektene ble begått, var gjerningsmannen klar over at han muligens var hivpositiv. Det ble lagt vekt på smittefaren i straffutmålingen. Høyesterett forkastet domfeltes anke.

A. Saker som bare gjelder straffeloven 1902 § 155 eller hvor de øvrige forhold har liten betydning for straffutmålingen

A.1 LMR/TR – En mann som muligens allerede var hivpositiv, ble utsatt for fare for hivsmitte

Instans(er): Anket til Gulating lagmannsrett, ankeforhandling berammet til februar 2013 (12-112373AST-GULA/AVD2); Bergen tingrett (11-162188MED-BBYR/02); Gulating lagmannsrett (LG-2011-56362; 11-056362AST-GULA/AVD2); Bergen tingrett (TBERG-2010-176449; 10-176449MED-BBYR/01)

Dato siste dom: (hittil) 18. juni 2012

Tiltalte: tM (f. 1960)

Fornærmede: fM

Tiltalt etter: 2012: Strl. § 155 første str.alt., jf. § 49 (forsøk); 2011: Strl. § 155 første str.alt.

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Nei, og lagt til grunn at fM kunne være smittet på forhånd

Straff: TR (2012): Fengsel i 90 dager, betinget.

Tidligere saksgang: LMR (2011): TRs dom og hovedforhandling oppheves; TR (2011): Frifinnelse

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): Ikke fremmet krav

Saksforhold: TR (2012) la til grunn at tM ved flere anledninger hadde ubeskyttet analt og oralt samleie med fM under besøk i en sauna der fM arbeidet, rundt ti tilfeller over et års tid. tM var den reseptive part, omstendighetene for øvrig var noe uklare/omtvistede. tM opplyste ikke at han var hivpositiv. Kondombruk var ikke noe tema mellom partene. Det ble senere konstatert at fM var hivpositiv. Ut fra sakkyndiges erklæring var det svært usannsynlig at fM var smittet av tM, både ut fra virusmutasjonene hos de to og ut fra sannsynlig smittetidspunkt for fM.

TR (2011) la til grunn at fM allerede var hivpositiv da han hadde sex med tM, og (flertallet bestående av rettens formann og en meddommer) kom til at tM av den grunn ikke kunne domfelles for overtredelse av § 155. Det ble lagt til grunn at det objektivt ikke kan sies å foreligge fare for smitteoverføring når den annen part allerede er smittet, og tM ble frifunnet.

LMR fant tingrettens lovanvendelse uriktig og opphevet dommen og hovedforhandlingen under henvisning til at tingretten av eget tiltak skulle ha vurdert om det forelå et straffbart forsøk (utjenlig forsøk).

Ved den nye tingrettsdommen (2012) ble tM domfelt for (utjenlig) forsøk på overtredelse av § 155. Det kunne ikke utelukkes at fM allerede var smittet før han hadde seksuell kontakt med tM, og retten la til grunn at det ikke kunne anses som fullbyrdet overtredelse å utsette en person som allerede er hivsmittet, for slik smitte.

Straffen ble utmålt til 90 dagers fengsel som under tvil ble gjort betinget i sin helhet. Det er vist til praksis i andre typer saker om utjenlig forsøk. I skjerpene retning ble det lagt vekt på at tM ikke hadde informert fM om smittestatus eller krevet bruk av kondom. Det ble uttalt at tM hadde opptrådt kynisk og at det hensett straffebudets formål, får mindre betydning at fornærmede selv synes å ha tatt en kalkulert risiko og har hatt en uforsiktig opptreden. I formildende retning ble det lagt vekt på at saken var blitt gammel og at det var avholdt to hovedforhandlinger uten at dette kunne lastes tM.

A.2 TR – Hivsmitte overført til én kvinne og 11 andre kvinner utsatt for fare for hivsmitte (+ 1 frifinnelse)

Instans(er): Oslo tingrett (TOSLO-2011-53549; 11-053549 MED-OTIR/04)

Dato siste dom: 1. juni 2011

Tiltalte: tM (f. 1978)

Fornærmede: 13 fK (hvorav frifinnelse vedrørende én fK)

Tiltalt etter: Strl. § 155 første str.alt., § 162 første ledd (oppbevaring av narkotika)

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Ja, til én fK

Straff: Fengsel i 4 år

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): TR: Kr. 200 000 til den smittede fK, kr. 20 000 til hver av seks andre fK

Saksforhold: tM (som var fra Zimbabwe, men kom til Norge i 2006) hadde over en periode på over fire år samleie med 13 kvinner, med de fleste en rekke ganger. I en del tilfeller ble det benyttet kondom, men det totale antall ubeskyttede samleier ble anslått til mange titalls.

tM var testet og funnet hivpositiv i Afrika i 2005 og var senere testet i Norge flere ganger. Han hadde fått opplyst at han hadde tilfredsstillende CD4-tall, og han startet ikke antiretroviral behandling før helt mot slutten av den perioden hvor de straffbare forholdene fant sted. tM informerte ikke fK om at han var hivpositiv, og i noen tilfeller feilinformerte han eller ga inntrykk av at han ikke var smittet. Han nektet å ta hivtest da en fK foreslo at de begge skulle la seg teste.

Det ble som oftest brukt kondom i begynnelsen av forholdene, men sjeldnere etter hvert. Derksom kvinnen ba tM om å bruke kondom, gjorde han det.

tM erkjente ikke straffeskyld for de fleste av forholdene. Han uttalte at han var overbevist om at han ikke var smittefarlig helt til han fikk vite at han faktisk hadde smittet en fK. Retten fant det imidlertid bevist at tM hadde skjønt at han var smitteførende og la til grunn at han tok en bevisst risiko.

tM ble frifunnet for ett av de 13 forholdene på grunn av manglende subjektiv skyld. Ved samleie med denne fK hadde tM alltid brukt kondom, men det var tatt ut tiltale fordi kondomet i to tilfeller hadde sprukket slik at fK var blitt utsatt for smittefare. Retten fant ikke at tM hadde handlet forsettlig. Retten drøftet ikke om det var grunnlag for å dømme for uaktsom overtredelse, men bemerket under behandlingen av fornærmedes oppreisningskrav at retten ikke fant det bevist at tiltalte hadde handlet grovt uaktsomt. Et av forholdene tM ble domfelt for, gjaldt en kvinne som mest sannsynlig var smittet av en annen enn tM. Det var uklart om hun allerede var smittet da hun var sammen med tM, men retten fant grunnlag for å domfelle tM for å ha utsatt henne for smittefare (fullbyrdet overtredelse av strl. § 155), da også under henvisning til faren for resmitte.

Under straffutmålingen ble det vist til at tM hadde smittet en kvinne og utsatt 11 andre for smittefare. Det var stort sett kortvarige forhold, og det er noe uklart hvilken vekt retten la på tillitsbrudd fra tMs side og kvinnenens egen atferd ved å ha ubeskyttet sex.

A.3 TR – Hivsmitte overført til tre kvinner

Instans(er): Anket til Gulating lagmannsrett, anken delvis fremmet (beslutning 24. mars 2011, 11-029501AST-GULA/AVD1), anken ble trukket av tiltalte under ankeforhandlingen (kjennelse 6. desember 2011, 11-029501AST-GULA/AVD1); Bergen tingrett (10-166070MED-BBYR/03)

Dato siste dom: 19. januar 2011

Tiltalte: tM (f. 1978)

Fornærmede: fK1, fK2, fK3

Tiltalt etter: Strl. § 155 første str.alt., § 317 (heleri), § 394 (tilegne seg hittegoods e.l.)

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Ja, til alle tre fK

Straff: TR: Fengsel i 4 år

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): TR: Kr. 200 000 til hver av de tre fK

Saksforhold: tM hadde tre ubeskyttede samleier med fK1, ifølge fK1 mot hennes vilje og etter at tM hadde sagt at han var testet og hivnegativ. tM nektet å bruke kondom. tM og fK2 hadde samleier med kondom til å begynne med, og senere uten kondom i en periode på noen måneder. tM sa at han var hivnegativ. tM og fK3 var kjæresten og hadde jevnlig seksuell omgang, stort sett uten kondom. tM benektet at han var hivpositiv da fK3 spurte ham om det etter å ha blitt informert av andre. Det var noe uklart om tM (som var fra Eritrea/Etiopia, men kom til Norge i 2006) visste at han var hivpositiv før testing i forbindelse med anmeldelsene.

TR la til grunn at tM hadde utvist forsett. TR la til grunn at det hadde framstilt seg som mulig for tM at han kunne være smittet av hiv da han var sammen med fK1 (dolus eventualis), og at han «holdt det for sikkert eller mest sannsynlig» at han var hivpositiv da han var sammen med fK2 og fK3 (sannsynlighetsforsett). TR påpekte at smitteandel med hiv i befolkningen er 10–20 ganger høyere i Eritrea/Etiopia enn i Nord-Europa. Retten viste også til at tM ikke hadde latt seg teste etter fK1 hadde informert ham om at hun var blitt hivsmittet, før han hadde sex med fK2 og fK3.

Det forelå sakkyndig uttalelse om at det var mulig at tM har smittet alle tre fK i og med at alle har «hovedtype HIV-1, subtype C», men at det ikke er noe bevis for det. Testene viser ikke hvem som hadde viruset først. TR la ut fra andre omstendigheter til grunn at det var tM som hadde smittet de tre fornærmede.

TR uttalte i forbindelse med straffutmålingen: «Den omstendighet at nye medisiner gir de fornærmede bedre prognose, har liten og ingen betydning» og viste til Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2000 s. 195.

I skjerpene retning ble det lagt vekt på at tM hadde smittet tre friske kvinner og at hans handlinger framsto som grove tillitsbrudd, særlig overfor fK1 og fK3. Det ble lagt vesentlig vekt på at de fornærmede får sin livsutfoldelse begrenset fysisk og psykisk, blant annet med hensyn til seksuell omgang og muligheten til å stifte egen familie. Det var dissens i straffutmålingen. Flertallet (meddommerne) stemte for 4 år, mens fagdommeren stemte for 3 år i samsvar med aktors påstand. tMs anke ble tillatt fremmet med hensyn til straffutmålingen, men tM trakk anken.

A.4 LMR – Hivsmitte overført til to menn, fare for hivsmitte (ev. forsøk) for ytterligere 11 menn (+ 3 frifinnelser)

Instans(er): Borgarting lagmannsrett (LB-2009-184929; 09-184929AST-BORG/01) (anken bare tillatt fremmet for så vidt gjaldt straffutmåling og erstatningskrav); Oslo tingrett (TOSLO-2009-72013; 09-072013 MED-OTIR/05)

Dato siste dom: 15. februar 2010

Tiltalte: tM (f. 1984)

Fornærmede: 16 fM (hvorav frifinnelse vedrørende tre fM)

Tiltalt etter: Strl. § 155 første str.alt. og § 155 første str.alt., jf. § 49 (forsøk)

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Ja, til fM1 og fM2, men ikke til de øvrige fM

Straff: LMR: Fengsel i 5 år; TR: Fengsel i 5 år og 6 måneder

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): LMR: Erstatningskrav fra fM2 skilt ut til behandling som sivil sak (LB-2010-22931); TR: Kr. 200 000 til fM2; de øvrige fM ikke fremmet krav

Saksforhold: tM hadde hatt orale og/eller anale ubeskyttede samleier med en rekke menn over en periode på nærmere to år, og ble domfelt for ti fullbyrdede overtredelser av strl. § 155 og tre forsøk, jf. nedenfor. Det ble lagt til grunn at to fM var blitt smittet av tM. Han hadde seksuell omgang ved ett til tre tilfeller med de fleste fM, men gjentatte ganger med fM1 som han var samboer med i et halvt års tid. tM (som var fra Rwanda, men hadde bodd i Norge siden 2004) visste at han var hivpositiv, men informerte ikke sine partnere om det, og de var heller ikke på annen måte kjent med det. I noen tilfeller sa tM at han var frisk. Hivbehandling var ikke påbegynt fordi tM «foreløpig ikke har utviklet sykdomstegn».

TR viste til sakkyndige uttalelser vedrørende smittefare ved oral- og analsex, med og uten sædavgang, og TR uttalte:

«På denne bakgrunn finner retten bevist at det både ved oralsex og analsex er – slik det uttrykkes i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) side 414 – en risiko for at den friske kan bli smittet. Med andre ord finner retten at det er en konkret og nærliggende mulighet for smitteoverføring. Ved denne vurderingen har retten også lagt vekt på at hiv er en meget alvorlig sykdom som i verste fall kan medføre døden. For å fore-

bygge smitte kan det derfor som vilkår for straffansvar ikke stilles særlig strenge krav til smitterisikoens størrelse. Retten viser her til avgjørelsen i Rt-2006-1246 (avsnitt 15). Det forhold at det i enkelte miljøer som ikke har faglig innsikt i hvordan hivviruset spres skal ha dannet seg en oppfatning om at smittefaren ved oralsex uten sædavgang er så liten at man kan se bort fra den, kan derfor ikke tillegges vekt.»

tM ble frifunnet på tre av 16 tiltalepunkter:

- ett forhold som muligens fant sted før tM var kjent med at han var smittet, og hvor retten ikke fant tilstrekkelig bevis for at han hadde skjellig grunn til å tro at han var smitteførende
- ett tilfelle av oralsex der tM var den reseptive part, og TR fant at det ikke var utvist forsett fordi det ikke var bevist at tM visste at det forelå smittefare ved slike omstendigheter, og TR heller ikke fant tilstrekkelig bevis for å legge til grunn at tM var uaktsom
- ett forhold som ble frafalt på grunn av bevisets stilling

Tre av de forholdene tM ble domfelt for, gjaldt forsøk (§ 49) på brudd på § 155, ett tilfelle fordi tM ikke oppnådde samleie, og to fordi disse to fM muligens var smittet på forhånd. TR uttalte:

«[...] kan det ikke utenfor rimelig tvil legges til grunn at han ble smittet av tiltalte. Videre kan det heller ikke utelukkes at E allerede var smittet av hiv da han og tiltalte hadde seksuell omgang sammen. Det foreligger imidlertid ingen holdepunkter for at tiltalte var klar over det (eller anså det som en mulighet) på dette tidspunktet.

Etter det ovennevnte finner retten hevet over enhver rimelig tvil at tiltalte hadde som forsett å utsette E for fare for å bli smittet av en almenfarlig smittsom sykdom. Retten viser her til sine bemerkninger ovenfor under pkt. 2.

Hva gjelder spørsmålet om det objektivt sett forelå en fare for at tiltalte ville smitte E med hivvirus, viser retten til at det under den sakkyndige redegjørelsen fra lege Anne-Marte Bakken Kran fremkom at det er mulig å smitte en allerede hivpositiv med et annet hivvirus. Ut fra dette forelå det etter ordlyden i straffeloven § 155 en fare for at tiltalte ville smitte E med en almenfarlig smittsom sykdom. Imidlertid opplyste lege Bakken Kran at man neppe blir sykere eller mindre disponibel for behandling dersom man som hivpositiv blir smittet med et annet hivvirus. Det er heller ikke påvist at syk-

domssymptomene bryter ut på et tidligere tidspunkt og det er heller ikke opplyst at man blir mer disponert til å smitte andre. Siden formålet med bestemmelsen i straffeloven § 155 er å hindre utbredelse av smittsomme almenfarlige sykdommer, må det derfor antas at den ikke rammer det forhold at en allerede hivsmittet blir smittet med et annet hivvirus. Det foreligger derfor et utjenlig forsøk og tiltalte blir derfor å domfelle for overtredelse av straffeloven § 155 første straffalternativ, jf. § 49.»

Vedrørende straffutmåling uttalte LMR: «Tiltalte har ved flere anledninger bevisst løyet om sin helsestilstand, og har utvist en pågående adferd for å få tilfredsstilt egne lyster. Tiltalte opptrådte kynisk, og uten hensyn til medisinske råd han hadde fått». tM hadde i tre forhold også gonoré uten å overholde råd om å avstå fra sex til han var kurert for denne sykdommen. Gonoré er ikke nevnt i tiltalen, og det fremgår ikke om de tre fM ble smittet med dette. LMR påpekte også at det var et alvorlig tillitsbrudd overfor fM1 som var samboer med tM en periode, noe som er tillagt betydelig vekt i rettspraksis, jf. HR-avgjørelser i Rt. 2000 s. 195 og 2002 s. 606. LMR viste også til Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) punkt 4.8.1 og 4.8.5.1, straffskjerpingen i 2003 og HR-avgjørelsen i Rt. 2006 s. 1246 avsnitt 25. Videre ble det vist til økning i smitte blant menn som har sex med menn.

LMR bemerket at hivinfeksjon er å anse som betydelig skade etter straffeloven § 9. LMR la videre vekt på at fM2 i tillegg til hivinfeksjon var påført betydelige og langvarige psykiske plager og at også de øvrige fM var påført frykt i kortere perioder i påvente at resultat på hivtest.

LMR uttalte i forbindelse med straffutmålingen også:

«Samtlige fornærmede aksepterte å ha ubeskyttet sex med tiltalte. I Rt-2006-1246 avsnitt 10 og avsnitt 29 er det vist til at fornærmede ved ikke å benytte kondom ved tilfeldige treff med en ukjent partner, valgte å ta en kalkulert risiko. Dette synes å være et moment i straffutmålingen, men uten avgjørende betydning. Hensynet bak reglene er å beskytte samfunnet mot smitte, og den enkelte fornærmedes uforsiktige opptreden vil da tillegges mindre vekt. Videre er det av mindre betydning at tiltalte ved de aller fleste anledninger trakk seg ut før sædavgang. Selv om dette reduserer smitterisikoen noe, foreligger det reell smittefare. Lag-

mannsretten vil her peke på at D ble smittet uten at tiltalte hadde sædavgang.»

I formildende retning la LMR noe vekt på at tM langt på vei erkjente forholdene og dels også straffeskyld (dog etter bred etterforskning) og oppga hvem han hadde hatt seksuell kontakt med. Lang varetekt ble ikke tillagt avgjørende betydning for straffutmålingen.

LMR uttalte videre:

«Den øvre strafferamme for overtredelse av straffeloven § 155 første straffalternativ er fengsel i seks år. Straffeloven § 62 kommer til anvendelse, og maksimumstraffen heves til 12 år. I Rt-2000-195 ble det utmålt en straff på to år og ti måneder. Øvre strafferamme i den saken var på dette tidspunkt 4 ½ år. Det fremgår av dommen at det på dette området ikke er noe til hinder for at domstolene benytter strafferammen fullt ut. De samlede forhold tiltalte nå skal dømmes for, er klart alvorligere enn tidligere saker omhandlet i rettspraksis. Det bemerkes at selv om det i forarbeidene til ny straffelov uttales at det ikke er grunn til å heve straffenivået i de typetilfeller som er omhandlet i rettspraksis, fremgår det av Rt-2006-1246 avsnitt 23 at det ved lovendringen i 2003 ble lagt opp til et økt straffenivå i de mest alvorlige tilfellene. Etter lagmannsrettens syn kan det ikke være tvilsomt at nærværende sak er å anse som svært alvorlig.»

A.5 TR – Hivsmitte overført til en kvinne og et barn

Instans(er): Drammen tingrett (09-144176MED-DRAM)

Dato siste dom: 10. november 2009

Tiltalte: tM (f. 1967)

Fornærmede: fK og fB

Tiltalt etter: Strl. § 155 første str.alt. (domfelt for en forsettlig og en uaktsom overtredelse)

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Ja, til både fK og fB

Straff: Fengsel i 2 år

Erstatning for skade av ikke økonomisk art

(oppreisning): Kr. 200 000 til hver av de fornærmede

Saksforhold: tM som er fra Sudan, kom til Norge i 2001, og det ble etter kort tid konstatert at han var hivpositiv. tM var motvillig med hensyn til hivbehandling. Retten fant bevist at tM hadde ubeskyttet seksuell omgang med sin kone fK over en peri-

ode på et halvt år etter at fK ankom Norge i 2007, uten at fK var informert om at tM var hivpositiv.

Både fK og parets barn fB på 13 år ble undersøkt og funnet hivpositive etter at fB ble alvorlig syk. Fylogenetiske undersøkelser viste at viruset hos de tre var så likt at det tydet på at det var nær sammenheng mellom de tre tilfellene.

Det var uklart hvordan fB var blitt smittet, men det var ingen indikasjoner på at hun var smittet av noen andre enn tM. Retten la til grunn at fB var smittet av tM. I mangel av andre opplysninger la retten til grunn at fB mest sannsynlig var blitt smittet da hun tørket opp blodsøl etter en krangel mellom foreldrene. Retten la til grunn sakkyndig uttalelse om at det kunne tenkes at fB kan ha blitt smittet ved å få farens blod i et hudsår på hånden. Det ble uttalt at smitte på denne måten ikke kan utelukkes selv om en slik smittmekanisme opptrer meget sjelden. Retten fant at det ikke forelå forsett fra tMs side med hensyn til smitteoverføring til fB, men at han hadde handlet uaktsomt ved at han ikke hadde informert fB om smittefaren eller satt opp forsiktighetsregler for familien, herunder advart fB mot kontakt med hans blod.

I straffutmålingen ble det lagt vekt på at to personer var blitt smittet med alvorlig, livslang sykdom med tilhørende problemer og redusert livsutfoldelse. Retten uttalte at det «må reageres strengt på denne slags hensynsløs og egoistisk adferd, og det må sendes klare og entydige signaler om dette til bærere av HIV-virus i alle miljøer». Det ble lagt til grunn at tM på den aktuelle tiden også led av en annen seksuelt overførbart infeksjon (klamydia) og dessuten «til tross for behandlingsindikasjoner, fortsatt var nærmest ubehandlet», og at begge disse omstendighetene kunne føre til høyere smitterisiko. Retten la til grunn at tM hadde handlet grovt uaktsomt når han ikke hadde forebygget at fB ble smittet.

Retten fant intet formildende ved tMs forhold, men tok noe hensyn til at «soningen på grunn av HIV-sykdommen og nødvendige tiltak i fengslet, kan bli noe mer byrdefull enn normalt».

Både fK og fB ble tilkjent ménerstatning, fK med kr. 260 000 og fB med kr. 400 000. I tillegg ble begge tilkjent oppreisning med kr. 200 000.

A.6 LMR – Hivsmitte overført til en mann

Instans(er): Anke til Høyesterett om straffekravet ble nektet fremmet (HR-2008-1137-U); Gulating lagmannsrett (LG-2007-162964, 07-162964AST-GULA/AVD1); Stavanger tingrett (TSTAV-2007-66820; 07-066820MED-STAV)

Dato siste dom: 30. april 2008

Tiltalte: tK (f. 1962)

Fornærmede: fM

Tiltalt etter: Strl. § 155

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Ja (også videre smitte fra fM til hans nye kjæreste/ektefelle)

Straff: LMR: Fengsel i 2 år i sin helhet ubetinget;

TR: Fengsel i 2 år hvorav 1 år betinget

Erstatning for skade av ikke økonomisk art

(oppreisning): HR: Saken hevet mht. borgerlig rettskrav (HR-2008-2063F); LMR: Kr.

200 000; TR: Kr. 150 000

Saksforhold: tK hadde ubeskyttet seksuell omgang i form av regelmessige samleier med fM over en periode på rundt fire år. tK visste at hun var hivpositiv («bærer av HIV-2 viruset»).

tK hevdet at hun hadde informert fM før første samleie og at han ikke ville bruke kondom. LMR la til grunn at fM ikke var kjent med at tK var hivpositiv da de innledet forholdet, og ikke ble kjent med det før han flere år senere oppdaget at han selv var blitt smittet og tok kontakt med tK for å varsle henne. tK påberopte seg at fM etter noe tid hadde opptrådt truende og voldelig, noe som gjorde det vanskelig for henne da å fortelle at hun var smittet. Dette ble ikke lagt til grunn av LMR.

LMR viste til de tre HR-avgjørelsene i 2000, 2002 og 2006 og straffskjerpelsen ved lovendringen i 2003 som fant sted i løpet av den perioden forholdet strakk seg over. Som straffskjerpemde momenter la retten til grunn at omfanget av den seksuelle omgangen tilsier at det må ha fremstått som meget påregnelig for tK at fM på et tidspunkt ville bli smittet, at fM faktisk ble smittet, og at tK gjorde seg skyld i et tillitsbrudd ved at hun ikke informerte, heller ikke etter at hun ble kjent med at fM også hadde et seksuelt forhold til en annen, med den følge at fM overførte smitte til sin nye kjæreste, senere ektefelle.

Ved utmålingen av erstatning i form av oppreisning ble det lagt vekt på at fM også var påført betydelig psykisk belastning og at han og ektefellen må «ta særlige forholdsregler i sitt seksualliv for å unngå resistens ved behandlingen» og at det ikke ser ut til å la seg gjøre å få felles barn. LMR uttalte: «Selv om forløpet ved HIV-2 smitte fremstår som mindre aggressivt enn ved HIV-1, har det sakkyndige vitnet gjort rede for en vanskeligere behandling, særlig fordi det foreligger færre behandlingalternativer og medikamenter.»

*A.7 LMR – Fare for hivsmitte for to kvinner –
tredjegang domfellelse etter strl. § 155*

Instans(er): Frostating lagmannsrett (RG 2008 s. 417; LF-2007-141545; 07-141545AST-FROS); Trondheim tingrett (TTRON-2007-68068; 07-068068MED-TRON)

Dato siste kjennelse: 4. desember 2007

Tiltalte: tM (f. 1957)

Fornærmede: fK1 og fK2

Tiltalt etter: Strl. § 155 første str.alt.

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Nei

Straff: LMR: Som TR (anke vedrørende bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet nektet fremmet; anke vedr. straffutmålingen forkastet); TR: Fengsel i 1 år og 6 måneder

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): Ikke fremmet krav

Saksforhold: tM hadde ett samleie med fK1 og to med fK2, alle uten kondom, og uten at de fornærmede var kjent med at tM var hivpositiv. tM var under hivbehandling. Han påberopte seg at han måtte frifinnes på grunn av lavt virusnivå i blodet og derav liten smittefare. Det ble lagt til grunn at tM var informert om at kondombruk likevel var et «ufravikelig krav».

LMR viste til HR-dom i Rt. 2006 s. 1246 avsnitt 25. LMR har som straffskjerpene momenter (i forhold til HR-dommene fra 2002 og 2006) lagt vekt på at tM ikke selv varslet om smittefaren i ettertid heller, og at tM ikke hadde tilstått. Videre ble det lagt vesentlig vekt på at det var tredje gangs domfellelse etter strl. § 155, jf. strl. § 61. (Se sak A.16 og A.17.) LMR uttalte:

«I tillegg til den skjerpelse som ligger i de tidligere domfellelser kommer som ytterligere moment As egen holdning til den smitterisiko han utsetter omgivelsene for ved sin opptreden. I sin forklaring for lagmannsretten har han vist liten eller ingen vilje til å endre sin adferd fremover. Tvert i mot har han uttalt at partneren må ta ansvaret for egen seksualitet – selv om partneren er uten kunnskap om smitterisikoen. På denne bakgrunn er det også av individualpreventive grunner nødvendig med en streng reaksjon.»

I formildende retning ble det tatt et visst hensyn til at saken var blitt noe gammel.

A.8 LMR – Fare for hivsmitte for fire kvinner

Instans(er): Hålogaland lagmannsrett (LH-2006-170180); Nord-Troms tingrett (TNHER-2006-133512; 06-133512MED-NHER)

Dato siste dom: 20. desember 2006

Tiltalte: tM (f. 1986)

Fornærmede: 4 fK

Tiltalt etter: Strl. § 155 første str.alt. og legemiddeloven § 31, jf. § 24 (narkotikabruk) (samt strl. § 350 – frifinnelse på dette punkt)

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Nei

Straff: LMR: Fengsel i 10 måneder; TR: Fengsel i 7 måneder

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): Ikke fremmet krav

Saksforhold: tM (som var fra Rwanda, men hadde bodd i Norge siden 2001) hadde beskyttede og ubeskyttede samleier med fire jenter fra høsten 2005 til sommeren 2006, herunder til sammen minst 18 ubeskyttede samleier. tM visste at han var hivpositiv, og han var under kontinuerlig medisinerings som hadde «gitt gode resultater, og han har fra høsten 2002 ikke hatt målbart fritt hivvirus i blodet». Han fortalte ikke fK om sin smittestatus før samleiene, men fortalte det senere til en fK.

Det var under TRs behandling av saken ikke endelig avklart om noen av fK var blitt smittet, men det var så langt ingen tegn til det, og det fremgår intet om dette i LMR-dommen.

LMR viste under straffutmålingen til HR-dommen fra 2006, og la i tillegg til antall fornærmede og antall ubeskyttede samleier, vekt på at tM ikke informerte de fornærmede i ettertid heller, unnatt én av dem, samt at han under etterforskningen prøvde å holde skjult hvem han hadde hatt samleie med.

A.9 HR – Fare for hivsmitte for en mann

Instans(er): Høyesterett (HR-2006-1770-A; Rt. 2006 s. 1246); Gulating lagmannsrett (LG-2005-162323); Midthordland tingrett (TMIHO-2005-91197; 05-091197MED-MIHO)

Dato siste dom: 17. oktober 2006

Tiltalte: tK (f. 1974)

Fornærmede: fM

Tiltalt etter: Strl. § 155 første str.alt.

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Nei

Straff: HR (dissens): Fengsel 120 dager; LMR: Fengsel 6 måneder, hvorav 90 dager betin-

get; TR: Fengsel 1 år og 6 måneder, hvorav 6 måneder betinget

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): Ikke fremmet krav

Saksforhold: tK (som var fra Thailand, men hadde bodd i Norge siden 2002) visste at hun var hivpositiv. tK og fM hadde tre ubeskyttede samleier før tK ga fM en lapp der det sto «HIV». Før første samleie skal tK ha tatt opp spørsmålet om bruk av kondom, men TR la til grunn at tK ikke gjorde dette på en slik måte at fM forsto at hun var hivpositiv. LMR la til grunn at tK hadde forsøkt å informere ham uten hell, og at det var fM som ønsket ubeskyttet sex. HR bemerket at fM tok en kalkulert risiko ved å ha ubeskyttet samleie med en ukjent kvinne, men at tK skulle krevet bruk av kondom.

tK var under behandling, og det ble påberopt at hun måtte frifinnes fordi smittefaren var så lav at det ikke utgjorde «en nærliggende mulighet», jf. juridisk litteratur. TR drøftet hvilken grad av risiko som er nødvendig for å anse at noen er blitt utsatt for fare på en slik måte at det er straffbart etter strl. § 155 og viste til at loven ikke angir noe bestemt krav til smitterisikoens størrelse, og at vilkåret om å utsette noen for «fare» etter rettens syn derfor er «oppfylt hva enten denne faren er stor eller liten».

Domfeltes fullstendige anke ble bare tillatt fremmet for så vidt gjaldt straffutmålingen. LMR la i forbindelse med straffutmålingen til grunn at tK var «under effektiv behandling, og hadde ikke målbare virusverdier i blodet» og at smitterisikoen derfor var liten og at «kunnskapen om HIV-viruset og smitteoverføring stadig øker, noe som gir rom for en mer nyansert straffeutmåling».

HR la til grunn at behandlingen hadde innvirkning på smitterisikoen, men viste til sakkyndiguttalelse for HR om at det er vanskelig å si noe om smittsomhet hos den enkelte pasient selv om undersøkelser av større antall pasienter tyder på at graden av smittsomhet påvirkes av virusmengden i blodet, at det ikke foreligger matematisk proporsjonalitet mellom virusmengden i henholdsvis blod og genitalsekreter, og at pasienter under behandling pålegges de samme smittrisikoer med hensyn til sex som andre pasienter, dvs. bruk av kondom.

HR bemerket at skyldspørsmålet var avgjort av TR, men understreket «at etter som følgene av smitte med hiv-viruset er svært alvorlige, vil tilhøvet vere strafflagt etter straffelova § 155 første

straffealternativ også om det er relativt lite sannsynleg med smitte».

HR uttalte også at «[...] det ikkje kan leggjast til grunn at utviklinga av nye behandlingsmetodar dei siste ti åra gir grunn til ei revurdering av behovet for strafferettsleg vern mot smittefare og smitteoverføring».

HR viste til endringen i strafferammen fra 2003 og forarbeidene til lovendringen. Flere momenter ble vektlagt i straffutmålingen, blant annet at fM ikke ble smittet, at det gjaldt et avgrenset antall samleier, at tK var under behandling som reduserte smittefaren, herunder også det subjektive ved at hun visste dette, at fM valgte å ta en kalkulert risiko ved ikke å bruke kondom, og at tK i etterkant ga beskjed om at hun var smittet. HR uttalte at det ikke var aktuelt med samfunnsstraff i denne saken, ut fra at det skal mye til for å bruke samfunnsstraff ved overtredelse av strl. § 155 «som er gitt til vern av viktige samfunnsinteresser og som er grunna i tungtvegande samfunnsomsyn».

Det var dissens om straffutmålingen i HR (3-2). Førstvoterende (med tilslutning fra to andre dommere) viste til forarbeidene til straffskjerpingen i 2003 og bemerket: «Ut frå ei samla vurdering av denne lovendringa kan eg vanskeleg sjå at det vart lagt opp til eit auka straffenivå, utanom dei alvorlegaste tilfella.» Det ble pekt på at det er i godt samsvar med vanlig strafferettslig tankegang å legge vekt på utfallet av det straffbare forholdet selv om det var utenfor domfeltes kontroll. Den annenvoterende (med tilslutning av én annen dommer) pekte blant annet på at de uttalelsene i høringsnotatet som det var vist til, har generell rekkevidde, og ikke sonderer etter sakenes alvorlighetsgrad. Mindretallet mente straffen burde være fengsel i 6 måneder, i sin helhet ubetinget. Det ble bemerket at uenigheten gjaldt det generelle straffenivået ved slike forbrytelser.

A.10 TR – Fare for hivsmitte for en kvinne

Instans(er): Oslo tingrett

(05-183771MED-OTIR/07)

Dato siste dom: 21. februar 2006

Tiltalte: tM (f. ca. 1962)

Fornærmede: 1 fK

Tiltalt etter: Strl. § 155 første str.alt.

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Nei

Straff: Fengsel i 8 måneder hvorav 4 måneder betinget

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): Ikke fremmet krav

Saksforhold: Retten fant bevist at tM, som kom fra Elfenbenskysten, men var bosatt i Norge, gjentatte ganger hadde ubeskyttet samleie med fK i visse perioder i løpet av et tidsrom på over tre år. Han hadde ikke opplyst at han var hivpositiv.

tM var under behandling og hadde lave virusmengder i blodet. Under henvisning til den sakkyndiges rapport hvor det het at det aldri ville være tilrådelig å unnlate å bruke kondom selv om virusmengden i blodet er lav, la retten til grunn at «tiltalte er «smitteførende» i lovens forstand uavhengig av virusmengden i blodet». Fornærmede forklarte at hun ønsket kondombruk, men at tM sa dette ikke var nødvendig, og kondom ble ikke brukt unntatt noen ganger i begynnelsen.

Under straffutmåling ble det lagt vekt på at tM «på kynisk og egoistisk måte, og over lengre tid, har eksponert [fK] for fare for hiv-smitte». Retten uttalte at allmennpreventive grunner taler for at slik eksponering straffes strengt, og at lovgiver ønsket å understreke det ved straffskjerpingen i 2003. Retten la til grunn at «skaderisikoen i denne konkrete sak har ligget i det nederste risikosjikt grunnet lav virusmengde i tiltaltes blod». Det var dissens under straffutmålingen, slik at en av meddommerne mente straffen burde ligget noe høyere.

A.11 TR- Hivsmitte overført til en kvinne

Instans(er): Oslo tingrett (TOSLO-2005-73703;
RG 2006 s. 501)

Dato siste dom: 23. september 2005

Tiltalte: tM (f. 1953)

Fornærmede: fK

Tiltalt etter: Strl. § 155 første str.alt. (men TR la til grunn strl. § 155 slik den lød før 1. september 2003)

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Ja

Straff: Fengsel i 2 år og 6 måneder

Erstatning for skade av ikke økonomisk art
(oppreisning): Kr. 200 000

Saksforhold: tM og hans kone var begge hivpositive og visste dette. tM hadde over en periode på flere år en rekke samleier med en annen kvinne fK, med og uten kondom, mange ubeskyttede. tM informerte ikke fK om at han var hivpositiv. Han påberopte seg at han hadde fortrenget det blant annet på grunn av alkoholmisbruk og fordi konen også var smittet. Dette ble ikke lagt til grunn av retten. tM gikk til behandling, men brukte periodevis bevisst ikke medisinerne fordi han på arbeidsplassen ønsket å skjule at han var smittet. Da fK oppdaget medisinerne, sa tM at han ikke var syk, og fK

forsto ikke at tM var hivpositiv. tM hadde erkjent straffeskyld for uaktsom overtredelse, men ble dømt for forsettlig overtredelse under henvisning til at han bevisst utsatte fK for smittefare.

Under straffutmålingen viste retten til HR-avgjørelsen i Rt. 2000 s. 195. Det ble lagt vekt på at fK ble smittet og hadde utviklet aidsrelaterte symptomer, herunder sannsynligvis varige endringer i hjernen. Hun var potensielt dødelig syk med lungesvikt da hun oppsøkte lege. Det ble også lagt vekt på at tM ikke hadde informert henne om faren, slik at hun eventuelt kunne startet behandling tidligere.

A.12 TR – Hivsmitte overført til en kvinne

Instans(er): Oslo tingrett

(05-073729MED-OTIR/04)

Dato siste dom: 21. september 2005

Tiltalte: tM (f. 1963)

Fornærmede: fK

Tiltalt etter: Strl. § 155

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Ja

Straff: Fengsel i 2 år og 5 måneder

Erstatning for skade av ikke økonomisk art
(oppreisning): Kr. 150 000

Saksforhold: tM (som var fra Gambia, men hadde bodd i Norge siden 1987) hadde flere samleier med fK i løpet av en høst. tM visste at han var hivpositiv. TR la til grunn at han ikke opplyste fK om dette, men tvert i mot benektet det på spørsmål fra fK. De benyttet kondom de første gangene, men sluttet med det etter at fK hadde tatt hivtest som var negativ og tM hadde forsikret henne om at tilsvarende gjaldt ham.

tM ble dømt for forsettlig overtredelse. Under straffutmålingen ble det vist til straffskjerpelsen i 2003. Det ble lagt vekt på at fK ble smittet og at smitten hadde ført til betydelige konsekvenser for henne, både kroppslige plager og stor psykisk belastning, som førte til at hun ikke fortsatte i fulltidsstudier, konsekvenser for familieliv m.m. Det ble som en skjerpene omstendighet vist til at tM ikke bare hadde fortiet at han var hivpositiv, men forsikret at han var frisk.

A.13 TR – Kvinne i Thailand utsatt for fare for hivsmitte av nordmann

Instans(er): Anke vedr. straffekravet nektet fremmet (Gulating lagmannsrett, 05-118822AST); Sunnhordland tingrett (TSUHO-2005-45579, RG 2006 s. 259)

Dato siste dom: 11. juli 2005
Tiltalte: tM (f. 1962)
Fornærmede: fK
Tiltalt etter: Strl. § 155 første str.alt., jf. strl. § 12 nr. 3 litra a (forhold begått i utlandet)
Smittsom sykdom: Hiv
Smitte overført: fK ble/var smittet, i straffespørsmålet ble det ikke funnet bevist at fK ble smittet av tM
Straff: Fengsel i 6 måneder, hvorav 3 måneder betinget
Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): LMR: Ankesak om sivilrettslig krav hevet som forlikt; TR: Kr. 30 000

Saksforhold: tM (hivpositiv nordmann) hadde under et opphold i Thailand samleie med fK. Han ønsket ikke å ha sex med fK eller andre personer som han ikke visste allerede var smittet. tM forsøkte på flere måter å informere fK om at han var hivpositiv, men det er uklart om hun forsto at det var hiv han led av. Kvinnen var pågående, og tiltalte ble utsatt for et sterkt sexpress han ikke greide å motstå. De hadde ett ubeskyttet samleie, og senere noen samleier med kondom. En test en tid etterpå viste at kvinnen var hivpositiv. Retten fant det ikke bevist utover enhver rimelig tvil at det var tiltalte som hadde smittet fornærmede. tM ble likevel dømt idet det er tilstrekkelig etter § 155 å utsette en annen for smitterisiko. Retten uttalte at det forhold at den statistiske risikoen for smitte ved ett samleie er lav, ikke er avgjørende.

Det var påberopt at tM måtte frifinnes fordi det var en voldtektslignende situasjon. Retten sluttet seg til at den som blir utsatt for voldtekt ikke kan straffes etter strl. § 155 fordi vedkommende ikke handler rettsstridig, men fant ikke at det her var tale om voldtekt eller en voldtektslignende situasjon, selv om tM ble utsatt for et sterkt sexpress. Retten bemerket at tM heller ikke kunne frifinnes som følge av at han hadde forsøkt å opplyse om sykdommen, da samtykke fra den som utsettes for smittefare, ikke fritar for straff.

TR viste under straffutmålingen til at det foreliggende tilfellet ikke var sammenlignbart med tidligere HR-avgjørelser. Det ble i formildende retning lagt vekt på at det dreide seg om et enkeltstående tilfelle og at «tiltalte ved å gifte seg med fornærmede og på den måten har sørget for at hun kom til et land med offentlig helsetilbud, til en viss grad har søkt å ta ansvar for hennes situasjon i ettertid».

TR la i forbindelse med det sivilrettslige kravet (oppreisning) til grunn som mest sannsynlig at fK var blitt smittet av tM. I utmålingen ble det lagt

vekt på at fK selv bevisst tok en ikke ubetydelig risiko, jf. skadeserstatningsloven § 5-1 om skadelidtes medvirkning.

A.14 TR- Fare for hivsmitte for to kvinner

Instans(er): Trondheim tingrett
(04-003116MED-TRON)
Dato siste dom: 23. april 2004
Tiltalte: tM (f. 1953)
Fornærmede: fK1 og fK2
Tiltalt etter: Strl. § 155
Smittsom sykdom: Hiv
Smitte overført: Nei
Straff: Fengsel i 1 år og 4 måneder
Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): Kr. 70 000 til hver av de to fK

Saksforhold: tM hadde jevnlig ubeskyttede samleier med de to fK, som han var kjæreste/samboer med i ulike perioder, over en periode på ca. to år for hver fK.

tM visste at han var hivpositiv og var orientert om smittefaren, forholdsregler mv. Virusmengden i blodet var gått tilbake som følge av behandling, men tM var informert om at han likevel var bærer av viruset. tM påberopte seg at han trodde han ikke var smittefarlig når virusmengden i blodet ikke var målbar, og at han ikke hadde fått noen ny orientering om smittefaren (men heller ingen bekreftelse på sin antagelse).

Det var usikkert hvor stor virusmengden i blodet var da han innledet forhold til fK1. Han gjorde henne ikke kjent med at han var hivpositiv eller med at det forelå noen særskilt smittefare. Han sa at han hadde en annen sykdom som kunne sammenlignes med hiv, og benektet på direkte spørsmål flere ganger at han hadde hiv. Legen som behandlet tM for hiv på sykehuset, ønsket å innkalle fK1, men tM formidlet ikke innkallingen og sa dessuten at han hadde informert fK1.

Heller ikke overfor fK2 opplyste tM om sin diagnose og smittefaren. Blant annet da fK2 ble kjent med hivlegemidlene han tok, avkreftet han at han hadde hiv og bortforklarte legemiddelbruken med at han hadde en sjelden virussykdom som han hadde pådratt seg i Afrika, og som hadde likhetstrekk med hiv. Han opplyste at han var kvitt sykdommen, og at medisinen var «etterbehandling». Han benektet at det forelå smittefare. tM opplyste senere at han var på sykehus for kreftbehandling og hadde kort tid igjen å leve, mens han i realiteten var der for behandling for hiv.

Under straffutmålingen pekte TR på at farepotensialet var betydelig selv om ingen av de to fK

ble smittet. TR uttaler at det må betegnes som en tilfældighet at ingen ble smittet, og at dette ikke kan anses som formildende. Retten viste til at det gjaldt «en livsfarlig sykdom, som krever tett oppfølging med medisiner livet ut.» Det ble ansett straffskjerpene at handlingene var begått forsettlig, og at tM fortiet og løy om sin tilstand og dessuten narret fK2 til å tro at han led av kreft. tMs atferd ble betegnet som et betydelig tillitsbrudd overfor begge fK. Det ble også ansett skjerpene at han gjentok mønstret med fortielse og løgn i forholdet til fK2 etter å ha avsluttet forholdet til fK1.

TR viste til straffskjerpelsen ved lovendringen i 2003, men forholdene var begått før dette, så tM ble dømt etter lovens tidligere ordlyd med ett straffalternativ og strafferamme på tre år. Strl. § 62 om straff for flere forhold (slik den lød før 10. januar 2003) kom til anvendelse, slik at øvre strafferamme i denne saken var fire og et halvt år. TR viste til HR-avgjørelser i Rt. 2000 s. 195 og Rt. 2002 s. 606.

A.15 HR – Hivsmitte overført til en mann

Instans(er): HR (Rt. 2002 s. 606, HR-2001-1362, 130-2002); Frostating LMR (LF-2001-456 M); Romsdal herredsrett (00-00740 M)

Dato siste dom: 8. mai 2002

Tiltalte: tK (f. 1952)

Fornærmede: fM

Tiltalt etter: Strl. § 155

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Ja

Straff: HR: Fengsel 1 år og 6 måneder, hvorav 6 måneder betinget; LMR: Fengsel 1 år og 6 måneder; Herredsretten: Fengsel 1 år og 6 måneder + inntil 5 års sikring

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): Ikke fremmet krav

Saksforhold: tK hadde flere ubeskyttede samleier, trolig et betydelig antall, med fM over en periode på rundt et halvt år, i tillegg til beskyttede samleier. Det er opplyst at de hadde et «kjæresteliggende forhold». tK visste at hun var hivpositiv, og retten la til grunn at hun visste hvordan hiv smitter og hadde fått veiledning om hvordan hun skulle unngå det. tK fortalte ikke fM om sin smittestatus, og han var ikke kjent med det på annen måte. Det ble lagt til grunn at fM ble smittet av tK. Begge parter ble vurdert som noe ressurssvake. I rettspsykiatrisk erklæring ble det konkludert med at tK hadde mangelfullt utviklede og varig svekkede sjelsevner. Det ble vurdert om fM hadde

utnyttet tKs ressurssvakheter mv. for å oppnå seksuell omgang, men HR viste til at tK også hadde hatt ubeskyttet seksuell omgang med andre etter at hun var blitt kjent med at hun var smittet.

Herredsretten ga påtalemyndigheten bemyndigelse til å anvende sikringsmidler for inntil fem år, men bemerket at det ikke var aktuelt så lenge tK levde i ordnede forhold. LMR fant ikke kravet om kvalifisert gjentagelsesfare oppfylt.

HR gjorde seks måneder av fengselsstraffen betinget under henvisning til at saken hadde tatt lang tid uten at dette kunne lastes tK.

A.16 TR – Fare for hivsmitte for en kvinne – annengangs domfellelse etter § 155

Instans(er): Trondheim byrett (01-00291 M)

Dato siste dom: 8. mai 2001

Tiltalte: tM (f. 1957)

Fornærmede: fK

Tiltalt etter: Strl. § 155

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Nei (ikke påvist)

Straff: Fengsel 1 år og 6 måneder

Erstatning for skade av ikke økonomisk art

(oppreisning): Ikke fremmet krav

Saksforhold: tM hadde ett ubeskyttet samleie med fK uten å opplyse at han var hivpositiv. De to hadde truffet hverandre samme kveld. Retten la til grunn at fK ønsket at de skulle bruke kondom av hensyn til «alle sykdommene som er ute og går», men at tM hadde opplyst at «han ikke hadde kondom, samt at han skulle passe på å ikke få utløsning inne i henne og ta med prevensjon neste gang».

Det er uttalelser i dommen om smitterisikoen ved et enkeltstående samleie uten sædavgang. Retten la til grunn at risikoen var tilstrekkelig til det var «nærliggende mulighet» for smitte.

fK lot seg teste en gang etter at hun ved opplysning fra andre ble kjent med tMs smittestatus. Prøveresultatet var negativt, men fK fulgte ikke opp med senere tester for å få bekreftet at hun ikke var smittet.

tM var tidligere dømt for å ha utsatt to andre kvinner for smittefare, og den ene av disse ble også smittet, se sak A.17. Retten la stor vekt på dette, og viste til opplysninger om at tM hadde utsatt en rekke kvinner for hivsmitte etter at han selv fikk diagnosen. Retten karakteriserte tMs opptreden som «særdeles kynisk», og viste til at både allmennpreventive og individualpreventive hensyn tilsa en meget streng reaksjon. I og med at det gjensto vesentlig soningstid av den tidligere

dommen, la retten noe vekt på at den totale soningen ikke skulle bli for lang.

A.17 HR – Hivsmitte overført til en kvinne og fare for hivsmitte for en annen kvinne

Instans(er): HR (Rt. 2000 s. 195, (55-2000); HR-2000-10-A, snr. 62/1999) (anken bare tillatt fremmet med hensyn til straffutmålingen); Frostating lagmannsrett (LF-1999-355 M); Orkdal herredsrett (99-2)

Dato siste kjennelse: 8. februar 2000

Tiltalte: tM (f. 1957)

Fornærmede: fK1 og fK2

Tiltalt etter: Strl. § 155 første ledd (slik den lød før 1995, slik den lød januar–juni 1995 og etter 23. juni 1995)

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: fK1: ja; fK2: nei

Straff: HR: som LMR (anke forkastet); LMR: Fengsel 2 år og 10 måneder; Herredsretten: Fengsel 2 år og 10 måneder

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): LMR: Som herredsretten: Kr. 150 000 til fK1 og kr. 50 000 til fK2

Saksforhold: tM utsatte to kvinner for fare for hivsmitte ved seksuell omgang under samboerforhold i henholdsvis et års tid og fire år. Han hadde mange titalls samleier med hver av dem uten beskyttelse og uten å opplyse at han var hivpositiv. Den ene av kvinnene ble smittet. LMR fant at tM «unnvek og unnlot å følge opp henvendelser fra helsemyndighetene på hjemstedet om oppfølging og videre informasjon» etter at han i 1990 var diagnostisert som hivpositiv og hadde fått informasjon om hvilke forholdsregler han måtte ta for å unngå å smitte andre. Han utviklet aids mot slutten av forholdet til fK2.

Det er uttalelser i LMR-dommen om skyldkravet, identifikasjon av smittetidspunktet, fortsatt forbrytelse, strafferamme og straffenivå og foreldelsesreglene. Det fremgikk at tM hadde utsatt ytterligere fire kvinner for smittefare, men at disse forholdene var foreldet.

HR viste til sakkyndig uttalelse og bemerket: «Selv om utsiktene ved HIV-infeksjon og AIDS som følge av de nye medisinene er bedre enn de var tidligere, må smittens alvorlige konsekvenser være et helt vesentlig moment i en slik sak.»

HR uttalte blant annet:

«Når det gjelder As subjektive forhold, dreier det seg her om forsett. Han har anført at han kom i en tvangssituasjon, hvor informasjon til

samboerne ville utløse anmeldelse. Til dette bemerker jeg at han allerede ved første samleie burde ha opplyst om HIV-smitten. For øvrig bemerker jeg at han ikke brukte kondom, og at han heller ikke tok andre forholdsregler utover at han ifølge lagmannsrettens dom avsto når han var svært syk og de to siste årene av samlivet med C hadde få samleier og trakk seg ut før sædavgang. Som de tidligere retter, mener jeg at hans forhold må karakteriseres som et kynisk tillitsbrudd overfor de to kvinnene.»

HR fant det klart at det måtte idømmes en lang fengselsstraff, under henvisning til allmennpreventive hensyn og de meget alvorlige forhold saken gjaldt, tatt i betraktning arten av smitte, skaderisikoen, skadefølgen for fK1 og domfeltes subjektive forhold. HR bemerket at det ikke er noe som hindrer domstolene i å bruke hele den strafferammen som er fastsatt i § 155, selv om praksis på mange andre områder ut fra tradisjon og ulike begrunnelser for straffen, ligger i nedre del av strafferammen. Det ble reist spørsmål av LMR og HR om den øvre strafferamme på tre år i straffeloven § 155 var vel overveid fra lovgivers side, særlig med sikte på hivinfeksjon.

LMR la til grunn at skadeserstatningsloven § 3-5 første ledd punkt a var oppfylt både overfor fK1 (fysisk skade) og fK2 (psykisk skade).

A.18 HR – Venerisk sykdom overført til hustru

Instans(er): HR (Rt. 1930 s. 64) (tidligere instans ukjent)

Dato siste dom: 7. januar 1930

Tiltalte: tM

Fornærmede: fK (tMs ektefelle)

Tiltalt etter: Strl. § 155

Smittsom sykdom: Venerisk sykdom

Smitte overført: Ja

Straff: HR: Fengsel i 90 dager; Byretten: Fengsel i 90 dager, betinget

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): -

Saksforhold: «Ektemann, som med formodning om, at han led av venerisk sykdom, hadde smittet sin hustru, blev av byretten idømt 90 dager fengsel – betinget dom. Høiesterett skjerpet dommen til ubetinget.» (Dommen er ikke inntatt med full gjengivelse i Rt., kun dette korte sammendrag er inntatt under «Meddelelser».)

Saken betraktes ikke som relevant for utvalgets vurderinger.

B. Saker som gjelder straffeloven 1902 § 155 og andre forhold av betydning for straffutmålingen

B.1 LMR – Voldtekt, mishandling i familieforhold, motarbeiding av rettsvesenet, legemsfornærmelse og overføring av hepatitt C

Instans(er): Hålogaland lagmannsrett (LH-2010-201878, (10-201878AST-HALO); Øst-Finnmark tingrett (TOSFI-2010-175101; 10-175101MED-OSFI)

Dato siste dom: 9. mars 2011

Tiltalte: tM (f. 1967)

Fornærmede: fK

Tiltalt etter: Strl. § 192 (voldtekt), § 219 første ledd, § 132a første ledd a, jf. andre ledd, jf. fjerde ledd første str.alt., § 155 andre str.alt., § 228 første ledd

Smittsom sykdom: Hepatitt C

Smitte overført: Ja

Resultat: TR dømte for alle forholdene. I ankesak om noen av forholdene frifant LMR for voldtekt etter at tiltalen var trukket pga. bevisets stilling, straffutmålingen i LMR gjelder de øvrige forholdene.

Straff: LMR: Fengsel i 1 år og 2 måneder; TR: Fengsel i 4 år

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): LMR: Krav frafalt av fK; TR: Kr. 150 000

Saksforhold: tM gjennomførte en rekke ubeskyttede samleier med fK over en periode på noen måneder. De var kjærester og delvis samboere. De første månedene fant samleiene sted uten at tM fortalte at han var smittebærer av hepatitt C. tM var kjent med smittefaren ved seksuell omgang. fK ble smittet. Det var et turbulent forhold mellom partene. I forbindelse med straffutmålingen la LMR etter opplysning fra aktor til grunn at hepatitt C er mindre smittefarlig enn hiv. LMR la til grunn at straffen isolert sett for dette forholdet ville vært noe lavere enn i fengsel i 120 dager som i Rt. 2006 s. 1246, men at det måtte tillegges noe vekt at fK faktisk ble smittet.

B.2 LMR – Voldtekt og fare for smitte med hepatitt C m.m.

Instans(er): Gulating lagmannsrett (LG-2007-101138, 07-101138AST-GULA/AVD1); Bergen tingrett (TBERG-2007-26498; 07-024698MED-BBYR/03)

Dato siste dom: 7. januar 2009

Tiltalte: tM (f. 1981)

Fornærmede: fM

Tiltalt etter: Strl. § 192 (voldtekt), § 155 første str.alt., § 198 (samleie med søsken) m.m.

Smittsom sykdom: Hepatitt C

Smitte overført: Nei

Straff: LMR: som TR: Fengsel i 2 år og 6 måneder (som fellesstraff med tidligere dom)

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): LMR: Kr. 125 000; TR: Kr. 100 000

Saksforhold: tM voldtok sin yngre halvbror fM ved analt samleie uten bruk av kondom. tM visste at han hadde hepatitt C og var kjent med smittefaren ved seksuell omgang. Smittefaren, som LMR omtalte som «rettnok liten, men likevel reell», ble ansett som straffskjerpene. Smittefaren ble også tillagt vekt i erstatningsutmålingen.

B.3 TR – Frifinnelse – tiltale for voldtekt, overføring av hiv og fare for smitte med hepatitt C m.m.

Instans(er): Oslo tingrett (TOSLO-2008-149636, 08-149636MED-OTIR/01)

Dato siste dom: 12. november 2008

Tiltalte: tM (f. 1963)

Fornærmede: fK

Tiltalt etter: Strl. § 192 (voldtekt), § 155, § 229 (skade/hensette i bevisstløs tilstand)

Smittsom sykdom: Hiv og hepatitt C (begge nevnt i tiltalepost II om strl. § 155)

Smitte overført: Ja mht. hiv

Straff: -

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): -

Saksforhold: Tiltalepunktet om strl. § 155 omfattet både hiv og hepatitt C, og gjaldt samme forhold som tiltalepunktet om voldtekt. tM ble frifunnet på alle punkter i tiltalen fordi retten ikke fant tilstrekkelig bevis til å kunne domfelle ham, uten at det er særskilte premisser i dommen knyttet til tiltalepunktet om smitteoverføring. Det synes ikke omtvistet at smitte var overført fra tM til fK, men det var uenighet om når og under hvilke omstendigheter det hadde skjedd.

B.4 LMR – Voldtekt og fare for hivsmitte

Instans(er): Begjæring om gjenopptakelse forkastet (GK-2007-111); Anke til HR nektet fremmet (HR-2007-652-U); Frostating lagmannsrett (LF-2007-1418); Trondheim ting-

rett (TTRON-2006-168277; 06-168277MED-TRON)

Dato siste dom: 28. februar 2007 (LMR)
Tiltalte: tM (f. 1978)
Fornærmede: fK
Tiltalt etter: Strl. § 192 (voldtekt) og § 155
Smittsom sykdom: Hiv
Smitte overført: Nei
Straff: LMR: Fengsel i 4 år og 2 måneder; TR:
Fengsel i 4 år og 8 måneder
Erstatning for skade av ikke økonomisk art
(oppreisning): LMR: som TR: Kr. 130 000

Saksforhold: tM voldtok fK ved vaginalt samleie uten bruk av kondom. tM (som var fra Uganda, men hadde bodd i Norge siden 2005) visste at han var hivpositiv. Ifølge legeerklæring ble tM fulgt opp «for asymptomatisk HIV-infeksjon. [...] Pasienten anses smitteførende [...]».

Ved straffutmålingen ble det blant annet vist til straffskjerpelsen i § 155 i 2003 for de alvorligste overtredelsene og HR-dommen i Rt. 2006 s. 1246. Det ble lagt vekt på brutaliteten, tMs misbruk av fKs tillit og de psykiske skadevirkningene for fK etter overgrepet samt uvissheten om hun var blitt smittet fram til det mer enn seks måneder senere ble avklart at hun ikke var smittet. Det ble videre påpekt at strl. § 155 sto sentralt ved straffutmålingen, og at det i denne sammenheng må anses som straffskjerpene at den seksuelle omgang hadde skjedd ved voldtekt med den økte smitterisikoen dette innebærer. På grunnlag av sakkyndig uttalelse ble det lagt til grunn at smittefaren regelmessig vil være noe høyere ved voldtekt enn ved ordinært frivillig samleie på grunn av «økt friksjon og fare for mikroskopiske sårddannelser i kvinnens vagina». Det ble også vist til at tM ikke kontaktet fK etterpå for å varsle at han var hivpositiv.

LMR uttalte at voldtekten isolert sett kvalifiserte til en fengselsstraff på noe over tre år. Det var dissens i LMR hvor mindretallet stemte for fengsel i 4 år og 10 måneder. Mindretallet la også vekt på at tM forgrep seg som han gjorde til tross for at han hadde engasjert seg i frivillig opplysningsarbeid mot hivsmitte, og begikk voldtekt som ikke ga fK noen mulighet til å avstå fra seksuell kontakt eller beskytte seg mot smitte.

Smittefaren ble også vektlagt i fastsettelsen av oppreisningen.

B.5 LMR – Seksuell omgang med mindreårig, fare for hivsmitte m.m.

Instans(er): Anke til HR over straffekravet nektet fremmet (HR-2007-526-U); Gulating lagmannsrett (LG-2006-149332); Haugesund tingrett (THAUG-2005-173870)

Dato siste dom: 13. desember 2006 (LMR)
Tiltalte: tM (f. 1960)

Fornærmede: fK
Tiltalt etter: Strl. § 196 (seksuell omgang med barn under 16 år), § 155 første str.alt. samt trusler, vinnings- og narkotikaforbrytelser m.m.

Smittsom sykdom: Hiv (og hepatitt C, men bare hiv nevnt i tiltalen)

Smitte overført: Nei (ikke smittet med hiv, fremgår ikke om smittet med hepatitt C)

Straff: LMR: Fengsel i 2 år; TR: Fengsel i 1 år og 6 måneder

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): LMR: Kr. 50 000; TR: Kr. 0

Saksforhold: tM hadde oralt og vaginalt samleie med fK under noe uklare omstendigheter idet begge parter var påvirket av narkotika. fK var 14 år gammel. LMR la til grunn at tM kynisk og beregnende utnyttet fK. tM var hivpositiv og hadde hepatitt C. LMR la til grunn at tM hadde utvist forsett og viste til at tiltalte hadde vært hivpositiv i mer enn 20 år og var vel kjent med smitterisikoen forbundet med dette.

LMR uttalte under straffutmålingen:

«Når det gjelder overtredelsene av straffeloven § 196 og § 155 må disse anses som graverende. Det vises da til at tiltalte – slik lagmannsretten ser det – på kynisk og beregnende måte utnyttet en ung, ukjent pike ved at han først ga henne så mye narkotika at hun ikke maktet å gjøre motstand, for deretter å misbruke henne seksuelt. I den forbindelse må det ses hen til at tiltalte – etter det lagmannsretten legger til grunn – ga B en injeksjon av ulike narkotiske stoff som ga en uvant og meget sterk rusreaksjon, ved at hun ble svimmel og uklar. Dertil kommer at tiltalte både er HIV-positiv og har hepatitt C, som begge er seksuelt overførbare, smittsomme sykdommer. Når han likevel unnlot å opplyse om dette og hadde ubeskyttet seksuell omgang med B, fremstår dette som særlig alvorlig. Selv om risikoen for smitte er liten, er den alltid til stede og det beror på tilfeldigheter om den annen part blir smittet eller ikke. Både

allmennpreventive og individualpreventive hensyn tilsier derfor en streng reaksjon.»

Om oppreisning etter skadeserstatningsloven § 3-5 uttalte LMR: «[...] Straffeloven § 155 er ikke særskilt nevnt, men rettspraksis viser at fornærmede i slike saker også kan tilkjennes erstatning i medhold av denne bestemmelsen.» I erstatningsutmålingen lagt vekt på fKs langvarige frykt for å være hivsmittet fram til dette ble avkreftet etter et halvt år.

B.6 TR – Seksuell omgang med mindreårig, fare for smitte med hepatitt B

Instans(er): Nordmøre tingrett
(05-099553MED-NOMO)

Dato siste dom: 27. september 2005

Tiltalte: tM (f. 1981)

Fornærmede: fK

Tiltalt etter: Strl. § 196 (seksuell omgang med barn under 16 år), § 155 første str.alt.

Smittsom sykdom: Hepatitt B

Smitte overført: Nei

Straff: Fengsel i 9 måneder hvorav 120 dager betinget

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): Kr. 40 000

Saksforhold: tM hadde ett vaginalt samleie med fK som var 14 år. De kjente hverandre litt, men var ikke kjærestere. Samleiet fant sted da fK var på besøk hos tM. fK var kjent med at tM hadde hepatitt B. fK oppsøkte lege og gikk til langvarig behandling på grunn av smittefaren. Først etter et års tid kunne det konstateres at hun ikke var smittet.

Basert på en sakkyndig erklæring la retten til grunn at faren for å bli smittet ved ett enkelt samleie statistisk sett er 3–20 %. Retten la videre til grunn at risikoen for å få sykdommen i kronisk form er relativt liten, men at man i så fall kan utvikle skrumplever i løpet av få år, noe som på lang sikt sannsynligvis har dødelig utgang. Retten konkluderte med at hepatitt B er en allmennfarlig smittsom sykdom i straffeloven § 155's forstand.

Ved straffutmålingen ble det vist til at tiltalte hadde hatt en kynisk holdning og utnyttet et ungt menneske og utsatt henne for risiko for alvorlig og langvarig sykdom. I forbindelse med oppreisningen ble det vist til så vel den seksuelle krenkelsen som fornærmedes frykt for å være smittet og den langvarige medisinske behandlingen fK fikk som følge av smittefaren.

B.7 LMR – Voldtekt og fare for hivsmitte

Instans(er): Anke til HR nektet fremmet (HR-2005-1224-U); Borgarting lagmannsrett (LB-2004-75159, RG 2005 s. 1595); Oslo tingrett (04-006670MED-OTIR/06)

Dato siste dom: 23. mai 2005 (LMR)

Tiltalte: tM (f. 1955)

Fornærmede: fK

Tiltalt etter: Strl. § 192 (voldtekt) og § 155

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Nei

Straff: LMR: som TR: Fengsel i 4 år og 6 måneder

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): LMR: Kr. 130 000; TR: Kr. 175 000

Saksforhold: tM utsatte fK for hivsmitte ved frivillig ubeskyttet seksuell omgang jevnlig over en periode på et års tid mens de delvis var samboere, og ved en senere anledning da han voldtok henne. tM visste at han var hivpositiv, men fortalte ikke fK dette. fK fikk vite om dette på annen måte etter at de var flyttet fra hverandre, men før voldtekten.

Det var tatt ut tiltale for fullbyrdet overtredelse av § 155, men TR dømte tM for forsøk på overtredelse av § 155, jf. § 49. TR la til grunn at tM hadde til forsett å overføre hivsmitte til fK eller utsette henne for smittefare, men drøftet spørsmålet om tM objektivt sett var «smitteførende» og objektivt sett utsatte fK for «fare» for å bli smittet. Under henvisning til at tM var under behandling og ikke hadde målbar virusmengde i blodet, fant retten at det «var så vidt liten smitterisiko at det ikke forelå noen «fare» for, det vil si nærliggende mulighet for, at fornærmede skulle bli hivsmittet». Retten la til grunn at smitterisikoen var større ved voldtekten enn ved den tidligere frivillige seksuelle omgangen, men fant likevel ikke tilstrekkelige bevis for at smittefaren var så stor at faregraden oppfylte det som kreves etter straffeloven 1902 § 155. Det ble vist til at det ikke var funnet skader i fKs underliv etter voldtekten.

LMR dømte for fullbyrdet overtredelse av § 155, og det er ingen bemerkninger i dommen med hensyn til spørsmålet om forholdet skulle anses som forsøk. Skyldspørsmålet ble avgjort av lagretten, men ikke spørsmålet om det forelå forsettlig eller uaktsom overtredelse av § 155 (i og med at lovbruddet skjedde før lovendringen i 2003 da det ble to straffalternativer). LMR la til grunn at tM handlet forsettlig og bemerket:

«Den omstendighet at han var kjent med at det som følge av vellykket behandling var liten risiko for smitte, kan ikke innebære at lovbruddet bedømmes som uaktsomt utført når det dreier seg om en voldtekt. Det er en handling som enhver, også tiltalte vet er en risikohandling i forhold til smitteoverføring. Etter lagmannsrettens oppfatning må straffeloven § 155 forstås slik at en som har skjellig grunn til å tro at han er smitteførende med en allmennfarlig smittsom sykdom og som forsettlig utsetter en annen for en handling som innebærer en smitterisiko, vil være skyldig i forsettlig overtreddelse.»

Under straffutmålingen ble det blant annet vist til tilleggsbelastningen ved at fK ved voldtekten viste at tM var hivpositiv og den lange ventetiden før det ble endelig avklart at hun ikke var smittet (seks måneder) samt sterke bivirkninger av de forebyggende medisinene.

LMR fant at det var grunnlag for å tilkjenne oppreisning etter skadeserstatningsloven § 3-5 bokstav a idet fornærmede var påført psykisk skade som følge av at tM var hivpositiv da overgrepet ble begått, og tilkjente derfor som følge av disse særlige belastningene en høyere oppreisning enn normbeløpet for voldtekt.

B.8 HR – Voldtekt og fare for hivsmitte

Instans(er): HR (Rt. 1992 s. 1076; HR-1992-95-A); Eidsivating lagmannsrett (LE-1992-1018 M) (1. instans)

Dato siste kjennelse: 2. september 1992

Tiltalte: tM (f. 1956)

Fornærmede: fK1 og fK2

Tiltalt etter: Strl. § 192 (voldtekt; bare fK1) og § 155 første ledd

Smittsom sykdom: Hiv

Smitte overført: Nei

Straff: HR: som LMR (anken forkastet); LMR: Fengsel i 3 år og 6 måneder

Erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning): Kr. 75.000 til fK1

Saksforhold: tM (som var fra Sør-Afrika og hadde bodd i flere afrikanske land, men hadde bodd i Norge siden 1987) visste at han var hivpositiv. Han voldtok fK1 (tre samleier) og hadde flere frivillige samleier med fK2, alt uten bruk av kondom. Ingen av de fornærmede kjente tMs smittestatus.

HR bemerket at straffen «kan synes streng for en voldtektsforbrytelse», men at dette «stiller seg annerledes når man tar hensyn til at den også

omfatter det forhold at domfelte på en hensynsløs og kynisk måte har utsatt de to kvinner for fare for å bli påført en livstruende sykdom. Kvinnene har levd under sterk psykisk påkjenning inntil det ble fastslått at de anses HIV negative.»

Ved straffutmålingen ble enkelte omstendigheter lagt til grunn som formildende (uvanlig lang varetekt, at tM ville føle soningen hardere på grunn av begrensede kontaktmuligheter til hjemlandet og hivsmitten, samt «klossete opptreden» hos fK1 som la seg i samme seng som ham).

5.2.3 Straffeloven 1902 § 154

Bestemmelsen rammer den som «bevirker eller medvirker til, at en farlig smittsom Sygdom finder Indgang eller almindelig Udbredelse blandt Mennesker, Husdyr eller Vækster».

Strafferammen er fengsel inntil ti år, men fra fem til 21 år dersom noe menneske omkommer eller får betydelig skade på legeme eller helbred. Under særdeles formildende omstendigheter kan bøter anvendes.

Bestemmelsen er i hovedsak uendret siden straffelovens vedtagelse i 1902. Bestemmelsen ble ikke endret ved smittevernloven. Den skjerpede strafferammen, som tidligere var fengsel fra fem år inntil på livstid, ble endret ved lov 12. juni 1981 nr. 62.

Kravet om at det må gjelde en farlig smittsom sykdom omtales av Kjerschow⁷² med henvisning til forarbeidene til straffeloven 1902. I nyere litteratur legger Bratholm og Matningsdal til grunn at begrepet i normaltillfellene vil bli tolket som synonymt med smittevernlovens begrep «allmennfarlig smittsom sykdom» for så vidt gjelder sykdommer som kan overføres til mennesker.⁷³ I forarbeidene til straffeloven 2005 la også departementet til grunn at begrepet nå antakelig må forstås på denne måten, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 128. Smittevernlovens definisjon og forskriftsfastsatte liste vil imidlertid ikke være avgjørende, jf. punkt 5.2.2.5 om dette i tilknytning til straffeloven 1902 § 155 som dessuten bruker smittevernlovens begrep.

Bestemmelsen i § 154 stiller ingen særskilte krav til smittemåte. Alle smittemåter kan således i prinsippet omfattes.

⁷² Peder Kjerschow: *Almindelig borgerlig straffelov med kommentarer*, Oslo 1930, s. 429.

⁷³ Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 286.

Kjerschow⁷⁴ omtaler også hva som ligger i begrepene «finder Indgang» og «almindelig Udbredelse». Smitteoverføring til en enkelt person av en sykdom som er alminnelig utbredt i egnen omfattes ikke. Bestemmelsen omfatter sykdomsspredning til områder hvor sykdommen ikke forekommer fra før. På steder hvor sykdommen forekommer, må handlingen medføre videre utbredelse. Det legges til grunn at det må være tale om fare for en ubestemt krets av personer. Det er uklart hvor mange personer som må smittes.

I «bevirker» ligger at det ikke er nødvendig at gjerningspersonen selv smitter en rekke andre. Straffebudet kan ramme den som smitter én person, som i sin tur smitter flere andre.⁷⁵

Bestemmelsen er et skadedelikt, det må faktisk ha funnet sted smittespredning som beskrevet. Det er altså ikke tilstrekkelig for fullbyrdet overtredelse at gjerningspersonen har handlet slik at det oppsto fare for slik smittespredning.

Skyldkravet er forsett, og forsettet må dermed også omfatte kravet om å finne inngang eller allmenn utbredelse. I Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 128 bemerkes at dette har ført til at bestemmelsen har vært vanskelig å anvende i praksis.⁷⁶

I straffebudet likestilles den som «bevirker» og den som «medvirker til» slik smittespredning. Forsøk er også straffbart, jf. straffeloven 1902 § 49.

Etter straffeloven 1902 § 159 er det dessuten straffbart å inngå avtale («forbund») med noen i hensikt å bevirke eller medvirke til forbrytelse mot § 154. Strafferammen er fengsel inntil ti år.

Hagstrøm⁷⁷ drøfter hva som skal til for å anvende § 154 i forbindelse med hiv. Dette har i alle fall delvis sammenheng med at det da boken ble skrevet var uavklart om dagjeldende § 155 som rettet seg mot «smitsom Kjonssygdøm», var anvendelig i forbindelse med hiv, jf. punkt 5.2.2.1. Se også uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling⁷⁸ og Bratholm og Matningsdal.⁷⁹

⁷⁴ Peder Kjerschow: *Almindelig borgerlig straffelov med kommentarer*, Oslo, 1930, s. 428–429.

⁷⁵ Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 286. Også Svein Slettan: *Straff og enkelte andre restriktive tiltak mot AIDS*, Lov og Rett 1987 s. 515–537 (s. 519).

⁷⁶ Se også Svein Slettan: *Straff og enkelte andre restriktive tiltak mot AIDS*, Lov og Rett 1987 s. 515–537 (s. 519).

⁷⁷ Viggo Hagstrøm: *AIDS som juridisk problem*, Oslo, 1988, s. 70–72.

⁷⁸ Brev 1. oktober 1985 (JDLOV-1985-2995).

⁷⁹ Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 287.

Overtredelse som fører til at noe menneske omkommer eller får «betydelig skade på legeme eller helbred», jf. legaldefinisjonen i § 9, straffes med fengsel fra fem til 21 år, jf. § 154 andre ledd. Dette er den eneste av straffebestemmelsene om smittsomme sykdommer som har fastsatt minstestraff. Skadefølgene nevnt i andre ledd behøver ikke nødvendigvis omfattes av gjerningspersonens forsett, jf. straffeloven 1902 § 43, hvorefter det er tilstrekkelig at den handlende kunne ha innsett muligheten for en slik følge, eller at han har unnlatt etter evne å avverge følgen etter at han ble oppmerksom på faren.

Bestemmelsen i § 154 kan etter omstendighetene brukes i konkurrans med straffebestemmelser om legemskrenkelser. Ved skade eller død hos husdyr eller planter, kan straffebestemmelsene om skadeverk og grovt skadeverk i straffeloven 1902 §§ 291 og 292 være aktuelle i konkurrans med § 154.⁸⁰

Påtalen er ubetinget offentlig.

Avvergelsesplikten etter straffeloven 1902 § 139 omfatter forbrytelser som nevnt i § 154.⁸¹

Straffebudet i § 154 videreføres ikke som en egen bestemmelse i ny straffelov. Når det gjelder smitte til mennesker, vil handlinger som rammes av straffeloven 1902 § 154 kunne rammes av straffeloven 2005 §§ 237 og 238. Omfattende spredning av en sykdom vil være et moment som gjør at overtredelsen regnes som grov, jf. § 238. Smittespredning blant dyr og planter anses nå ivaretatt ved matloven (lov 19. desember 2003 nr. 124 om matproduksjon og mattrygghet mv.) som har en egen straffebestemmelse i § 28, jf. punkt 6.9. Det vises til Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 128–129. For øvrig vil straffebestemmelser om skadeverk etter omstendighetene kunne anvendes ved spredning av smitte til husdyr og planter som tilhører andre. For særlige tilfeller antas at også straffebestemmelser om miljøkriminalitet vil kunne være aktuelle. Det vises til Straffelovkomisjonens delutredning VII⁸² s. 401 og Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 129.

Utvalget har ikke kjennskap til domfellelser etter straffeloven 1902 § 154.

Utvalget har søkt å klarlegge om straffebudet har blitt vurdert anvendt i forbindelse med smittespredning gjennom vann eller luft som har ført til

⁸⁰ Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 287.

⁸¹ Se Svein Slettan: *Straff og enkelte andre restriktive tiltak mot AIDS*, Lov og Rett 1987 s. 515–537 (s. 527).

⁸² NOU 2002: 4 *Ny straffelov – Straffelovkomisjonens delutredning VII*.

sykdomsutbrudd med mange syke og i noen tilfeller flere døde.

I Bergen hadde man i 2004 et utbrudd av sykdommen giardiasis (infeksjon med parasitten *Giardia lamblia*) som følge av spredning med drikkevann. Det antas at mer enn 5000 personer ble smittet. Rundt 500 personer sendte erstatnings-søknad til Bergen kommune. Politietterforskning ble iverksatt, men saken ble først henlagt. Etterforskningen ble tatt opp igjen etter pålegg fra overordnet påtalemyndighet, og det ble utferdiget et forelegg til Bergen kommune på kr. 800 000 for brudd på matloven og drikkevannsforskriften (forskrift 4. desember 2001 nr. 1372 om vannforsyning og drikkevann). Forelegget ble trukket tilbake på grunn av kompetansemangel hos politiet til å utstede slik bot. Saken ble senere henlagt av riksadvokaten under henvisning til at det ikke forelå tilstrekkelig grunn til å ilegge foretaksstraff, herunder ble det tatt i betraktning at Bergen kommune var i ferd med å få bygget det mest avanserte drikkevannsanlegget i Norge på det tidspunktet giardiasisutbruddet skjedde. Norges Miljøvernforbund, som hadde inngitt anmeldelse for forholdet, påklaget henleggelsen. Riksadvokaten sendte saken til Økokrim, men klagen ble ikke tatt til følge. Se punkt 6.9 om matloven. Straffeloven 1902 § 154 synes ikke vurdert.

Østfold politidistrikt har etter henvendelse fra utvalget opplyst at det i 2005 ble iverksatt etterforskning på bakgrunn av et utbrudd av legionellose som medførte at ca. 55 personer ble syke og ti døde. Saken ble henlagt med begrunnelsen «Henlagt fordi anmeldtes forhold ikke er straffbart» fordi man fant at det ikke forelå uaktsomhet fra bedriftens side. Det er ikke opplyst hvilke straffebestemmelser som ble vurdert i saken.

Det var utbrudd av legionellose i Østfold også i 2008, men Østfold politidistrikt har opplyst at de ikke har funnet andre straffesaker knyttet til spredning av legionellasmitte enn den nevnte henleggelsen.

Rogaland politidistrikt har etter henvendelse fra utvalget opplyst at politiet i Stavanger i 2001 iverksatte etterforskning i sak som gjaldt legionellasmitte som ble spredt fra kjøletårn ved et hotell. Rundt 28 personer ble syke og syv døde. Saken ble henlagt i 2003 under koden «avgjort utenfor straffesak», og henleggelsen ble tiltrådt av statsadvokaten i Rogaland. Utvalget har ikke mottatt opplysninger om grunnlaget for henleggelsen og hvilke straffebestemmelser som ble vurdert.

Videre iverksatte politiet i Stavanger i 2007 etterforskning i sak som gjaldt legionellasmitte i en svømme- og idrettshall. Saken ble i 2008 hen-

lagt etter bevisets stilling for så vidt gjaldt smittevernoverlegen, og henlagt overfor kommunen under henvisning til at foretaksstraff ikke ble ansett hensiktsmessig. Legen og kommunen hadde status som mistenkte, men det ble ikke tatt ut siktelse. Utvalget har ikke mottatt opplysninger om hvilke straffebestemmelser saken ble vurdert opp mot, men saken var kodet «spesiallover/diverse», det vil at det ikke var straffeloven. Det er opplyst at kommunen etter utbruddet i Stavanger i 2001 hadde arbeidet iherdig med legionellaforebygging, og at dette trolig medvirket til henleggelse.

Straffeloven 1902 § 154 synes heller ikke vurdert i forbindelse med etterforskningen mot produsenten av munnpenselen Dent-O-Sept som medførte pseudomonasinfeksjon hos en rekke pasienter i helseinstitusjoner etc. Temaet for politiets etterforskning var mulige straffbare overtredelser av lov 12. januar 1995 nr. 6 om medisinsk utstyr, herunder også lovens bestemmelser om det offentliges tilsynsansvar og meldeplikt. Politiet kom etter en samlet vurdering av de innsamlede bevis til at det ikke kunne føres bevis for at bedriften hadde opptrådt på en slik måte at straffansvar kunne gjøres gjeldende etter lov om medisinsk utstyr § 12. Saken ble henlagt etter bevisets stilling.

5.2.4 Straffeloven 1902 § 154a

Bestemmelsen i § 154a rammer spredning av «uriktig eller villedende informasjon som i vesentlig grad kan motvirke gjennomføring av tiltak som er nødvendig for å hindre, stanse eller begrense alvorlig utbrudd av allmennfarlig smittsom sykdom». Skyldkravet er forsett eller uaktsomhet. Strafferammen er bøter eller fengsel inntil to år, og medvirkning straffes på samme måte.

Straffebudet i § 154a ble tilføyd i forbindelse med smittevernloven. Regelen ble gitt med tanke på kritiske situasjoner hvor folkehelsen er truet, og begrunnet med at uriktig eller villedende informasjon vil kunne få en viss grobunn og derigjennom hindre gjennomføring av aktuelle tiltak. Eksempler kan være opprop om boikott av et påbud om vaksiner, eller anbefaling av uvirkosomme tiltak til fortrenghet for effektive tiltak. Det vises til NOU 1990: 2 s. 101 og Ot.prp. nr. 91 (1992–1993) s. 181.

Bratholm og Matningsdal drøfter blant annet hva som ligger i flere av bestemmelsens begreper.⁸³ Begreper som er definert i smittevernloven, vil vanligvis forstås på samme måte i forbindelse med straffeloven, men smittevernlovens definisjoner vil ikke nødvendigvis være avgjørende.

Utvalget har ikke kjennskap til domfellelser etter straffeloven 1902 § 154a.

Bestemmelsen er ikke videreført i ny straffelov. Straffelovkommissjonen mente bestemmelsen legger for sterke bånd på ytringsfriheten, jf. Grunnloven § 100. Kommissjonen pekte også på at smittevernloven § 4-8 gir hjemmel til å pålegge ethvert innenlandsk massemedium å ta inn meldinger til befolkningen ved alvorlig utbrudd av allmennfarlig smittsom sykdom. På den måten kan man motvirke skadevirkninger og feilinformasjon, jf. Straffelovkommissjonens delutredning VII s. 401–402. Se også Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 129.

5.2.5 Straffeloven 1902 § 156

Straffebudet i § 156 rammer overtredelse av regler og enkeltvedtak som er gitt til forebyggelse eller motarbeidelse av smittsomme sykdommer.

Bestemmelsen lyder:

§ 156. Den, som vidende om, at han derved volder Fare for, at en smitsom Sygdom finder Indgang eller almindelig Udbredelse blandt Mennesker eller Husdyr, overtræder de Regler, der lovlig er givne til Forebyggelse eller Motarbeidelse af Sygdommen, eller enkeltvedtak truffet i medhold af smittevernloven, straffes med Bøder eller med Fængsel indtil 2 Aar, men indtil 4 Aar, saafremt paa Grund heraf noget Menneske omkommer eller faar betydelig Skade paa Legeme eller Helbred. Medvirkning straffes på samme måte. Overtredelse av smittevernloven § 5-1 straffes likevel ikke.

Det antas at begrepene «finder Indgang» og «almindelig Udbredelse» tolkes på samme måte som etter straffeloven 1902 § 154, jf. punkt 5.2.3.

I motsetning til § 154 krever ikke § 156 at sykdommen er farlig, og det kreves heller ikke at smittespredning faktisk har skjedd. Bestemmelsen i § 156 er således et faredelikt. Faren må være skapt ved overtredelse av regelverk eller enkeltvedtak som angitt. Kjerschow⁸⁴ legger til grunn at det må være skapt en konkret fare for smittespredning, at faren må være nærliggende og at den må være en «almenfare». Bratholm og Matningsdal⁸⁵ tillegger at faren må være slik at det er

en forholdsvis nærliggende mulighet at sykdommen finner inngang eller blir alminnelig utbredt, men at det ikke kreves sannsynlighet for dette.

Så vel en handling som en unnlatelse kan være overtredelse i lovens forstand. Alternativet som gjelder overtredelse av enkeltvedtak etter smittevernloven, ble tilføyd i forbindelse med vedtagelse av smittevernloven fordi det var uklart om bestemmelsen gjaldt overtredelse av enkeltvedtak. Samtidig ble det fastsatt at overtredelse av smittevernloven § 5-1 om plikter for den som er eller kan være smittet, ikke straffes, jf. § 156 i.f.

I tillegg til brudd på smittevernloven, kan overtredelse av matlovgivningen etter omstendighetene være straffbar etter § 156, men dette antas mindre aktuelt nå som matloven har en egen straffehjemmel, jf. punkt 6.9. Når det gjelder enkeltvedtak, gjelder § 156 bare overtredelse av vedtak etter smittevernloven.

Det kreves årsakssammenheng mellom regelbruddet og smittefaren.⁸⁶

Skyldkravet er forsett. I tillegg kreves at gjerningspersonen er «vidende om» at han eller hun volder slik fare som straffebudet omfatter. Dette innebærer et krav om positiv kunnskap.⁸⁷

I motsetning til § 154 som gjelder sykdom hos mennesker, husdyr eller vekster, rammer § 156 bare sykdom hos mennesker og husdyr.

Til forskjell fra §§ 154 og 155 kreves det ikke at den smittsomme sykdommen er (allmenn-)farlig.

Strafferammen er bøter eller fengsel inntil to år, også for medvirkning. Strafferammen økes til fengsel i inntil fire år dersom overtredelsen fører til at noe menneske omkommer eller får «betydelig skade på legeme eller helbred», jf. legaldefinisjonen i § 9. Disse følgene behøver ikke omfattes av gjerningspersonens forsett, jf. straffeloven 1902 § 43. Dersom forsettet omfatter følgene, kan straffeloven 1902 §§ 231 eller 233 om forsettlig grov legemsbeskadigelse eller drap være aktuelle, eventuelt i konkurrans med § 156.

Bestemmelsen kan ikke anvendes i konkurrans med bestemmelser i helsepersonellovgivningen. Det er i smittevernloven § 8-1 fastsatt at straffeloven 1902 §§ 156 og 357 ikke kommer til

⁸³ Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 289–292.

⁸⁴ Peder Kjerschow: *Almindelig borgerlig straffelov med kommentarer*, Oslo 1930, s. 433

⁸⁵ Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 298.

⁸⁶ Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 298.

⁸⁷ Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 299.

anvendelse ved overtredelse av plikter som omfattes av helsepersonellovgivningen. Dersom helsepersonell bryter smittevernloven på en måte som ikke bryter helsepersonellovgivningen, kan derimot §§ 156 og 357 være aktuelle.⁸⁸

Utvalget har ikke kjennskap til domfellelser etter straffeloven 1902 § 156, med unntak av en sak fra 1963 som er nevnt i klagesak⁸⁹ for sivilombudsmannen vedrørende fare for tuberkulose-smitte i en fengselsanstalt. Det fremgår at den ene av de smittefarlige personene var domfelt etter § 156 fordi han ikke etterkom de hygieniske påbud som var pålagt ham (trolig i medhold av tuberkuloselovgivningen). Dette var før lovendringen i forbindelse med smittevernloven hvoretter § 156 ikke (lenger) rammer smittedes brudd på sine plikter, jf. siste punktum. I forbindelse med straffutmålingen skal retten blant annet ha uttalt: «Ved utmålingen av straffen for forbrytelsen mot strl. § 156 legger retten i skjerpene retning vekt på at tiltalte har lagt for dagen en høy grad av lettsindighet og ansvarsløshet ved til stadighet uten permisjon fra vedkommende sykehus eller helseheim å ha ferdedes på og ved Oslo Østbanestasjon og andre steder i Oslo hvor han kom i berøring med mange mennesker. Han har derfor gjennom lengere tid utsatt almenheten for en betydelig smittefare.» I en annen sak⁹⁰ som også gjaldt fare for tuberkulosesmitte, ble den smittede frifunnet for overtredelse av § 156, jf. tuberkuloselovgivningen.

Se punkt 5.2.3 for omtale av påtaleavgjørelser i enkelte tilfeller av smittespredning hvor det ble etterforsket om det forelå brudd på særlovgivning, jf. også punkt 6.9 om matloven.

I straffeloven 2005 videreføres ikke straffeloven 1902 § 156 som sådan. Men smittevernloven § 8-1 endres fra å være en henvisning til straffelovens bestemmelser til å være en selvstendig straffebestemmelse som langt på vei tilsvarende § 156. Det vises til Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 118–119 og de spesielle merknadene til endringene i smittevernloven § 8-1 (s. 503). Bestemmelsen gjelder imidlertid bare brudd på smittevernloven eller vedtak i medhold av denne. Matloven har en egen straffebestemmelse som kan være aktuell når det gjelder smittespredning blant dyr eller smittespredning til mennesker via mat der-

som handlingen utgjør overtredelse av bestemmelser gitt i eller i medhold av matloven. Se punkt 4.3.9.1 om smittevernloven § 8-1 og punkt 6.9 om matloven. Se også punkt 6.7 om folkehelse-loven, herunder om lovens kapittel 3 om miljørettet helsevern, som har en egen straffebestemmelse.

Til forskjell fra straffeloven 1902 § 156 vil smittevernloven § 8-1 ramme overtredelse av loven uavhengig av om overtredelsen skaper en konkret smittefare, på samme måte som straffeloven 1902 § 357, jf. punkt 5.2.6.

5.2.6 Straffeloven 1902 § 357

I straffeloven 1902 kapittel 36 om «Forseelser med Hensyn til den almindelige Sundhed» står § 357 som setter straff for å overtre lover eller forskrifter «sigtende til Forebyggelse eller Modarbejdelse af smitsomme Sygdomme eller til den almindelige Sundheds Beskyttelse».

I forbindelse med smittevernloven ble det i andre ledd tatt inn en tilføyelse som klargjør at det samme gjelder overtredelse av vedtak truffet i medhold av smittevernloven. Høyesterett hadde i Rt. 1971 s. 854 kommet til at «Forskrifter» også omfattet en isolasjonsbestemmelse som et helseråd hadde truffet med hjemmel i den tidligere sunnheitsloven § 15.

Så vel en handling som en unnlattelse kan være overtredelse i lovens forstand.

Det er fastsatt at overtredelse av smittevernloven § 5-1 om plikter for den som er eller kan være smittet, ikke straffes, jf. straffeloven 1902 § 357 i.f.

I motsetning til straffeloven 1902 § 156 krever § 357 ikke at det er oppstått noen konkret fare ved overtredelsen av den aktuelle lovgivningen eller vedtak i medhold av denne. Slik overtredelse uten at det skapes konkret fare, er altså en forseelse, mens brudd på § 156 er en forbrytelse.

Smittevernloven § 8-1 viser til straffeloven 1902 §§ 156 og 357, men bestemmelsene kan tenkes brukt også ved overtredelse av andre lover med de angitte formål.

Strafferammen i § 357 er bøter eller fengsel inntil tre måneder. I alvorligere tilfeller vil § 156 etter omstendighetene kunne anvendes under forutsetning av det faktisk har oppstått fare.

Utvalget er ikke kjent med domfellelser etter § 357 i de senere tiår. Eksempler på eldre saker⁹¹ er Rt. 1980 s. 1383 som gjaldt henleggelse av

⁸⁸ Anders Bratholm og Magnus Matningsdal: *Straffeloven med kommentarer, Anden del. Forbrydelser*, Oslo 1995, s. 299.

⁸⁹ Sivilombudsmannens årsmelding, sak 780/64, Somb-1965-49 (1965 s 72). Det fremgår ikke hva straffen ble utmålt til.

⁹⁰ Høyesteretts kjennelse 18. april 1951, Rt. 1951 s. 394.

⁹¹ Se også note 2581 til straffeloven (til § 357) i Norsk Lovkommentar, Gyldendal Rettsdata (2012), skrevet av Magnus Matningsdal.

avfall, Rt. 1971 s. 854 som hadde sitt utspring i brudd på isolasjonsbestemmelser i forbindelse med fare for smitte med kopper, og Rt. 1950 s. 778 som gjaldt anbringelse av gjødsel på en slik måte at det forurenset naboens brønnvann. Mellbye⁹² skrev i 1987 at han ikke kjente til straffesaker som følge av unnlatelse av å følge plikt til innleggelse.

På samme måte som § 156, videreføres ikke straffeloven 1902 § 357 i straffeloven 2005, men smittevernloven § 8-1 endres slik at den inneholder en straffebestemmelse som langt på vei tilsvare § § 156 og 357. Bestemmelsen rammer overtredelse av smittevernloven og vedtak i medhold av denne uten krav om at det er oppstått konkret smittefare ved overtredelsen. Se punkt 4.3.9.1 om smittevernloven § 8-1. Se også punkt 6.7 og 6.9 om henholdsvis folkehelseloven og matloven.

5.2.7 Straffeloven 1902 § 152a

I straffeloven 1902 kapittel 14 om allmennfarlige forbrytelser står også § 152a som i særlige tilfeller kan tenkes å være aktuell i forbindelse med visse former for spredning av smittsomme sykdommer. Bestemmelsen gjelder ikke overføring ved vanlig kontakt mellom mennesker eller spredning ved annen ordinær virksomhet, men rammer blant annet bioterrorisme og bruk av og ulike former for ulovlig befatning med biologiske våpen.

Miltbrannspor er et eksempel på smittestoff som kan misbrukes på denne måten.

På bakgrunn av FN-konvensjon 10. april 1972 om forbud mot utvikling, framstilling og lagring av bakteriologiske (biologiske) våpen og toksinvåpen, samt tilintetgjøring av slike våpen, som Norge har ratifisert, ble det ved lov 1. juni 1973 nr. 29 tilføyd en bestemmelse i straffeloven 1902 § 153a som rammet bioterrorisme og ulike former for ulovlig befatning bakteriologiske våpen m.m. Bestemmelsen i § 153a ble opphevet ved lov 22. juni 2012 nr. 49 som også endret straffeloven 1902 § 152a. Det ble lagt til grunn at den endrede § 152a dekker innholdet i § 153a. Etter lovendringene i 2012 er straffeloven 1902 § 152a i all hovedsak likelydende med straffeloven 2005 § 142 om ulovlig befatning med farlig materiale mv.

Bestemmelsen rammer også ulovlig bruk eller befatning med andre typer farlig materiale, og gjennomfører flere konvensjoner, jf. konvensjon 13. januar 1993 om forbud mot utvikling, produksjon, lagring og bruk av kjemiske våpen samt

⁹² Asbjørn Kjøenstad og Fredrik Mellbye: *Aids og juss – kampen mot smittsomme sykdommer – fra svartedauen til hiv-epidemien*, Oslo, 1987, s. 42.

øydelegging av dei⁹³, konvensjon 3. mars 1980 om fysisk beskyttelse av nukleært materiale og nukleære anlegg (endret 8. juli 2005) og FNs konvensjon 13. april 2005 om kjernefysisk terrorisme, jf. Prop. 96 L (2011–2012) *Endringer i straffelova 1902 mv. (straffebod mot kjernefysisk terrorisme mv.)*.

Strafferammen i § 152a er fengsel inntil 10, 15 eller 21 år avhengig av hva slags handling det er tale om. Medvirkning straffes på samme måte, jf. § 152a siste ledd.

Andre av straffelovens bestemmelser kan også være aktuelle ved bruk av smittestoffer eller smittestoffprodukter i terrorøymed og lignende.

Avvergelsesplikten etter straffeloven 1902 § 139 omfatter forbrytelser som nevnt i § 152a.

5.3 Straffeloven 2005 §§ 237 og 238

5.3.1 Innledning

Straffeloven 2005 (lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff) skal avløse straffeloven 1902. Loven er vedtatt, men ikke satt i kraft med unntak av kapittel 16 Folkemord, forbrytelse mot menneskeheten og krigsforbrytelse. Straffeloven 2005 i sin helhet vil ikke bli satt i kraft før tidligst i 2014.

Om prinsipper for kriminalisering etter straffeloven 2005, herunder skadefølgeprinsippet, se punkt 3.2.

Straffebudet i straffeloven 1902 § 155 videreføres i straffeloven 2005 § 237 om smitteoverføring og § 238 om grov smitteoverføring. Bestemmelsene står i lovens kapittel 23 om vern av folkehelsen og det ytre miljø. Også straffeloven 1902 § 154 videreføres (delvis) i §§ 237 og 238.

Straffeloven 1902 §§ 154a, 156 og 357 videreføres ikke i straffeloven 2005, jf. punkt 5.2.4 til 5.2.6. Hovedinnholdet i straffebudene i §§ 156 og 357 overføres til smittevernloven § 8-1, jf. punkt 4.3.9.1. Straffeloven 1902 § 152a og straffeloven 2005 § 142 er etter lovendringer i all hovedsak likelydende, jf. punkt 5.2.7 og 5.4.

⁹³ Straffeloven 1902 § 152a og straffeloven 2005 § 142 dekker ikke forpliktelsene i konvensjonen 13. januar 1993 om kjemiske våpen fullt ut. Bestemmelsene i lov 6. mai 1994 nr. 10 om gjennomføring av Konvensjonen om forbud mot utvikling, produksjon, lagring og bruk av kjemiske våpen samt øydelegging av dei, vil derfor gjelde side om side med straffeloven, men slik at straffebestemmelsen i særlovens § 5 bare vil komme til anvendelse dersom ikke forholdet rammes av (visse) bestemmelser i straffeloven. Det vises til Ot.prp. nr. 8 (2008–2009) s. 189, 323 og 350, Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 127–128, og Prop. 96 L (2011–2012) *Endringer i straffelova 1902 mv. (straffebod mot kjernefysisk terrorisme mv.)* s. 9–10.

5.3.2 Straffelovkommisjonens forslag

I NOU 2002: 4 *Ny straffelov – Straffelovkommisjonens delutredning VII* ble det foreslått at straffeloven 1902 § 155 (og delvis § 154) videreføres – med enkelte endringer – som tre bestemmelser om henholdsvis vanlig, grov og grovt uaktsom påføring av smitte eller fare for smitte (se lovsisse §§ 25-10 til 25-12, jf. s. 335–336).

Forslaget videreførte en gjerningsbeskrivelse som omfatter både faktisk overføring av smitte og det å utsette en annen for smittefare. Kommisjonen uttalte at det vil bero på en skjønsmessig helhetsvurdering av handlingen og følgene av den om overtredelsen er grov, og anga i skissen til § 25-11 hvilke momenter det særlig burde legges vekt på i helhetsvurderingen. Det ble bemerket at det her dreier seg om ansvar for uaktsomme følger, det vil si at gjerningsmannen må ha utvist uaktsomhet i forhold til følgene for at de skal kunne tas i betraktning.

Straffelovkommisjonen pekte på at forslaget må sees i sammenheng med at straffeloven 1902 § 154 ikke ble foreslått videreført.

Straffelovkommisjonen foreslo at skyldkravet skulle være forsett (§ 25-10) eller grov uaktsomhet (§ 25-12), slik at simpel uaktsom smitteoverføring ikke skulle være straffbar. Dette i tråd med forslag om at simpel uaktsomhet som hovedregel ikke skulle rammes av ny straffelov.

Videre mente kommisjonen at det ikke var grunn til å opprettholde kravet om at gjerningspersonen selv er smitteførende, selv om dette stadig nok vil være den mest praktiske måten overtredelsen skjer på, jf. s. 335. Dette kravet fremgår av ordlyden «med skjellig grunn til å tro at han er smitteførende» i straffeloven 1902 § 155, noe som også innebærer et avvikende skyldkrav. Som en konsekvens av dette ble formuleringen «med skjellig grunn til å tro at han er smitteførende» foreslått utelatt, jf. s. 169 og 335. Forslaget innebar at straffebestemmelsene skulle rette seg mot enhver som forårsaker smittespredning, ikke bare gjerningspersoner som selv er smitteførende.

Straffelovkommisjonen foreslo en straffeframme på fengsel inntil tre år for vanlig forsettlig overtredelse og for grovt uaktsom overtredelse, herunder grovt uaktsom grov overtredelse. For forsettlig grov overtredelse ble det foreslått en strafferamme på ti år, jf. s. 338.

Kommisjonen foreslo å videreføre vilkåret om allmenne hensyn for å reise påtale når gjerningspersonen er en av fornærmedes nærmeste. Det ble vist til at ubetinget påtale kunne føre til støtende rettsforfølgninger mellom nærstående.

5.3.3 Lovproposisjonen

I Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)* drøftet man om straffeloven 2005 burde ha bestemmelser om smitteoverføring, før man redegjorde nærmere for utforming og innhold i de foreslåtte bestemmelsene, jf. s. 118–120.

Departementet konkluderte med at det ikke ville være noen fullgod løsning å la de generelle straffebestemmelsene om kroppsskade ivareta kriminaliseringsspørsmålet på området. Det ble vist til at en bestemmelse om smitteoverføring dekker andre sider av forholdet enn bestemmelsene om kroppsskade. En smittevernbestemmelse er i hovedsak begrunnet i samfunnsmessige interesser – beskyttelsen av folkehelsen, mens bestemmelsene om kroppsskade skal verne enkeltpersoners legemlige integritet. Det ble videre vist til at bestemmelsene om kroppsskade bare vil komme til anvendelse dersom en person faktisk pådrar seg smitte. Departementet anså det ønskelig at den risikoatferden det er å utsette noen for smittefare, fortsatt skal være straffbar. Det ble også pekt på at skyldkravet i bestemmelsene om kroppsskade ofte ikke vil være oppfylt i smittetilfeller, slik at handlingen ikke rammes. Departementet bemerket at man i norsk straffelov ikke har et generelt straffebud som rammer det å fremkalle fare for andre, slik man har i Sverige. Om rettstilstanden i Sverige, se punkt 7.3.

Departementet fant det heller ikke ønskelig å overføre straffebudet i straffeloven 1902 § 155 til smittevernloven og viste til at bestemmelsen omfatter meget alvorlige overtredelser som bør stå i straffeloven. Det stilte seg annerledes med straffeloven 1902 § 156 som allerede var knyttet til smittevernloven gjennom henvisningen i smittevernloven § 8-1, jf. punkt 4.3.9.1 og 5.2.5.

Lovforslaget i proposisjonen bygget på Straffelovkommisjonens forslag, men inneholdt bare to bestemmelser (§§ 237 og 238) i stedet for tre. Videre omfattet forslaget i proposisjonen også simpel uaktsomhet og fjernet den særskilte påtaleregelen til fordel for en samtykkebestemmelse for en nærmere bestemt personkrets ved seksuelt overførbart sykdom, jf. punkt 5.3.6 og 5.3.7.

Om høringsuttalelsene, se punkt 10.2.

Departementet kommenterte fremkommet kritikk mot § 155 slik:

«Enkelte høringsinstanser har fremhevet – særlig knyttet til HIV-smittede – at straffeloven 1902 § 155 unødig stigmatiserer denne gruppen, og at bestemmelsen indirekte kan medføre at færre personer velger å teste seg selv. Det er særlig vist til at straffeloven 1902 § 155 i de seneste tiår i praksis har vært anvendt på tilfeller med overføring av HIV-smitte eller fare for slik smitte.

Departementet vil til dette bemerke at smittevernbestemmelsen er generell, og omfatter spredning av alle typer allmennfarlige smittsomme sykdommer. Den har de siste tiårene blitt anvendt ved HIV-smitte, men bestemmelsen rammer altså en rekke tilfeller ut over dette. Smittevernbestemmelsen har en allmennpreventiv virkning, og er med det med på å hindre forekomsten og utbredelsen av allmennfarlige sykdommer. At bestemmelsen innenfor en viss tidsperiode kan ha et særskilt nedslagsfelt overfor visse allmennfarlige sykdommer, og at dette for de aktuelle grupper kan oppleves som stigmatiserende, gir ikke tilstrekkelig grunn til å la være å videreføre smittevernbestemmelsen. At straffebestemmelsen oppleves som stigmatiserende for enkelte grupper, er primært en følge av fordommer i samfunnet. Det må tas på alvor at enkelte grupper kjenner seg stigmatisert, og fordommene bør motvirkes med egnede virkemidler.»

5.3.4 Behandlingen i Stortinget

Justiskomiteen hadde flere merknader til lovforslaget uten at det ble fremsatt alternative forslag, jf. Innst. O. nr. 73 (2008–2009) s. 20–21.

Flertallet (medlemmene fra Arbeiderpartiet, Høyre og Sosialistisk Venstreparti) uttrykte tilfredshet med forslaget om at samtykke skal fritta for straff når den som er utsatt for smitte/-fare er gjerningspersonens ektefelle, registrerte partner eller samboer (se nærmere i punkt 5.3.7). Det ble pekt på at det vil kunne forhindre uheldig rettsfølgning mellom nærstående, i tillegg til at sterke menneskelige hensyn taler for å fritta for straff i slike tilfeller.

Flertallet viste til at vurdering av fare må foretas konkret i det enkelte tilfellet, og at for eksempel bruk av kondom fritar for straffansvar. Videre ble det vist til at det i dag finnes medisiner som reduserer smittefaren, og at det er grunn til å tro at denne utviklingen fortsetter. Det ble bemerket at bruk av slik medisin ikke automatisk vil fritta for straff, men at det for fremtiden må vurderes kon-

kret om en person utgjør en smitterisiko i et slikt omfang at lovens vilkår er oppfylt.

Komiteen hadde ikke innvendinger mot at det ikke lenger skal være et krav at gjerningspersonen selv er smittet. Flertallet viste til at et slikt krav vil kunne føre til at enkelte straffverdige forhold ikke rammes, for eksempel spredning av legionellabakterier fra kjøletårn.

Når det gjelder uaktsomhetsansvaret, hadde komiteen ikke innvendinger mot at vanlig uaktsomhet omfattes, men flertallet bemerket at uaktsomhetsterskelen «må ligge i det øvre sjiktet av den ordinære uaktsomhetsnormen». Det ble understreket at det ikke er tilstrekkelig for å pådra seg strafferettslig ansvar at man har hatt ubeskyttet sex uten å la seg teste.

Flertallet uttalte at de antar påtalemyndigheten vil utvise forsiktighet med påtale for smitteoverføring ved deling av sprøyter og lignende, og at det bare unntaksvis vil være aktuelt å påtale slike forhold.

Komiteens flertall viste også til at det internasjonalt er reist spørsmål ved lovgivning som kriminaliserer overføring av hivsmitte eller fare for dette, slik man finner i mange industrialiserte land og et raskt voksende antall utviklingsland. Det ble pekt på at argumentet om å beskytte folkehelsen benyttes både for og imot slik lovgivning, men at det er lite uavhengig og systematisert kunnskap om hvordan slike lover anvendes i praksis og de konsekvenser de har for folkehelse og vern mot overgrep. Det ble bemerket at begge sider argumenterer for beskyttelse mot smitte, kvinners særlige sårbarhet og samfunnets holdninger til likeverdig inkludering av HIV-positive». Det ble videre vist til at UNAIDS sammen med UN Inter-regional Crime and Justice Research Institute hadde tatt initiativ til å kartlegge lovgivning på området, for å kunne gi forskningsbasert veiledning når det gjelder anvendelse av lovgivning som kriminaliserer overføring av hiv. Flertallet mente at det burde foretas en gjennomgang av den norske rettstilstanden i lys av en slik kartlegging.

Flertallet viste videre til arbeidet med ny hivstrategi og fremhevet at det i dette arbeidet er viktig med tiltak for å styrke forskning om forebygging og behandling av hiv. Det var etter flertallets syn behov for bedre kunnskap om utilsiktede effekter av gjeldende regulering og om risiko for smitteoverføring fra personer under effektiv behandling.

Et mindretall (komiteens medlemmer fra Høyre) viste til at det råder berettiget tvil om hvorvidt trussel om straff er et egnet virkemiddel for å forebygge spredning av hiv, og at den norske

straffebestemmelsen «ikke nødvendigvis har vært gjenstand for oppdaterte helsefaglige vurderinger, internasjonale erfaringer og synspunkter hevdet av blant annet UNAIDS». Dette mindretallet så det som en helt nødvendig justering at samtykke mellom ektefeller og samboere skal fritas for straff, men «viser til at finnes en hel rekke andre eksempler hvor en sexpartner samtykker til ubeskyttet sex, og hvor de samme prinsipielle hensynene også vil kunne gjøre seg gjeldende». Disse medlemmene støttet lovforslaget «i mangel på en bred nok evaluering av någjeldende § 155 i straffeloven».

Komiteens medlemmer fra Fremskrittspartiet og Høyre fremmet følgende mindretallsforslag (forslag 5, se s. 21 og 70):

«Stortinget ber Regjeringen om å foreta en bred, helsefaglig vurdering av hvilke tiltak som effektivt virker forebyggende mot HIV-smitte, med spesielt fokus på hvorvidt oppdatert kunnskap tilsier at straffeloven 2005 §§ 237–238 rent faktisk virker forebyggende og at eventuelle forslag til lovendringer fremlegges for Stortinget innen rimelig tid.»

Bestemmelsene i §§ 237 og 238 ble enstemmig vedtatt i samsvar med lovforslaget i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009).

5.3.5 De vedtatte bestemmelsene i straffeloven 2005 §§ 237 og 238

Straffebudet i § 237 er grunndeliktet, mens § 238 fastsetter høyere strafferammer for grove overtredelser av grunndeliktet.

Bestemmelsene, som ble tilføyd ved lov 19. juni 2009 nr. 74, lyder:

§ 237 Smitteoverføring

Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som overfører smitte eller utsetter en annen person for fare for å bli smittet av en allmennfarlig smittsom sykdom.

Straff kommer ikke til anvendelse når den som er blitt smittet av en seksuelt overførbar sykdom eller utsatt for slik smittefare er ektefelle eller samboer med den som har overført smitte eller utsatt vedkommende for smittefare, og ektefellen eller samboeren på forhånd har samtykket i å bli utsatt for slik fare.

Uaktsom smitteoverføring straffes med bot eller fengsel inntil 1 år.

§ 238 Grov smitteoverføring

Grov smitteoverføring straffes med fengsel inntil 6 år. Ved avgjørelsen av om smitteoverføringen er grov skal det særlig legges vekt på om den har medført

- a) allmenn utbredelse av sykdommen eller fare for slik utbredelse, eller
- b) tap av liv eller betydelig skade på kropp eller helse.

Uaktsom grov smitteoverføring straffes med fengsel inntil 3 år.

5.3.6 Nærmere om § 237 – Smitteoverføring

Straffebudet i § 237 er grunndeliktet og angir gjerningsbeskrivelsen, skyldkrav, ordinære strafferammer samt straffrihetsgrunn i form av samtykke i visse tilfeller.

Gjerningsbeskrivelsen i § 237 som lyder «overfører smitte eller utsetter en annen person for fare for å bli smittet», tilsvarer gjerningsbeskrivelsen i straffeloven 1902 § 155. Som i dag er det ikke et krav at smitte faktisk overføres. Det er tilstrekkelig for fullbyrdet overtredelse at noen utsettes for smittefare, jf. spesialmotivene i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 414–415 hvor det også pekes på at hvorvidt det faktisk overføres smitte vil kunne ha betydning for om overtredelsen skal vurderes som grov, jf. § 238 første ledd bokstav b, se punkt 5.3.8.

Om smittefarens størrelse heter det i proposisjonen (spesialmotivene s. 414):

«Ordlyden antyder intet om hvor stor denne risikoen må være, men som etter gjeldende rett er det ikke nødvendig at det er sannsynlig at den annen blir smittet som følge av gjerningspersonens handling. Departementet legger til grunn at gjeldende rett videreføres på dette punkt, og at den nærmere grensdragningen og avklaringen for den nedre grense av risiko bør skje gjennom rettspraksis.»

Det er i spesialmotivene også uttalt at dersom man ved seksuelt samkvem bruker kondom, vil straffansvar ikke inntre. Dette må forstås som forsvarelig bruk av kondom.

Videre heter det:

«Dersom man er HIV-smittet, men går på medisiner, må det vurderes konkret i det enkelte tilfellet om personen utgjør en smitterisiko i et slikt omfang at lovens vilkår er oppfylt dersom personen har ubeskyttet sex. Bakgrunnen for dette er at det i dag finnes medisiner som bety-

delig reduserer smittefaren, og det er grunn til å tro at denne utviklingen vil fortsette.»

Dette ble understreket også av justiskomiteens flertall ved behandlingen av lovforslaget, jf. punkt 5.3.4.

På samme måte som straffeloven 1902 § 155 gjelder § 237 «allmennfarlige smittsomme sykdommer», og definisjonen og den forskriftsfastede listen i smittevernlovgivningen vil være rettleidende for hvilke sykdommer dette omfatter, men ikke avgjørende, jf. punkt 5.2.2.5. I spesialmotivene til § 237 i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) er det vist til Ot.prp. nr. 91 (1992–93) *Om lov om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven)* s. 28 og 121–122 om forståelsen av definisjonen av allmennfarlig smittsom sykdom i smittevernloven § 1-3. Det heter at innholdet i dette kriteriet vil kunne endres over tid, blant annet ut fra behandlingsmulighetene for ulike sykdommer og mulighetene for smitteoverføring. Se også punkt 4.3.2.3.

Skyldkravet i straffeloven 2005 § 237 er forsett eller uaktsomhet på samme måte som etter straffeloven 1902 § 155. Straffelovkommisjonen foreslo – i tråd med sitt generelle standpunkt – at bare forsett og grov uaktsomhet skulle rammes.

Hovedreglen i straffeloven 2005 § 21 er at straffelovgivningen rammer bare forsettlige lovbrudd med mindre annet er bestemt. Det er imidlertid en rekke bestemmelser som fastsetter at også uaktsomhet rammes, eller eventuelt bare grov uaktsomhet.

Lovforslaget i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) og den vedtatte § 237 omfatter både grov og alminnelig (simpler) uaktsomhet. Dette er i proposisjonen s. 119 begrunnet med at effektivitetshensyn gjør dette nødvendig på smittevernområdet. Det er videre vist til at det er den løsning straffeloven 1902 har, og at denne foreslås videreført for øvrige allmennfarlige lovbrudd, blant annet bestemmelsen om forgiftning. Det heter at forslaget bygger på en grunntanke om at det for de mest alvorlige allmennfarlige lovbruddene bør være tilstrekkelig med alminnelig uaktsomhet.

Hva som ligger i de ulike skyldkravene, er regulert i straffeloven 2005 §§ 22 og 23 som lyder slik:

§ 22. Forsett

Forsett foreligger når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud

- a) med hensikt,

- b) med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen, eller

- c) holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet.

Forsett foreligger selv om lovbrøyteren ikke er kjent med at handlingen er ulovlig, jf. § 26.

§ 23. Uaktsomhet

Den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom.

Uaktsomheten er grov dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse.

I spesialmotivene til § 237 (s. 414) heter det: «For at det skal foreligge forsett, må lovovertræderen normalt være klar over eller regne det som overveiende sannsynlig at den handlingen han utfører, overfører eller utsetter en annen for fare for å bli smittet med en allmennfarlig smittsom sykdom.»

Eventuelt forsett må imidlertid være tilstrekkelig, slik at det foreligger forsett også om gjerningspersonen bare har holdt dette for mulig, men valgte å handle selv om det skulle være tilfelle at smitteoverføring eller smittefare ville oppstå.

En forskjell fra straffeloven 1902 § 155 er at det avvikende skyldkravet som lå i passusen «med skjellig grunn til å tro at han er smitteførende» er utelatt. Bakgrunnen for dette er et ønske om at straffebudet også skal ramme tilfeller hvor smitten ikke overføres fra person til person. Etter § 237 er det således intet krav at gjerningspersonen selv er smitteførende. Bestemmelsen vil kunne ramme smitte som spres via vann, mat eller luft, for eksempel legionella-smitte som spres fra kjøletårn, jf. NOU 2002: 4 *Ny straffelov – Straffelovkommisjonens delutredning VII* s. 169, 335 og 336 samt Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 117 ff. I spesialmotivene heter det at overføringen «kan skje direkte – typisk ved seksuelt samkvem, dråpesmitte eller blod-til-blod smitte. Overføringen kan også skje indirekte – for eksempel ved luftbåren smitte.»

Et annet eksempel på forhold som rammes av § 237, men ikke av § 155, kan være en injeksjon med blod eller annen væske som inneholder smittestoffer som ikke nødvendigvis stammer fra gjerningspersonen. Uten det avvikende skyldkravet må spørsmålet om gjerningspersonens kunnskap eller mistanke om smittefaren vurderes som ledd i den ordinære vurderingen av om det foreligger

skyld i form av forsett eller uaktsomhet. Det legges til grunn i forarbeidene at dette i praksis ikke vil medføre en vesentlig endring.

En realitetsendring er bestemmelsen i § 237 andre ledd om at samtykke fra fornærmede fritar for straff når fornærmede tilhører en nærmere angitt personkrets og det gjelder en seksuelt overførbar sykdom, se særskilt omtale av dette i punkt 5.3.7.

Utvalget kan ikke se at det blant de saker etter straffeloven 1902 § 155 som utvalget har kjennskap til fra rettspraksis, er saker som ikke også ville rammes av straffeloven 2005 § 237.

Så vel § 237 som § 238 har ulike strafferammer for forsettlige og uaktsomme overtredelser. Den ordinære strafferammen (§ 237) er fengsel inntil tre år ved forsettlig overtredelse og et år ved uaktsom overtredelse. For grov smitteoverføring (§ 238) er strafferammen fengsel inntil seks år for forsettlig og inntil tre år for uaktsom overtredelse, det vil si samme strafferamme som i straffeloven 1902 § 155, som ikke har egne strafferammer for grov overtredelse. Spørsmålet om en overtredelse er forsettlig eller uaktsom, vil prosessuelt være en del av straffespørsmålet, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 119. Spørsmålet om det foreligger vanlig eller grov overtredelse, det vil si om forholdet rammes av § 238 eller bare av § 237, er derimot en del av skyldspørsmålet. Se nærmere om § 238 i punkt 5.3.8.

Det fremgår av spesialmotivene at det ikke er meningen å endre det gjeldende straffenivået.

I straffeloven 2005 kapittel 3 Grunnvilkår for straffansvar er det blant annet bestemmelser om medvirkning og forsøk, som er straffbart etter henholdsvis §§ 15 og 16. I §§ 17 til 20 er det regler om nødrett, nødverge, selvtækt og tilregnelighet. Faktisk uvitenhet og rettsuvitenhet er regulert i §§ 25 og 26. I tillegg kommer ulovfestede rettsstridsbegrensninger.⁹⁴ Se også punkt 5.2.2.8.

Geografisk virkeområde følger av straffeloven 2005 §§ 4 til 6. Under visse forutsetninger gjelder norsk straffelovgivning også handlinger foretatt i utlandet. Overtredelse av §§ 237 og 238 i utlandet rammes dersom gjerningspersonen er norsk statsborger eller har bosted i Norge, når handlingen er straffbar også etter loven i landet der den er foretatt, jf. § 5 første ledd nr. 1. Det samme gjelder andre personer som oppholder seg i Norge, når handlingen har en lengstestråff på fengsel i mer enn et år, jf. § 5 tredje ledd. Dette er aktuelt

for forsettlig overtredelse av §§ 237 og 238 og uaktsom grov overtredelse, jf. § 238 andre ledd.

Etter § 5 femte ledd gjelder norsk straffelovgivning også for handlinger som er foretatt i utlandet av andre personer enn dem som omfattes av første til fjerde ledd, dersom handlingen har en lengstestråff på fengsel i seks år eller mer og er rettet mot noen som er norsk statsborger eller er bosatt i Norge. Dette omfatter forsettlig grov smitteoverføring, jf. § 238 første ledd.

Påtale etter § 5 reises bare når allmenne hensyn tilsier det, jf. syvende ledd. Ved strafforfølgning etter § 5 kan ikke straffen overstige den høyeste lovbestemte straff for tilsvarende handling i det landet der den er foretatt, jf. § 5 sjette ledd.

Bestemmelsene i §§ 237 og 238 kan anvendes samtidig (i konkurrans) med bestemmelser i straffeloven 2005 kapittel 26 om seksuallovbrudd og kapittel 25 om voldslovbrudd, i og med at bestemmelsene verner ulike interesser, jf. spesialmotivene s. 414.

5.3.7 Særskilt om samtykke – § 237 andre ledd

På samme måte som straffeloven 1902 har ikke straffeloven 2005 generelle regler om hvilken betydning fornærmedes samtykke har for straffbarheten.

I straffeloven 2005 kapittel 25 om voldslovbrudd mv. har man i § 276 bestemmelser om samtykke fra den fornærmede i tilknytning til slike lovbrudd. Straff etter §§ 271 (kroppskrenkelse), 272 (grov kroppskrenkelse), 273 (kroppsskade) og 274 første ledd (grov kroppsskade) kommer ikke til anvendelse når den handlingen er rettet mot, har samtykket, jf. § 276 første ledd. Etter § 276 andre ledd kan straffen for gjerningspersonen settes under minstestrafen eller til en mildere straffart enn den som følger av §§ 275 (drap) eller 274 andre ledd (forvoldelse av betydelig skade på en annens kropp eller helse) i tilfelle der noen med eget samtykke er drept eller påført betydelig skade på kropp eller helse.

I tillegg kan det være særskilte samtykkebestemmelser i andre deler av loven.

Straffeloven 2005 § 237 andre ledd har en bestemmelse om at straff ikke kommer til anvendelse når den som er blitt smittet av en seksuelt overførbar sykdom eller utsatt for slik smittefare, er ektefelle eller samboer med den som har overført smitte eller utsatt vedkommende for smittefare, og ektefellen eller samboeren som er blitt utsatt for smitte(-fare), på forhånd har samtykket i å bli utsatt for slik fare.

⁹⁴ Se Magnus Matningsdal: *Norsk spesiell strafferett*, Bergen, 2010, s. 7.

Se punkt 5.2.2.11 om betydningen av samtykke i forbindelse med straffeloven 1902 § 155 samt den særskilte påtaleregelen i § 155 når fornærmede er blant gjerningspersonens nærmeste.

Straffelovkommisjonen⁹⁵ foreslo videreføring av en særskilt påtaleregulering med et vilkår om allmenne hensyn for å reise påtale når gjerningspersonen er en av den fornærmedes nærmeste, som et unntak for den foreslåtte hovedregelen om ubetinget påtale for overtredelser med en høyere strafferamme enn to års fengsel.

I Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) valgte man en annen løsning, se s. 119–120. Departementet viste til behandlingen av spørsmålet om påtalebegjæring generelt i Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) *Om lov om straff (straffeloven)* s. 59–64 og 486–487. Departementet bemerket at man hadde fulgt opp Straffelovkommisjonens forslag om at straffbare handlinger er undergitt ubetinget offentlig påtale med mindre annet er bestemt i lov, jf. straffeprosessloven ny § 62a første ledd (§ 62a tilføyes ved lov 20. mai 2005 nr. 28 som endret ved lov 19. juni 2009 nr. 74). I § 62a andre ledd er det gitt en regel om at påtalemyndigheten kan henlegge en sak med en øvre strafferamme på fengsel inntil to år hvis ikke allmenne hensyn taler imot det. Henleggelsen krever en særlig begrunnelse. Ordningen med påtalebegjæring fra den fornærmede forlætes når bestemmelsen trer i kraft.

Departementet kunne heller ikke se at et særskilt unntak fra regelen om ubetinget offentlig påtale i tilstrekkelig grad varetar ønsket om ikke å utsette en ektefelle, registrert partner eller samboer for strafforfølgning dersom den som har blitt smittet eller utsatt for slik fare selv ikke ønsker dette. Departementet gikk derfor ikke inn for en slik påtaleregulering, men foreslo i stedet at straff ikke kommer til anvendelse dersom den som har blitt smittet av en seksuelt overførbart sykdom eller utsatt for slik smittefare er en ektefelle, registrert partner eller samboer, og vedkommende på forhånd har samtykket i å bli utsatt for smittefare.

Samtykke fra den som utsettes for smitte eller fare for å bli smittet, fritar bare for straff i tilfeller som nevnt i § 237 andre ledd. Begrunnelsen for at samtykkebestemmelsen er gjort snever, er at § 237 skal verne den offentlige interessen i å beskytte befolkningen mot spredningen av allmennfarlige smittsomme sykdommer, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 120 og 414.

Departementet bemerket i proposisjonen at man ikke gikk inn for

«[...] en generell regel om at straff ikke kommer til anvendelse dersom samtykke foreligger (straffbarhetsvilkåret). Reelt sett har dansk rett en slik regel gjennom kriteriet «hensynsløs måte» i dansk straffelov § 252 andre ledd. Dersom vedkommende frivillig for eksempel ønsker å medvirke til ubeskyttet samleie, har ikke atferden vært hensynsløs. Departementet er også kjent med at ulike FN-organer – blant annet UNAIDS – gjennom sine retningslinjer har anbefalt slike løsninger når det gjelder kriminalisering av HIV-smitte. Avgjørende for departementets standpunkt er at smittevernbestemmelsene skal tjene å verne den offentlige interessen i å beskytte samfunnet mot spredningen av allmennfarlige sykdommer. Om den enkelte «fornærmede» har samtykket eller ikke, bør da ikke være avgjørende for om overføringen av smitte er straffbart eller ikke. Det vil også kunne oppstå vanskelige bevisspørsmål, således om det er gitt et – «informert» – samtykke eller ikke. I en del tilfeller vil samtykke-spørsmålet, utenfor faste parforhold, gjøre seg gjeldende i situasjoner som ikke legger til rette for veloverveide avgjørelser. Departementet foreslår derfor ikke noen generell regel om at samtykke fritar for straff.

Når det gjelder kjærestelignende parforhold som ikke omfattes av forslaget til samtykkeregulering, vil straffeprosessloven § 62 a kunne anvendes slik at det ikke tas ut tiltale når den ene part har utvist uaktsomhet, og strafforfølgning av vedkommende ville fremstå som urimelig.»

Utvalget antar at det i praksis ikke vil bli vesentlig forskjell i strafforfølgning av smitteoverføring/-fare innen den personkretsen som omfattes av samtykkeregelen. Dette som følge av påtaleregelen i straffeloven 1902 § 155 i.f. om at offentlig påtale ikke tas ut uten etter begjæring fra fornærmede med mindre allmenne hensyn tilsier det, når fornærmede er den skyldiges nærmeste. En forskjell vil være at den som er utsatt for smitte/-fare ikke i ettertid råder over spørsmålet. Avgitt samtykke vil være straffriende selv om vedkommende i etterkant skulle ønske at strafforfølgning finner sted.

Det virker etter utvalgets mening for øvrig mer naturlig med en samtykkebestemmelse som gjelder ektefelle og samboer, enn en påtaleregulering som i utgangspunktet gjelder alle som defineres som gjerningspersonens «nærmeste», noe som også omfatter en rekke andre i familien, blant annet foreldre, barn og søsken, jf. legaldefinisjon

⁹⁵ NOU 2002: 4 *Ny straffelov - Straffelovkommisjonens delutredning VII*, s. 335.

nen i straffeloven 1902 § 5 og straffeloven 2005 § 9.

Det er ikke fastsatt formkrav for samtykket. I spesialmotivene til § 237 uttales om samtykkebestemmelsen (s. 414–415):

«I annet ledd er det gitt en særregel som slår fast at straff ikke kommer til anvendelse dersom den som blir smittet av en seksuelt overførbart sykdom eller utsatt for slik smittefare er ektefellen eller samboeren til den personen som smitter eller utsetter vedkommende for smittefare, når den sistnevnte samtykker i dette. Samtykket må være informert, dvs. at den som samtykker må forstå rekkevidden av samtykket og kan vurdere konsekvensene av å utsette seg for smittefare. Dette kan for eksempel oppnås ved å kontakte helsepersonell for å få informasjon til hjelp i vurderingen av om samtykke skal gis. Det stilles ikke formkrav til samtykket, men av bevismessige grunner kan det være en fordel om det nedfelles skriftlig, eventuelt med vitner. Samtykket kan når som helst trekkes tilbake, men tilbaketrekkningen har kun virkning fremover i tid. Det må ikke hefte noen ugyldighetsgrunn ved samtykket, slik som tvang eller svik – for eksempel slik at man forleder en annen til å samtykke ved bevisst å gi uriktige opplysninger om hva slags seksuelt overførbart sykdom det gjelder.

Også registrerte partnere omfattes av annet ledd, jf. lov 30. april 1993 nr. 40 og ekteskapsloven § 95 første ledd, som tillegger et partnerskap samme rettsvirkninger som et ekteskap. Med samboere menes to personer som bor fast sammen under ekteskapslignende forhold, jf. straffeloven 2005 § 9 siste ledd.»

Ekteskapsloven er nå kjønnsnøytral, jf. punkt 6.16, og samtykkebestemmelsen må omfatte både ektepar og samboere uavhengig av kjønn.

5.3.8 Nærmere om § 238 – Grov smitteoverføring

Bestemmelsen i straffeloven 2005 § 238 setter høyere strafferammer for grove overtredelser av grunndeliktet i § 237, og angir momenter som kan medføre at overtredelsen anses som grov. Dette gjelder både forsettlig og uaktsomme overtredelser, men med ulike strafferammer.

Til tross for ordlyden innledningsvis i § 238 antas det at bestemmelsen i prinsippet også kan brukes for overtredelser som ikke har ført til fak-

tisk smitteoverføring, men bare fare for smitte, for eksempel der svært mange utsettes for smittefare. I praksis vil det nok som oftest vil være faktisk smitteoverføring som blir vurdert å være grov, jf. særlig momentene i bokstav b. Momentene i bokstav a omfatter imidlertid også *fare* for allmenn utbredelse av smitten.

Kjerneområdet for § 238 vil være tilfeller hvor overføring av smitte har ført til allmenn utbredelse av sykdommen eller fare for slik utbredelse, eller har medført tap av liv eller betydelig skade på kropp eller helse, jf. momentene i § 238 første ledd bokstav a og b. Virkeområdet for bestemmelsen er imidlertid ikke begrenset til slike tilfeller. Om en overtredelse av § 237 skal regnes som grov, må bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering, og momentlisten i § 238 er ikke uttømmende. Momentene er i prinsippet verken nødvendige eller tilstrekkelige for avgjørelsen av om overtredelsen skal regnes som grov, jf. ordlyden «særlig legges vekt på». Også andre forhold kan tas i betraktning i spørsmålet om det skal dømmes for grov smitteoverføring, herunder subjektive forhold. For eksempel vil smittespredning med hensikt kunne trekke i retning av at overtredelsen er grov.

Første ledd andre punktum bokstav a omhandler tilfeller hvor overføringen enten har «medført allmenn utbredelse av sykdommen eller fare for slik utbredelse». Hva som ligger i kriteriet «allmenn», må bero på en konkret helhetsvurdering. Det bør i hvert fall kreves at overføringen har hatt et visst omfang – enten gjennom å skape en fare for overføring eller at den faktisk har hatt smitte som følge. I spesialmotivene ble det uttalt at man ikke fant «grunn til å kvantitativt angi en nedre grense», og at den nærmere grensedragningen overlates til domstolene. Det ble fremholdt at hensynene bak smittevernbestemmelsene bør stå sentralt ved vurderingen.

Første ledd andre punktum bokstav b omhandler de tilfeller hvor overføringen har medført «tap av liv eller betydelig skade på kropp eller helse».

Begrepet «betydelig skade på kropp eller helse» er definert slik i straffeloven 2005 § 11:

Med betydelig skade på kropp og helse menes tap eller vesentlig svekkelse av en sans, et viktig organ eller en viktig kroppsdel, vesentlig vansirethet, livsfarlig eller langvarig sykdom, eller alvorlig psykisk skade.

Betydelig skade er det også når et foster dør eller skades som følge av en straffbar handling.

Se også Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 409 med videre henvisninger med hensyn til slik betydelig skade.

Bestemmelsen i § 238, særlig bokstav a, må for øvrig ses i sammenheng med at straffeloven 1902 § 154 ikke videreføres, jf. punkt 5.2.3 og NOU 2002: 4 *Ny straffelov – Straffelovkommisjonens delutredning VII* s. 336. Strafferammen i straffeloven 1902 § 154 er ti års fengsel, men fra fem til 21 års fengsel dersom noe menneske omkommer eller får betydelig skade på legeme eller helse som følge av handlingen.

Departementet bemerket i spesialmotivene til straffeloven 2005 § 238 (s. 415) at strafferammen på seks år for forsettlig grov overtredelse bør brukes fullt ut for de særlig grove tilfellene, og at gjeldende straffenivå etter straffeloven 1902 § 155 bør videreføres.

Andre ledd i straffeloven 2005 § 238 omhandler uaktsom grov smitteoverføring. Strafferammen er her fengsel inntil 3 år. I spesialmotivene (s. 415) er det bemerket at strafferammen er satt slik «for at en i praksis skal kunne oppnå en ønsket gradering i straffutmålingen hvor det i de aller groveste tilfellene bare er utvist uaktsomhet».

Det er i spesialmotivene uttalt at avgjørelsen av om overtredelsen er grov, prosessuelt hører til skyldspørsmålet. Det følger av straffeloven 2005 § 24 at gjerningspersonen i det minste må ha utvist uaktsomhet med hensyn til følgene for at de skal kunne tas i betraktning, jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 427–428. Bestemmelsen i § 24 om uforsettlig følge lyder:

En uforsettlig følge inngår i vurderingen av om et lovbrudd er grovt dersom lovbrøtteren har opptrådt uaktsomt med hensyn til følgen eller unnlatt etter evne å avverge følgen etter å ha blitt oppmerksom på at den kunne inntre.

5.4 Andre relevante bestemmelser i straffeloven 2005

Bestemmelsene i straffeloven §§ 237 og 238 om smitteoverføring har en gjerningsbeskrivelse som kan tenkes å omhandle samme forhold som andre straffebestemmelser i straffeloven 2005. Især vil dette antagelig gjelde straffeloven 2005 § 239 om allmennfarlig forgiftning og § 240 om alvorlig miljøkriminalitet i kapittel 23 om vern av folkehelsen og det ytre miljø, og bestemmelsene om kroppsskade mv. i kapittel 25 om voldslovbrudd.

Spredning av smitte kan rammes av §§ 237 og 238, mens spredning av gift eller stoffer med til-

svarende virkning kan rammes av straffeloven 2005 § 239 om allmennfarlig forgiftning. Ved spredning av visse typer stoffer kan det være uklart om det er §§ 237 og 238 eller § 239 som bør komme til anvendelse. Dette gjelder for eksempel spredning av botulintoksin, som ikke er smittestoffer, men et toksisk smittestoffprodukt.

Avgjørende for om §§ 237 og 238 vil kunne anvendes sammen (i konkurrans) med andre straffebestemmelser, vil være om bestemmelsene tar sikte på forskjellige sider ved det straffbare forholdet. Dette vil typisk kunne være tilfelle med hensyn til straffebestemmelsene i kapittel 25 om voldslovbrudd mv., i første rekke bestemmelsene om kroppsskade i §§ 273 og 274 samt § 280 om uaktsom forvoldelse av betydelig skade på kropp eller helse. Disse straffebudene skal verne individet, mens §§ 237 og 238 (også) skal verne folkehelsen. Det må vurderes konkret om de aktuelle straffebudene fullt ut dekker hverandre. Bestemmelsene i § 239 om allmennfarlig forgiftning og § 240 om alvorlig miljøkriminalitet, vil trolig sjeldnere kunne anvendes i konkurrans med §§ 237 og 238. Dersom det sentrale ved den straffbare handling er spredning av smittsom sykdom, vil §§ 237 og 238 være de aktuelle bestemmelsene. Disse verner i vesentlig grad de samme interessene som straffebudene i §§ 239 og 240, mens selve middelet eller handlingsmåten, eventuelt unnlattelsen, er ulikartet.

Bestemmelsene om smitteoverføring må også sees i sammenheng med straffeloven 2005 § 142 om ulovlig befatning med farlig materiale. Straffebudet rammer ulovlig bruk av eksplosivt eller radioaktivt materiale, biologiske eller kjemiske våpen m.m. når handlingen begås «med forsett om derved å volde fare for tap av menneskeliv eller betydelig skade på kropp, eiendom eller miljø ulovlig». Se NOU 2000: 24 *Et sårbart samfunn*⁹⁶ s. 194–201 om bruk av ulike smittestoffer og toksiner som biologiske stridsmidler.

Spredning av sykdommer i stort omfang kan gjøres i terrorøyemed, men §§ 237 og 238 er ikke med i oppregningen i straffeloven 2005 § 131 første ledd av hvilke straffebud som anses som terrorhandling dersom det foreligger terrorhensikt. Smittespredning anses således ikke som terrorhandling i lovens forstand.

Avvergingsplikten etter straffeloven 2005 § 196 omfatter ikke straffbare handlinger som nevnt i §§ 237 og 238.

⁹⁶ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2000/nou-2000-24.html?id=143248>

Kapittel 6

Andre relevante lover

6.1 Straffeprosessloven

Straffeprosessloven (lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker) regulerer strafferechtsapparatet og behandlingen av straffesaker fra etterforskning til behandling i retten og fullbyrding.

Riksadvokaten har ikke utarbeidet egne retningslinjer for politiet og påtalemyndigheten om etterforskning og irettføring av saker som gjelder overføring eller spredning av smittsomme sykdommer.

Ut fra brev av 28. juni 2011 fra riksadvokaten til utvalget og opplysninger i dommer etter straffeloven 1902 § 155, legges til grunn at de fleste saker om smitteoverføring eller smittefare mellom personer kommer til politiets kunnskap ved at fornærmede inngir anmeldelse. I noen tilfeller har én fornærmet inngitt anmeldelse, og politiet har gjennom etterforskning funnet flere forhold som det tas ut tiltale for. Iblant har anmelderen også opplyst om andre mulige fornærmede som har vært utsatt for smittefare av anmeldte. Politiet kan også få kunnskap om smittetilfeller gjennom den bistandsplikt politiet har etter smittevernloven § 4-10, jf. punkt 4.3.5.

Straffeforfølgingen synes sjelden å ha bakgrunn i melding fra helsepersonell.

Mellbye¹ skriver imidlertid at han som helserådsordfører i Tromsø «et par ganger – og etter meget tvil – gikk til politianmeldelse av kjønnsyke fordi de så åpenbart hadde brutt straffelovens bestemmelser. Så vidt jeg erindrer førte anmeldelsene ikke til annet enn betinget dom.» Utvalget har ikke nærmere kjennskap til disse tilfellene som må ha funnet sted i perioden 1946–1950².

I Ot.prp. nr. 51 (2002–2003) s. 40–42 refereres en høringsuttalelse fra Pluss – Landsforeningen mot aids hvor det opplyses at helsepersonell i et

tilfelle gikk til anmeldelse for brudd på straffeloven 1902 § 155 fordi fornærmede selv ikke ville anmelde forholdet.³

Smittevernloven hjemler ikke unntak fra taushetsplikten for å politianmelde smittefarlig atferd, jf. punkt 4.3.3.3. Helsepersonellovens bestemmelse om unntak fra taushetsplikt vil kunne hjemle det i helt særskilte tilfelle, jf. helsepersonelloven § 23 nr. 4.

Når det gjelder smittespredning gjennom luft, vann og næringsmidler mv., kan det være aktuelt for tilsynsorganer, for eksempel Mattilsynet, å melde forholdet til politiet.

Straffeprosesslovens tredje del omhandler bevis. Her står kapittel 10 om vitner hvor man i § 119 har forbud mot at retten tar i mot forklaring fra blant annet leger, psykologer, apotekere, jordmødre og sykepleiere om forhold som er betrodd dem i deres stilling, med mindre den som har krav på hemmelighet, samtykker. Det samme gjelder underordnede og medhjelpere som i stillings medfør er kommet til kunnskap om det som er betrodd de nevnte personer. Forbudet faller bort når forklaringen trengs for å forebygge at noen uskyldig blir straffet. Dersom den som har krav på hemmelighet, samtykker i at vedkommende avgir forklaring, men ikke i at avhøringen foregår offentlig, skal forklaringen bare meddeles retten og partene i møte for stengte dører og under pålegg om taushetsplikt.

Vitneplikt for lege og fremleggelse av pasientjournal i straffesak mot pasientens ektefelle var tema i en sak for EMD (*Z v Finland*)⁴. Pasientens (Zs) ektefelle var tiltalt for seksuelle overgrep mot en tredjepart, og det var ønskelig å belyse tidspunktet da tiltalte ble smittet av hiv og når han ble klar over dette. Vitneplikt for Zs lege og fremleggelse av Zs pasientjournal ble ikke funnet å være

¹ Asbjørn Kjønstad og Fredrik Mellbye: *Aids og juss – kampen mot smittsomme sykdommer – fra svartedauen til hiv-epidemien*, Oslo, 1987, s. 52.

² Mellbye var stadslege i Tromsø fra 1946 til 1950.

³ Det antas at det her siktes til sak som endte med dom i Høyesterett gjengitt i Rt. 2002 s. 606, se punkt 5.2.2.17 sak A.15.

⁴ EMDs dom 25. februar 1997 i sak Z mot Finland (sak nr. 9/1996/627/811).

brudd på EMK artikkel 8. Det ble derimot offentliggjøring av dommen med Zs navn og hivstatus, samt fastsettelse av kun ti års unntak fra offentlighet for straffesaksdokumentene i saken. Se også punkt 8.2.6.

I straffeprosesslovens tredje del står også kapittel 12 om gransking hvor man i § 157 har bestemmelser om kroppslig undersøkelse. Den som med skjellig grunn mistenkes for en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff, kan underkastes slik undersøkelse «når det antas å være av betydning for opplysningen av saken og ikke fremstår som et uforholdsmessig inngrep». Det kan tas «blodprøve og foretas andre undersøkelser som kan skje uten fare eller betydelig smerte».

Det synes å være et vilkår at det foreligger konkrete holdepunkter for å anta at resultatet av undersøkelsen har betydning for straffesaken. Se punkt 11.4 hvor utvalget drøfter om § 157 åpner for rutinemessig undersøkelse av mistenktes smittestatus ved seksuallovbrudd eller undersøkelse begrunnet i et ønske fra fornærmede.

Uten mistenktes samtykke kan undersøkelse etter § 157 bare foretas etter kjennelse av retten. Så vidt mulig og tilrådelig skal mistenkte få adgang til å uttale seg før avgjørelsen treffes. Dersom formålet med undersøkelsen ellers kunne forspilles, kan ordre fra påtalemyndigheten tre i stedet for kjennelse av retten. De innhentede prøvene skal som hovedregel bare brukes i straffettspleien.

Fra rettspraksis kan nevnes at forhørsretten i en sak gjengitt i RG 1988 s. 288, samtykket i at det med hjemmel i § 157 kunne tas blodprøve av siktede for undersøkelse av om han var smittet med hivvirus. Han var siktet blant annet for overtredelse av straffeloven 1902 § 196 (seksuell omgang med mindreårige under 16 år) i tillegg til § 155 om smitteoverføring og smittefare. Siktede hadde selv gitt motstridende opplysninger med hensyn til om han var smittet, og han samtykket ikke til blodprøve.

Muligheten for tvungen blodprøvetaking i medhold av straffeprosessloven § 157 ved mistanke om overføring av hivsmitte, er også nevnt i brev av 31. desember 1986⁵ fra Justisdepartementets lovavdeling til Helsedirektoratet.

Etter § 159 skal gransking foretas så hensynsfullt som mulig overfor dem som berøres. Retten kan pålegge dem som har deltatt i en gransking, plikt til taushet om hva de har iaktatt.

Straffeprosesslovens fjerde del omhandler tvangsmidler. Kapittel 14 regulerer vilkår og frem-

gangsmåte ved pågrepelse og fengsling. Et grunnvilkår etter den mest brukte hjemmelen for pågrepelse og varetektsfengsling er at vedkommende med skjellig grunn kan mistenkes for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i seks måneder. Det er flere alternative tilleggsvilkår som unndragelsesfare, bevisforspillelse og gjentakelsesfare, jf. § 171.

Varetektsfengsling er i noen tilfelle benyttet i saker etter straffeloven 1902 § 155. I en dom⁶ fremgår at det ved soning av fengselsstraffen på fire år skal gjøres fradrag med 281 dager utholdt varetekt. Tiltalen gjaldt overtredelse av § 155 overfor 13 personer som var smittet med hiv eller utsatt for slik smittefare, samt overtredelse av straffeloven 1902 § 162 for oppbevaring av små mengder hasj og marihuana.

Siktede/tiltalte har krav på forsvarer på det offentlige bekostning etter reglene i straffeprosessloven kapittel 9.

Etter kapittel 9a kan fornærmede ha rett til å få oppnevnt bistandsadvokat på det offentlige bekostning. Denne retten gjelder blant annet ved seksuallovbrudd. Retten gjelder også i saker hvor det er grunn til å tro at fornærmede som følge av handlingen får betydelig skade på legeme eller helbred, jf. § 107a. Retten kan også oppnevne bistandsadvokat i andre tilfeller der sakens art og alvor, hensynet til de berørte eller andre forhold tilsier at det er behov for advokat. I flere av sakene etter straffeloven 1902 § 155 har det vært oppnevnt bistandsadvokat for fornærmede. Blant annet vil bistandsadvokaten kunne argumentere for oppreisning og annen erstatning når slike krav fremmes i straffesaken etter straffeprosessloven kapittel 29 om sivile krav.

6.2 Skadeserstatningsloven

De alminnelige vilkårene for erstatning følger av ulovfestet rett, men skadeserstatningsloven (lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning) regulerer erstatningsansvar i særlige forhold samt erstatningsutmåling mv.

Erstatningskrav kan fremmes og pådømmes i straffesak etter reglene i straffeprosessloven kapittel 29 om sivile krav.

I en rekke straffesaker etter straffeloven 1902 § 155 er fornærmede tilkjent erstatning. Dette gjelder så vel erstatning for økonomisk tap og menerstatning som erstatning for skade av ikke-

⁵ JDLOV-1986-2223.

⁶ Oslo tingretts dom 1. juni 2011, TOSLO-2011-53549; 11-053549 MED-OTIR/04, jf. punkt 5.2.2.17 sak A.2.

økonomisk art i form av oppreisning. Både fornærmede som er påført smitte, og fornærmede som har vært utsatt for smittefare, har fått tilkjent oppreisning.

Oppreisning er regulert i skadeserstatningsloven § 3-5 hvoretter «den som forsettlig eller grovt aktløst har a) voldt skade på person eller b) tilføyd krenking eller utvist mislig atferd som nevnt i § 3-3», kan pålegges å betale den fornærmede «en slik engangssum som retten finner rimelig til erstatning (oppreisning) for den voldt tort og smerte og for annen krenking eller skade av ikke-økonomisk art».

Bestemmelsen i § 3-3 viser til straffeloven 1902 §§ 147, 168, 169, 192 til 199, 200 tredje ledd, 217 til 221, kapittel 21, § 228, kapittel 25 og § 390a.

Lagmannsretten uttalte i en sak⁷ i tilknytning til dette: «Straffeloven § 155 er ikke særskilt nevnt, men rettspraksis viser at fornærmede i slike saker også kan tilkjennes erstatning i medhold av denne bestemmelsen.»

I en annen sak la tingretten⁸ til grunn at vilkåret etter § 3-5 første ledd bokstav a («voldt skade på person») var oppfylt overfor en fornærmet som var påført hivsmitte, og tilkjente denne kvinnen kr. 200 000 i oppreisning. Etter å ha drøftet spørsmålet om oppreisning for fornærmede som ikke er påført smitte, men har vært utsatt for smittefare, kom retten til at oppreisning i slike tilfeller ikke kan tilkjennes etter bokstav b, men eventuelt etter bokstav a om «skade på person». Retten viste til at dette begrepet må omfatte blant annet sykdom og psykisk skade, og uttalte:

«Dermed er det ikke tilstrekkelig at det aktuelle traumet eller den aktuelle hendinga har ført til ubehag og psykisk påkjenning. Det må vere tale om kvalifiserte reaksjonar i form av ein merkbar reduksjon av livskvaliteten over i alle fall ei tid sjølv om det ikkje er krav om at reaksjonen er varig.»

Retten kom til at flere av de fornærmede kunne anses å ha fått en psykisk skade ved den uvissheten de opplevde fra de fikk vite at tiltalte var smitteførende til de fikk prøvesvar som viste at de

selv ikke var smittet, og tilkjente seks av de fornærmede oppreisning med kr. 20 000.

Det er ikke fremmet krav om oppreisning i alle straffesaker etter straffeloven 1902 § 155. Der det er fremmet krav fra fornærmede som er påført hivsmitte, er det gjennomgående tilkjent oppreisning med kr. 150 000 eller kr. 200 000. Fornærmede som ikke er påført smitte, er i noen tilfelle tilkjent beløp under kr. 100 000, og da særlig under henvisning til fornærmedes uro eller frykt for å være smittet fram til dette er blitt avkreftet, i noen tilfeller en periode på opptil et halvt år. Se punkt 5.2.2.17, saker i kategori A.

Oppreisningskrav er i noen tilfeller avslått fordi retten har funnet at slik engstelse ikke har utgjort (psykisk) skade i lovens forstand.⁹

I alle fall i ett tilfelle¹⁰ er oppreisningsbeløpet satt ned under henvisning til skadeserstatningsloven § 5-1 om skadelidtes medvirkning.

I en sak ble to fornærmede som var blitt smittet med hiv, tilkjent menerstatning med henholdsvis kr. 260 000 og kr. 400 000. I en annen sak fant tingretten det sannsynliggjort at den av de fornærmede som var påført hivsmitte, hadde rett til menerstatning. Kravet ble ikke pådømt fordi retten fant at det var for tidlig å vurdere hvor stor den varige medisinske invaliditetsgraden ville bli.

Etter lov 20. april 2001 nr. 13 om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m. (voldsoffererstatningsloven) § 1 første ledd første punktum har den «som har lidd personskade som følge av en straffbar handling som krenker livet, helsen eller friheten, eller dennes etterlatte» rett til voldsoffererstatning fra staten etter reglene i loven. Praksis synes å være at det kan tilkjennes voldsoffererstatning, herunder oppreisning, til personer som er påført hiv (eller en annen allmennfarlig smittsom sykdom), jf. straffeloven 1902 § 155. Det er ikke en forutsetning at de smittefarlige handlingene har skjedd ved vold eller tvang, men det er i flere vedtak uttalt at det må foreligge forsettlig smitteoverføring. Det ytes ikke voldsoffererstatning til personer som har vært utsatt for smittefare uten at smitte ble overført.¹¹

⁷ Gulating lagmannsretts dom 13. desember 2006, LG-2006-149332, jf. punkt 5.2.2.17 sak B.5. Tiltalte som også ble dømt for overtredelse av straffeloven § 196 idet fornærmede var under 16 år, var smitteførende med hiv og hepatitt C, men bare hiv var nevnt i tiltalen etter § 155. Det fremgår ikke av domspremissene at smitte faktisk var overført, og det legges til grunn at dette ikke var tilfelle. Oppreisning ble tilkjent med kr. 50 000 i lagmannsretten.

⁸ Oslo tingretts dom 1. juni 2011, TOSLO-2011-53549; 11-053549 MED-OTIR/04, jf. punkt 5.2.2.17 sak A.2.

⁹ Se for eksempel Hammerfest tingretts dom 27. august 2004 (THAFE-2004-113, RG 2005 s. 321), som gjaldt sivil krav mot arving. Mistenkte døde under etterforskning av straffesak etter straffeloven 1902 § 155 vedrørende fare for hivsmitte.

¹⁰ Sunnhordland tingretts dom 11. juli 2005, (TSUHO-2005-45579), RG 2006 s. 259, jf. punkt 5.2.2.17 sak A.13.

¹¹ Se vedtak fra Erstatningsnemnda for voldsofre K200/01, K201/01, ENV-2004/2401, ENV-2005/50, ENV- ENV-2008/2778 og ENV-2009/125.

6.3 Helsepersonelloven

Helsepersonelloven (lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v.) fastsetter hvem som er å anse som helsepersonell, og regulerer forhold knyttet til autorisasjon, lisens, spesialistgodkjenning m.m. Loven setter videre krav til helsepersonells yrkesutøvelse (kapittel 2) og organisering av virksomhet (kapittel 3) og regulerer taushetsplikt og opplysningsrett (kapittel 5), opplysningsplikt (kapittel 6), meldeplikt (kapittel 7) og dokumentasjonsplikt (kapittel 8) m.m.

Loven gjelder i forbindelse med alle typer helsehjelp, også smittevern hjelp.

Hovedregelen i kapittel 5 er at helsepersonell har taushetsplikt og «skal hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om folks legems- eller sykdomsforhold eller andre personlige forhold som de får vite om i egenskap av å være helsepersonell», jf. § 21. Det er imidlertid fastsatt en rekke unntak fra dette. I noen tilfeller gis helsepersonellet en mulighet for å gi opplysninger videre, i andre tilfeller har de en opplysnings- eller meldeplikt.

Smittevernloven §§ 2-2 og 2-3 har særskilte regler om opplysningsrett og -plikt og meldeplikt vedrørende opplysninger som er underlagt helsepersonells taushetsplikt, jf. punkt 4.3.3. Disse særreglene går foran de generelle reglene i helsepersonelloven, jf. helsepersonelloven § 23 nr. 6 om at taushetsplikten ikke er til hinder for at «opplysningene gis videre etter regler fastsatt i lov eller i medhold av lov når det er uttrykkelig fastsatt eller klart forutsatt at taushetsplikt ikke skal gjelde». Det vises også til Ot.prp. nr. 13 (1998–99) *Om lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)* s. 108–109. Unntak fra taushetsplikten etter helsepersonelloven § 23 nr. 1 til 5 vil kunne være aktuelt også om smittevernloven ikke gir hjemmel for unntak. Det viktigste grunnlaget for å videreformidle ellers taushetsbelagt informasjon, er § 23 nr. 4 som fastsetter at opplysninger kan gis videre «når tungtveiende private eller offentlige interesser gjør det rettmessig å gi opplysningene videre».

Statens helsetilsyn meddelte en lege advarsel etter helsepersonelloven § 56 for brudd på blant annet forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4, og Statens helsepersonellnemnd¹² opprettholdt vedtaket fordi legen «ved sin håndtering av informasjon om pasientens HIV-smitte til ektefellen har brutt sin varslingsplikt etter smittevernloven § 2-2 tredje ledd og sin informasjonsplikt

etter helsepersonelloven § 10, jf. pasientrettighetsloven § 3-5.» Legen hadde ikke i tilstrekkelig grad sørget for at pasientens ektefelle ble gjort kjent med pasientens hivsmitte, og hadde blant annet brukt pasienten som tolk i forbindelse med informasjon til ektefellen til tross for at han visste at pasienten var motvillig til å informere sin ektefelle om hivsmitten.

Når helsepersonell opptrer som sakkyndig, for eksempel i forbindelse med en straffesak, vil ikke taushetsplikten overfor pasienten gjelde fullt ut på vanlig måte. Fra Ot.prp. nr. 13 (1998–99) s. 89–90 hitsettes:

«Når helsepersonellet opptrer som sakkyndig, kommer andre hensyn enn hensynet til pasienten og pasientbehandlingen inn. Det foreligger ikke lenger et tosidig behandler-pasientforhold, en tredje part kommer inn og skal ha opplysninger og helsepersonellet kan ha selvstendige plikter i forhold til sistnevnte. De opplysninger den sakkyndige mottar, vil således heller ikke omfattes av bestemmelsene i helselovgivningen om taushetsplikt, dokumentasjonsplikt og innsynsrett. De hensyn som ligger bak den profesjonsbestemte taushetsplikt, vil ikke i samme grad kunne gjøres gjeldende idet det ikke foreligger et ordinært behandler-pasientforhold. Forutsetningen for at bestemmelsene om taushetsplikt ikke gjelder, er at helsepersonellet gjør det klart for pasienten at vedkommende opptrer som sakkyndig, og at dette innebærer at opplysninger som skriver seg fra sakkyndighetsoppdraget blir gitt oppdragsgiver.

[...]

Opplysninger som refererer seg til sakkyndighetsoppdraget blir dessuten undergitt oppdragsgivers rådighet, og vedkommende har i kraft av dette rett til å bestemme over opplysningene. Dette innebærer bl a at eventuelle krav fra pasienter om innsyn i aktuelle opplysninger, må fremsettes for oppdragsgiver, og avgjøres av denne.»

Reaksjoner ved brudd på helsepersonellovens bestemmelser er regulert i lovens kapittel 11, og omfatter blant annet advarsel, suspensjon, begrensning og tilbakekall av autorisasjon. Etter § 67 straffes den som forsettlig eller grovt uaktsomt overtrer eller medvirker til overtredelse av bestemmelser i loven eller i medhold av den, med bøter eller fengsel i inntil tre måneder. Offentlig påtale finner sted hvis allmenne hensyn krever det eller etter begjæring fra Statens helsetilsyn.

¹² Statens helsepersonellnemnds vedtak 15. desember 2011, saksnummer: 11/78, HPN-2011-78.

Etter påtalebegjæring fra Statens helsetilsyn ble en lege i 2009 ilagt et forelegg på kr. 25 000 for brudd på helsepersonelloven § 4 om forsvarlighet etter at flere pasienter var påført hepatitt B i forbindelse med injeksjoner. Legen ble også gitt en advarsel av Statens helsetilsyn etter helsepersonelloven § 56 for forholdet.

6.4 Pasient- og brukerrettighetsloven

Pasient- og brukerrettighetsloven (lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter) har regler om rett til helse- og omsorgstjenester (kapittel 2), rett til informasjon og medvirkning (kapittel 3), samtykke til helsehjelp (kapittel 4), helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen (kapittel 4A), rett til journalinnsyn (kapittel 5), barns særlige rettigheter (kapittel 6), klagemuligheter (kapittel 7) og pasient- og brukerombud (kapittel 8). Regelverket kommer til anvendelse ved alle typer helsehjelp, også i forbindelse med helsehjelp ved smittsomme sykdommer, med mindre annet er bestemt.

Smittevernlovens særskilte bestemmelser vil ha forrang dersom det er motstrid mellom de to regelsettene i og med at smittevernloven er en særlov, men ikke dersom pasient- og brukerrettighetsloven gir styrkede rettigheter og uten at smittevernargumenter taler mot at disse kan gjøres gjeldende.

Det er i smittevernloven § 6-1 fastsatt at enhver har rett til smittevernhjelp, og at slik hjelp «er å anse som en del av rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a første og annet ledd og § 2-1 b første og annet ledd». Se om dette i punkt 4.3.7.

Retten til helsehjelp etter smittevernloven (§ 6-1, jf. § 1-2) gjelder en videre personkrets enn retten til helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven generelt, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 1-2 og forskrift 16. desember 2011 nr. 1255 om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket § 5 bokstav d, jf. punkt 4.3.2.2 og 4.3.7.

Pasient- og brukerrettighetsloven § 3-6 om vern mot spredning av opplysninger understreker at opplysninger om legems- og sykdomsforhold skal behandles i samsvar med «gjeldende bestemmelser om taushetsplikt». Dette vil blant annet være bestemmelser i helsepersonelloven og smittevernlovens regler om unntak fra taushetsplikt, jf. punkt 4.3.3 og 6.3.

Kapittel 4 omhandler samtykke til helsehjelp. Hovedregelen i § 4-1 første ledd er at helsehjelp

ikke skal gis uten pasientens samtykke. Det kan likevel gjøres dersom «det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke». Smittevernlovens bestemmelser om tvungen undersøkelse m.m. vil være et slikt grunnlag dersom vilkårene for bruk av tvang er oppfylt. Frivillighet er imidlertid det klare utgangspunkt også etter smittevernloven, jf. punkt 4.3.1 og 4.3.6.

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 har også bestemmelser om samtykkets form og om hvem som har kompetanse til å samtykke til helsehjelp til seg selv eller på vegne av andre. I § 4-9 er det en bestemmelse om særlige situasjoner hvor pasienten kan nekte å motta helsehjelp, og nektelsen skal respekteres til tross for at det kan gå på livet løs.

Kapittel 4A om helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen, kan være aktuelt dersom en pasient uten samtykkekompetanse motsetter seg smittevernhjelp. Hensynet til å unngå å smitte andre er ikke nevnt blant de momenter det etter lovens ordlyd og forarbeidene skal legges vekt på i avgjørelsen om helsehjelpen skal gis til tross for at pasienten motsetter seg det. Avgjørelsen skal tas ut fra pasientens behov for hjelpen og en helhetsvurdering av hva som er best for pasienten. Det er mulig smittevernhensyn likevel vil kunne bli tillagt en viss vekt som et tilleggsmoment dersom tilfellet ut fra omstendighetene for øvrig ligger i grenseland for når det kan brukes tvang. Dersom vilkårene i § 4A-3 med hensyn til dette ikke er oppfylt, vil tvangshjemplene i smittevernloven kapittel 5 kunne brukes dersom man ut fra smittevernhensyn må iverksette helsehjelp som pasienten motsetter seg. Det er på visse vilkår hjemmel for tvungen undersøkelse og isolering, samt i svært begrenset grad tvungen behandling i forbindelse med isolering, jf. punkt 4.3.6. Kapittel 4A ble tilføyd ved lov 22. desember 2006 nr. 99 om endringer i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning – personar utan samtykkekompetanse), jf. Ot.prp. nr. 64 (2005–2006), som også omtaler forholdet til menneskerettighetene, se s. 66–70. Forholdet til smittevernloven er ikke omtalt i proposisjonen, men EMK artikkel 5 åpner for at statene kan ha regler om bruk av tvang ut fra smittevernhensyn, jf. punkt 8.2.5.

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7 har bestemmelser om klagemuligheter. Den som mener at rettigheter etter loven ikke er oppfylt, kan klage til fylkesmannen. Smittevernloven § 6-1 tredje ledd om at den som søker smittevernhjelp (eller pårørende) kan påklage avgjørelsen til

fylkesmannen i fylket hvor han/hun mener feil er begått, har nå neppe særlig selvstendig betydning ved siden av disse generelle klagereglene. I Ot.prp. nr. 12 (1998–99) *Om lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)* s. 104–105 heter det riktignok at særlige klageregler i for eksempel smittevernloven vil gå foran de generelle klagereglene i pasientrettighetsloven, på samme måte som bestemmelser om klage i forbindelse med tvangsbehandling etter psykisk helsevernloven. Det siktes her trolig i første rekke til klageregler vedrørende tvangsbehandling etter smittevernloven, og ikke til klager fra pasient som ikke har mottatt ønsket smittevernhjelp. Etter endringer i pasient- og brukerrettighetsloven behøver heller ikke pasienten eller brukeren å anmode tjenesteyteren om oppfyllelse før klage fremsettes etter disse reglene, noe som tidligere var en forskjell fra smittevernlovens klageregler. Forholdet mellom bestemmelsene er ikke kommentert i Prop. 89 L (2011–2012) hvor det ble fremsatt forslag om endringer i § 6-1 tredje ledd for å endre klageinstans som tidligere var Helsetilsynet i fylket, jf. lov 22. juni 2012 nr. 46.

6.5 Folketrygdloven

Folketrygdloven (lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd) utgjør sammen med et stort antall forskrifter et omfattende regelverk. Lovens formål er «å gi økonomisk trygghet ved å sikre inntekt og kompensere for særlige utgifter ved arbeidsløshet, svangerskap og fødsel, aleneomsorg for barn, sykdom og skade, uførhet, alderdom og dødsfall», jf. § 1-1. Folketrygden skal bidra til utjevning av inntekt og levkår over den enkeltes livsløp og mellom grupper av personer. Loven gir blant annet rett til pensjoner, sykepenger, foreldrepenge og dagpenger ved arbeidsledighet og stønad til helsetjenester. Loven med forskrifter regulerer hvem som har rett til ytelser etter loven, og fastsetter vilkår for de enkelte ytelsene samt ytelsesens størrelse.

Medlemskap i folketrygden er regulert i lovens kapittel 2. Den som er fast bosatt i Norge eller oppholder seg i landet i mer enn ett år, er som hovedregel medlem, jf. § 2-1. Forutsetningen er at oppholdet er lovlig. Personer som kommer til Norge for å bosette seg eller oppholde seg her minst 12 måneder, og har lovlig grunnlag for opphold av slik varighet, blir medlem fra innreis dagen. Det er en rekke øvrige regler i kapittel 2 om medlemskap og unntak fra medlemskap for ulike persongrupper. Dette har blant annet sam-

menheng med EØS-rettslige regler om hvilket land man skal være trygdet i dersom man har tilknytning til flere land gjennom arbeid, bosted, forsørger m.m.

Asylsøkere og deres familiemedlemmer er, under behandlingen av søknaden, medlemmer i folketrygden etter forskrift 14. mai 2008 nr. 460 om trygddekning for asylsøkere og deres familiemedlemmer gitt i medhold av § 2-16. Det er i forskriften fastsatt hvilke ytelser de har rett til. Dette omfatter blant annet stønad til helsetjenester etter lovens kapittel 5 (med unntak av § 5-13 om engangsstønad ved fødsel). Trygddekningen gjelder «fra det tidspunkt det er søkt om asyl og fram til asyl eller oppholdstillatelse i Norge blir gitt eller fram til datoen for beslutning om å nekte oppsettende virkning på klage over avslag eller, dersom det er gitt oppsettende virkning, datoen for endelig avslag på klagen». Refusjonskrav for helsetjenester dekkes imidlertid også for perioden fram til vedkommende faktisk forlater landet, forutsatt at det dreier seg om behandling som er akutt betinget, jf. forskriften § 2. Personer som innvilges asyl eller oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, blir medlemmer av folketrygden etter § 2-1.

Stønad til dekning av utgifter til helsehjelp er regulert i folketrygdloven kapittel 5 med forskrifter. Det ytes stønad til dekning av utgifter til legehjelp, fysioterapi, psykolog- og tannlegehjelp og visse andre former for helsehjelp utenfor institusjon. Stønadens dekker hele eller deler av pasientens utgifter til helsehjelpen. Det betales vanligvis en egenandel, men for enkelte persongrupper og noen sykdommer/tilstander er helsehjelpen gratis for pasienten.

Nærmere regler om vilkår for stønad ved de ulike former for helsehjelp og stønadens størrelse er fastsatt i forskrift til de enkelte bestemmelsene i folketrygdloven kapittel 5. Flere av disse forskriftene er hjemlet også i smittevernloven § 6-2, jf. punkt 4.3.7. Ved legehjelp, laboratorie- og røntgenundersøkelser og legemidler ytes det stønad etter honorartakstene for undersøkelse, behandling og kontroll for allmennfarlige smittsomme sykdommer etter definisjonen i smittevernlovgivningen. Dette innebærer at pasienten ikke skal betale egenandel. Det ytes samme stønad også for personer som oppholder seg i Norge uten å være medlem av folketrygden, til tross for at medlemskap i folketrygden som hovedregel er et grunnvilkår for stønad. Det vises til forskrift 28. juni 2012 nr. 698 om stønad til dekning av utgifter til undersøkelse og behandling hos lege § 3 nr. 7, forskrift 27. juni 2003 nr. 959 om stønad til dekning

av utgifter til undersøkelse og behandling i private medisinske laboratorie- og røntgenvirksomheter § 4 nr. 7 og forskrift 28. juni 2007 nr. 814 om stønad til dekning av utgifter til viktige legemidler mv. (blåreseptforskriften) § 4, jf. § 8.

Helsehjelp på sykehus finansieres ikke over folketrygden, men etter reglene i spesialisthelsetjenesteloven kapittel 5. Folketrygden dekker likevel utgiftene ved sykehusbehandling for medlemmer av folketrygden som ikke har bosted i Norge og for konvensjonspasienter¹³, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 5-3 andre ledd. Hva gjelder poliklinisk behandling skal det som hovedregel ikke skal betales egenandel for undersøkelse, behandling og kontroll for allmennfarlige smittsomme sykdommer, jf. forskrift 19. desember 2007 nr. 1761 om godtgjørelse av utgifter til helsehjelp som utføres poliklinisk ved statlige helseinstitusjoner og ved helseinstitusjoner som mottar driftstilskudd fra regionale helseforetak § 4 nr. 7.

Retten til sykepenger er regulert i folketrygdloven kapittel 8. Hovedregelen i § 8-4 første ledd er at sykepenger ytes til den som er arbeidsufør på grunn av en funksjonsnedsettelse som klart skyldes sykdom eller skade. Etter tredje ledd ytes imidlertid sykepenger også ved nødvendig fravær fra arbeidet blant annet når vedkommende er innlagt i en godkjent helseinstitusjon (bokstav a) eller er under behandling og legen erklærer at behandlingen gjør det nødvendig at vedkommende ikke arbeider (bokstav b). Det samme gjelder hvis vedkommende myndighet har nedlagt forbud mot at en person arbeider på grunn av smittefare (bokstav f), jf. smittevernloven § 4-2 og punkt 4.3.5.

6.6 Helse- og omsorgstjenesteloven

Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) erstatter kommunehelsetjenesteloven (lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene) og sosialtjenesteloven (lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v.). Loven trådte i kraft 1. januar 2012 med unntak for enkelte bestemmelser.¹⁴

Loven regulerer helse- og omsorgstjenester som tilbys eller ytes av kommunene eller etter

avtale med kommunene. Dette omfatter offentlig organiserte helse- og omsorgstjenester som ikke hører under stat eller fylkeskommune, som på sin side har ansvar for henholdsvis spesialisthelsetjenesten (se lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m.) og den offentlige tannhelsetjenesten (se lov 3. juni 1983 nr. 54 om tannhelsetjenesten).

Kommunens ansvar omfatter alle pasient- og brukergrupper, herunder personer med somatisk eller psykisk sykdom, skade eller lidelse, rusmiddelproblem, sosiale problemer eller nedsatt funksjonsevne, jf. § 3-1 andre ledd. Smittevernhjelp ytes i stor grad i den kommunale helse- og omsorgstjenesten, herunder hos fastleger, jf. punkt 4.3.7 om smittevernhjelp som er et vidt begrep.

Tiltak og tjenester for å forebygge smittsomme sykdommer eller motvirke at de blir overført skal utgjøre et eget område i planen for kommunens helse- og omsorgstjeneste, jf. smittevernloven § 7-1 tredje ledd. Helse- og omsorgstjenesten i kommunen skal samarbeide med myndigheter som har oppgaver av betydning for tiltakene. Kommuner kan inngå interkommunalt samarbeid for å sikre godt smittevernarbeid og døgnskuttvaktberedskap.

Kommunen skal ha en eller flere kommuneleger som skal utføre de oppgaver kommunelegen er tillagt i lov eller instruks, jf. § 5-5. Flere kommuner kan samarbeide om ansettelse av kommunelege(r). Kommunelegen har flere viktige oppgaver innen smittevern fastsatt i smittevernloven § 7-2, jf. punkt 4.3.8 og 9.4.4.

6.7 Folkehelseloven

Lov 24. juni 2011 nr. 29 om folkehelsearbeid (folkehelseloven) erstattet blant annet lov 19. juni 2009 nr. 65 om fylkeskommuners oppgaver i folkehelsearbeidet. Loven inneholder også bestemmelser om miljørettet helsevern, som tidligere var regulert i kommunehelsetjenesteloven kapittel 4a. Folkehelseloven trådte i kraft 1. januar 2012, samtidig som helse- og omsorgstjenesteloven, jf. punkt 6.6.

Lovens formål er angitt slik i § 1:

Formålet med denne loven er å bidra til en samfunnsutvikling som fremmer folkehelse, herunder utjevner sosiale helseforskjeller. Folkehelsearbeidet skal fremme befolkningens helse, trivsel, gode sosiale og miljømessige forhold og bidra til å forebygge psykisk og somatisk sykdom, skade eller lidelse.

¹³ Pasienter som er stønadsberettiget i henhold til avtale med annen stat.

¹⁴ Kgl.res. 16. desember 2011 om delt ikraftsetting av lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).

Loven skal sikre at kommuner, fylkeskommuner og statlige helsemyndigheter setter i verk tiltak og samordner sin virksomhet i folkehelsearbeidet på en forsvarlig måte. Loven skal legge til rette for et langsiktig og systematisk folkehelsearbeid.

Begrepet folkehelsearbeid er i § 3 bokstav b definert slik:

- b) samfunnets innsats for å påvirke faktorer som direkte eller indirekte fremmer befolkningens helse og trivsel, forebygger psykisk og somatisk sykdom, skade eller lidelse, eller som beskytter mot helsetrusler, samt arbeid for en jevnere fordeling av faktorer som direkte eller indirekte påvirker helsen.

Loven løfter fram fem grunnleggende prinsipper for folkehelsearbeidet: prinsippet om utjevning av sosiale helseforskjeller, «helse i alt vi gjør» (Health in All Policies), bærekraftig utvikling, føre-var-prinsippet og rett til medvirkning.¹⁵

Loven gjelder i hovedsak for kommuner, fylkeskommuner og statlige myndigheter, og fordele ansvar mellom disse instansene. Blant de statlige myndighetene er fylkesmannen, Helsedirektoratet og Nasjonalt folkehelseinstitutt (Folkehelseinstituttet) pålagt særskilt ansvar, jf. lovens kapittel 5.

Kommunene er tillagt en rekke oppgaver, jf. lovens kapittel 2, 3 og 6. Kommunen skal blant annet fremme befolkningens helse, bidra til å forebygge sykdom, skade eller lidelse og beskytte befolkningen mot faktorer som kan ha negativ innvirkning på helsen. Dette omfatter blant mye annet også vern mot smittsomme sykdommer. Kommunen skal ha nødvendig oversikt over helsetilstanden til befolkningen i kommunen.

Det fremgår av § 27 at kommunen skal ha nødvendig samfunnsmedisinsk kompetanse for å ivareta oppgavene etter loven. Det skal ansettes en eller flere kommuneleger som medisinsk-faglig rådgiver for kommunen for å ivareta ulike oppgaver, blant annet innen miljørettet helsevern, smittevern og helsemessig beredskap, jf. også smittevernloven § 7-2 og punkt 4.3.8.

Lovens kapittel 3 om miljørettet helsevern har bestemmelser om tilsyn, meldeplikt, godkjenning, helsekonsekvensutredning og opplysningsplikt. Miljørettet helsevern omfatter de faktorer i miljøet som til enhver tid direkte eller indirekte kan

ha innvirkning på helsen, blant annet biologiske, kjemiske, fysiske og sosiale miljøfaktorer, jf. § 8. Med tanke på smittevern, kan dette for eksempel gjelde vann og vannforsyning samt innretninger som kan spre luftbåren smitte. Kapittel 3 gjelder også for «privat og offentlig virksomhet og eiendom når forhold ved disse direkte eller indirekte kan ha innvirkning på helsen», jf. § 2 andre ledd.

Forskrift 4. desember 2001 nr. 1372 om vannforsyning og drikkevann (Drikkevannsforskriften), som skal «sikre forsyning av drikkevann i tilfredsstillende mengde og av tilfredsstillende kvalitet, herunder å sikre at drikkevannet ikke inneholder helseskadelig forurensning av noe slag og for øvrig er helsemessig betryggende» (§ 1), er gitt med hjemmel i blant annet folkehelseloven kapittel 3 og matloven.

Det er i forskrift 25. april 2003 nr. 486 om miljørettet helsevern, nå hjemlet i folkehelseloven, fastsatt nærmere krav til kommunens arbeid og virkemidler innen miljørettet helsevern, miljø- og helsekrav til lokaler, virksomheter og eiendommer, og regler om internkontroll, opplysnings- og meldeplikt mv. I forskriftens kapittel 3a er det fastsatt krav til virksomheter og eiendommer med innretninger som direkte eller indirekte kan spre legionella via aerosol til omgivelsene, utendørs og innendørs. Dette omfatter blant annet kjøletårn, luftskrubber, faste og mobile vaskeanlegg, dusjanlegg, VVS-anlegg i sameier og borettslag og klima-anlegg med luftfukting. Virksomhetene skal planlegges, bygges, tilrettelegges, drives og avvikles slik at det gis tilfredsstillende beskyttelse mot spredning av legionella. Innretningene skal etter ses regelmessig, og det skal på grunnlag av risikovurdering fastsettes tilfredsstillende rutiner, og for visse typer innretninger skal det minst hver måned utføres mikrobiologisk prøvetaking, med mindre det kan dokumenteres at vekst og spredning av legionella ikke vil kunne forekomme, jf. forskriften § 11b.

Forskrift 1. desember 1995 nr. 928 om miljørettet helsevern i barnehager og skoler m.v. (med hjemmel i blant annet folkehelseloven) inneholder bestemmelser om kommunens plikter knyttet til en rekke faktorer som kan påvirke helsen. I henhold til § 17 skal virksomheten «planlegges og drives slik at risikoen for spredning av smittsomme sykdommer blir så liten som praktisk mulig».

Etter forskriften § 5 andre ledd skal leder av virksomheten «med de begrensninger som følger av taushetsplikten, sørge for at det uoppfordret gis relevant informasjon til foresatte og/eller elever om forhold ved virksomheten som kan ha negativ innvirkning på helsen». I kommentarene

¹⁵ Helse- og omsorgsdepartementets rundskriv I-6/2011 *Ikraftsetting av lov om folkehelsearbeid (folkehelseloven)*.

til § 5 i *Veileder til forskrift om miljørettet helsevern i barnehager og skoler m.v.*¹⁶ nevnes smittefare blant en rekke andre forhold. Det heter: «Særlig viktig er det f.eks. at barn og foreldre informeres ved særlige smittesituasjoner e.l.»

I henhold til forskriften § 16 skal virksomheten oppfordre foresatte til elever og barn om å opplyse om forhold ved barnets helse som de ønsker at personalet skal ta særskilt hensyn til. Det er i kommentarene til § 16 i veilederen uttalt at dette ikke etablerer noen opplysningsplikt for elevene eller de foresatte. I veilederen omtales også personvern og taushetsplikt med hensyn til de helseopplysningene elevene eller de foresatte gir.

I veilederens kommentarer til forskriften § 17 pekes det på at kommunelegen skal bistå helsepersonell og andre i kommunen i arbeidet med vern mot smittsomme sykdommer, og at etableringen av smittevern gjennom virksomhetens internkontrollsystem i gitte tilfeller kan tenkes utarbeidet i samråd med for eksempel skolehelsetjenesten. Smittevernet skal omfatte alle som har sitt virke i virksomheten. Det er i veilederen også knyttet kommentarer til noen sykdommer/sykdomsgrupper. Det heter blant annet: «I forhold til sykdommer som smitter gjennom blod – HIV, hepatitt B og C er det ikke nødvendig å innføre særlige tiltak med unntak av at blødende sår og neseblødninger ikke bør stelles uten engangshansker. Bortsett fra dette kan barn/elever stelles/behandles som tidligere.»¹⁷

Kommunen har hjemmel i folkehelseloven kapittel 3 for å iverksette gransking og pålegge retting, eventuelt i kombinasjon med tvangsmulkt, samt stansing. Mulige sanksjoner er overtredelsesgebyr og straff i form av bøter eller fengsel i inntil tre måneder eller begge deler. Både forsettlig og uaktsom overtredelse av pålegg eller forskrifter gitt i medhold av kapittel 3 er straffbar, og medvirkning straffes på samme måte, jf. § 18 første ledd. Har overtredelsen ikke medført helse-

skade eller kun ubetydelig fare for helseskade, skjer offentlig påtale kun etter begjæring fra kommunestyret, jf. § 18 andre ledd.

Kommuner og fylkeskommuner skal føre internkontroll for å sikre at de overholder lovens krav, jf. § 30. Fylkesmannen skal etter § 31 føre tilsyn med lovligheten av kommunenes og fylkeskommunenes oppfyllelse av visse plikter etter loven. Statens helsetilsyn har det overordnede faglige tilsyn med loven, jf. § 32.

Smittevern var ikke blant de mest sentrale temaene i arbeidet med folkehelseloven. Smittevernloven inneholder særskilte regler om oppgaver for en rekke av de nevnte instansene på smittevernområdet, jf. punkt 4.3.8. Det ble ved folkehelseloven og helse- og omsorgstjenesteloven, jf. punkt 6.6, gjort noen endringer i smittevernloven, men få materielle endringer. Se Prop. 90 L (2010–2011) *Lov om folkehelsearbeid (folkehelseloven)* s. 162–164 om endringer i smittevernloven § 2-2 åttende ledd som gir adgang i smittesituasjoner til å behandle innsamlede opplysninger i utbruddsregistre.

6.8 Pasientskadeloven

Pasientskadeloven (lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv.) gjelder skader i forbindelse med alle typer helsehjelp, også smittevernhjelp. Loven fastsetter vilkår for erstatning som er gunstigere for den skadelidte enn det som følger av den alminnelige erstatningsretten.

Lovens system med administrativ utredning og behandling av erstatningskrav innebærer dessuten at pasienten ikke behøver å gå til søksmål for å fremme erstatningskravet selv om skadevolderen ikke erkjenner ansvar eller partene ikke blir enige om erstatningsbeløp. Saksbehandlingen i Norsk pasientskadeerstatning og eventuell klagebehandling i Pasientskadenemnda er gratis for den skadelidte. Under visse forutsetninger dekkes også utgifter til advokatbistand.

Norsk pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda er uavhengige forvaltningsorganer og kan ikke instrueres verken av styret eller departementet om lovtolkning, skjønnsutøvelse eller avgjørelse av enkeltsaker, jf. forskrift 20. desember 2002 nr. 1625 om Norsk Pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda §§ 1 og 2.

Skadelidte kan bringe saken inn for domstolene etter at en eventuell klage er avgjort av Pasientskadenemnda. Da er det selve kravet som prøves, og ikke forvaltningsvedtaket.

¹⁶ Utgitt av Statens helsetilsyn i 1998 som IK-2619. Saksområdet forvaltes nå av Helsedirektoratet, som på sine nettsider 22. februar 2012 publiserte opplysninger om at det arbeides med revidering av veilederen. <http://www.helsedirektoratet.no/publikasjoner/veileder-til-forskrift-om-miljoretet-helsevern-i-barnehager-og-skoler-mv/Publikasjoner/Veileder-til-forskrift-om-miljoretet-helsevern-i-barnehager-og-skoler.pdf>

¹⁷ I Folkehelseinstituttets publikasjon *Smittevernboka* (2010, oppdatert 2012) er det i kapittel 10. *Barnehager og smittevern* blant annet gitt anbefalinger for situasjoner der barnehagebarn har kroniske blodbårne infeksjoner som hiv og ulike former for hepatitt. Blant annet anbefales vaksinerings av andre barn og ansatte i samme barnehageavdeling i visse tilfeller.

I lovens § 1 er det angitt hva som regnes som pasientskade. Dette er skader voldt under blant annet veiledning, undersøkelse, diagnostisering, behandling, prøvetaking, vaksinasjon og forebygging av helseskader.

Det er i § 2 første ledd angitt hvilke skadeårsaker som er erstatningsbetingende. Dette er svikt ved ytelsen av helsehjelp, teknisk svikt, smitte eller infeksjon, vaksinasjon samt forhold som medfører ansvar etter alminnelige erstatningsregler.

Alle disse årsakene kan være aktuelle i forbindelse med forebygging, undersøkelse eller behandling for smittsomme sykdommer. Dessuten kan det å bli påført en smittsom sykdom i forbindelse med annen helsehjelp være en erstatningsbetingende skade.

Hovedregelen i § 2 første ledd bokstav a er at pasienten har krav på erstatning når skaden skyldes svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes. Bokstav b til e regulerer særskilte tilfeller hvor det ikke er et vilkår at det foreligger svikt ved helsehjelpen.

Smitte og infeksjon er således i utgangspunktet en form for objektivt ansvarsgrunnlag, men med noen viktige unntak. Det er etter ordlyden et vilkår at smitten eller infeksjonen ikke i hovedsak skyldes pasientens tilstand eller sykdom, jf. § 2 første ledd bokstav c.

Ut fra kravet til årsakssammenheng legges det til grunn at smitten eller infeksjonen må være behandlingsrelatert. Smitte eller infeksjon som pasienten hadde før han eller hun kom til behandling, vil derfor ikke være erstatningsutføsende.

Behandlingsrelatert smitte eller infeksjon vil i utgangspunktet være erstatningsbetingende selv om sykehuset har fulgt gjeldende retningslinjer og iverksatt adekvate hygienetiltak. Kravet om at skaden ikke må skyldes pasientens sykdom eller tilstand innebærer imidlertid en viktig begrensning, selv om det i forvaltningspraksis er lagt til grunn at det må foreligge en vesentlig forhøyet infeksjonsrisiko. Dette kan for eksempel være tilfelle hvis pasienten kommer til behandling for et åpent brudd, slik at det er stor fare for at det allerede er trengt bakterier inn i såret. Et annet eksempel er pasienter som har meget sterkt svekket immunforsvar som følge av grunnsykdommen som behandlingen gjelder, eller en annen tilstand. Dersom skaden i utgangspunktet hovedsakelig skyldes pasientens sykdom eller tilstand, kan det likevel foreligge erstatningsansvar etter § 2 første ledd bokstav a dersom svikt ved helsehjelpen har ført til at forløpet ble alvorligere enn det ellers ville blitt.

Om tolkning og praktisering av § 2 første ledd bokstav c, se Ot.prp. nr. 31 (1998–99) *Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven)* s. 66–67 og Aslak Syse, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad: *Pasientskaderett – Pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner*¹⁸, særlig kapittel 8 om infeksjonssykdommer.

Det skal i vurderingen av om det foreligger ansvarsgrunnlag sees hen til de krav skadelidte med rimelighet kunne stille til virksomheten eller tjenesten på skadetidspunktet. Utilstrekkelige ressurser skal ikke medføre ansvar dersom de tilgjengelige ressursene var forsvarlig fordelt og virksomheten i alminnelighet holder en forsvarlig standard, jf. § 2 andre ledd.

Etter § 2 tredje ledd kan det unntaksvis ytes erstatning selv om vilkårene for ansvar etter første og andre ledd ikke er tilstede. Dette kan være aktuelt dersom skaden er særlig stor eller særlig uventet, og ikke kan anses som utslag av en risiko pasienten må akseptere. Det skal legges vekt på om det var gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd. Dersom skaden er skjedd under tvang eller plikt etter for eksempel smittevernloven, vil dette muligens kunne være et moment av betydning i vurderingen av om det skal ytes erstatning etter tredje ledd.

Det ble i medhold av de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning som gjaldt før pasientskadeloven trådte i kraft, fattet vedtak om krav på erstatning i tre saker hvor hivsmitte var overført ved blodoverføring i forbindelse med operasjoner ved sykehus i Norge. Blodoverføringen fant sted i perioden 1983 til januar 1985, det vil si før man hadde tilstrekkelig mulighet til å undersøke blod for hivvirus. Det ble derfor lagt til grunn at behandlingen var adekvat medisinsk sett, men at skaden ikke kunne anses som akseptabel fordi «denne type smitte utgjør en så usedvanlig risiko og hadde så katastrofale konsekvenser for den smittede», jf. de midlertidige reglenes § 3 bokstav a og d. I en sak som falt utenfor de midlertidige pasientskadereglene fordi skaden var konstatert før 1. januar 1988, fant Høyesterett¹⁹ ikke grunnlag for å ilegge det offentlige erstatningsansvar verken ut fra skyldansvar eller objektivt ansvar. Hivsmitte var overført til en kvinne ved blodoverføring i forbindelse med en operasjon i 1983, og hun overførte viruset til sin ektefelle ved seksuell omgang. Høyesterett viste til at det i 1987 ble oppnevnt et utvalg som hadde fått i oppdrag å utrede og eventuelt foreslå lovbestemmelser om objek-

¹⁸ Oslo 2011.

¹⁹ Høyesteretts dom 17. august 1990, Rt. 1990 s. 768.

ti tv ansvar for skade påført ved behandling innenfor helsevesenet. Det ble bemerket at domstolene bør vise tilbakeholdenhet med rettsskapende virksomhet når myndighetene hadde anmodet om at spørsmål av den karakter saken gjaldt, skulle undergis nærmere utredning som de lovgivende myndigheter etter et bredt lovforarbeid senere vil ta standpunkt til. De to smittede ble tilstått billighetserstatning av statskassen.

Norsk pasientskadeerstatning har meddelt utvalget at det fra 1988 fram til august 2011 var innvilget erstatning i 97 saker som gjelder forskjellige typer smitte, mens erstatning var avslått i 253 saker vedrørende smitte.²⁰ I tillegg til de tre sakene vedrørende hivsmitte, gjaldt en rekke saker overføring av hepatitt ved blodtransfusjon. En slik sak gjaldt hepatitt A, to saker hepatitt B og minst 30 saker hepatitt C. Hepatitt B og C var i noen saker overført på annen måte, blant annet ved kontakt med helsepersonell og hemodialysebehandling. Seks saker gjaldt listeriasmitte overført ved infisert mat (ost). De resterende 32 sakene gjaldt pseudomonasinfeksjon som følge av bruk av munnpenselen Dent-O-Sept.²¹

NPE opplyste dessuten at det årlig gis pasientskadeerstatning i en rekke saker vedrørende infeksjon av andre årsaker enn smitteoverføring.

Pasientskadeloven § 3 har bestemmelser om uopklarte årsaksforhold. Etter første ledd skal det normalt antas at skade skyldes feil eller svikt ved ytelsen av helsehjelpen dersom årsaken ikke kan bringes på det rene og «skaden sannsynligvis skyldes ytre påvirkning på en pasient under behandlingen». Etter § 3 andre ledd gjelder det en omvendt bevisbyrde i forbindelse med skader som følge av anbefalte eller påbudte vaksiner etter smittevernloven. Erstatning skal gis med mindre den ansvarlige godtgjør at en eller flere andre årsaker til skaden er mer sannsynlige. Se Ot.prp. nr. 31 (1998–99) s. 67.

NPE meddelte i februar 2012 at det til da var mottatt 94 erstatningskrav etter vaksiner med svineinfluensavaksinen Pandemrix. Tolv perso-

ner hadde til da fått medhold. Åtte barn under 18 år hadde fått erstatning fordi det var sannsynlig at de har fått narkolepsi som følge av vaksinen. Fire voksne hadde fått erstatning på grunn av plager som følge av selve sprøytesticket, som smerter, lammelse og betennelse i området rundt sprøytesticket. Det var fram til samme tidspunkt fattet 24 vedtak om avslag på erstatning.²²

Med hensyn til erstatningsutmåling og skadelidtes medvirkning mv. kommer skadeserstatningslovens regler til anvendelse, jf. pasientskadeloven § 4 første ledd første punktum. Erstatning for ikke-økonomisk tap i form av oppreisning og krav under kr. 5 000 dekkes ikke etter pasientskadeloven, jf. andre punktum.

Fra 1. januar 2009 gjelder pasientskadeloven også pasientskader voldt utenfor den offentlige helsetjenesten. Smittevernloven § 8-2 antas derfor ikke lenger å være av betydning med unntak av eldre saker, jf. punkt 4.3.9.

Utgiftene ved pasientskadeordningen dekkes ved tilskudd fra staten, de regionale helseforetak, kommuner og fylkeskommuner samt helsetjenesteytere utenfor den offentlige helsetjenesten, jf. pasientskadeloven §§ 7 og 8.

6.9 Matloven

Matloven (lov 19. desember 2003 nr. 124 om matproduksjon og mattrygghet mv.) har som formål «å sikre helsemessig trygge næringsmidler og fremme helse, kvalitet og forbrukerhensyn langs hele produksjonskjeden, samt ivareta miljøvennlig produksjon». Loven skal videre fremme god plante- og dyrehelse og ivareta hensynet til aktørene langs hele produksjonskjeden, herunder markedsadgang i utlandet, jf. § 1.

Lovens saklige virkeområde er angitt i § 2 som lyder:

Loven omfatter alle forhold i forbindelse med produksjon, bearbeiding og distribusjon av innsatsvarer og næringsmidler, herunder drikkevann. Loven omfatter også alle forhold i forbindelse med produksjon av materialer og gjenstander som er bestemt til å komme i kontakt med, eller kan ha innvirkning på innsatsva-

²⁰ E-post 12. august 2011 (NPEs ref. 2011/00527-17). Tallene omfatter bare førsteinstansvedtak og reflekterer ikke eventuelle omgjøringer i Pasientskadenemnda.

²¹ Politiet iverksatte etter ordre fra riksadvokaten etterforskning mot produsenten av munnpenslene på bakgrunn av melding fra Statens helsetilsyn om mulig straffbart forhold. Temaet for politiets etterforskning var mulige straffbare overtredelser av lov 12. januar 1995 nr. 6 om medisinsk utstyr, herunder også lovens bestemmelser om det offentlige tilsynsansvar og meldeplikt. Politiet kom etter en samlet vurdering av de innsamlede bevis til at det ikke kunne føres bevis for at bedriften hadde opptrådt på en slik måte at straffeansvar kunne gjøres gjeldende etter lov om medisinsk utstyr § 12. Saken ble henlagt etter bevisets stilling.

²² NPEs nettsider, <http://www.npe.no/no/Om-NPE/Aktuelt/Oppdaterte-tall-for-vaksinesaker/> Se også <http://www.npe.no/no/Om-NPE/Aktuelt/Ikke-anledning-til-a-ga-til-direkte-soksmal-mot-staten/> med noe nyere tall (131 saker meldt, hvorav 16 medhold, 27 avslag og 88 under behandling).

rer eller næringsmidler. Videre omfatter loven all bruk av innsatsvarer.

Loven omfatter alle forhold vedrørende plante- og dyrehelse, herunder produkter, gjenstander og organismer som kan føre med seg smitte.

Virksomheter på lovens område skal «sørge for at plassering, utforming og drift av aktiviteter er hygienisk forsvarlig», jf. § 7. Virksomheten skal sørge for at enhver som deltar i aktivitet omfattet av denne loven, har nødvendig kompetanse, jf. § 8. Virksomheten skal sørge for at merking, presentasjon, reklame og markedsføring er korrekt, gir mottaker tilstrekkelig informasjon og ikke er egnet til å villed, jf. § 10.

Foreligger det grunn til mistanke om fare for helseskadelige næringsmidler eller helse- eller miljøskadelige innsatsvarer, skal virksomheten umiddelbart varsle tilsynsmyndigheten, jf. § 6 første ledd. Andre ledd fastsetter varslingsplikt ved grunn til mistanke om smittsom dyresykdom og planteskadegjørere som kan gi vesentlige samfunnsmessige konsekvenser. Etter tredje ledd skal virksomheten umiddelbart iverksette nødvendige tiltak for å forebygge, redusere eller eliminere eventuelle skadevirkninger, herunder stanse omsetning og iverksette tilbaketrekking fra markedet.

Etter § 16 er det forbudt å omsette næringsmiddel som ikke er trygt. Et næringsmiddel skal anses for ikke å være trygt dersom det betraktes som helseskadelig eller uegnet for konsum.

Matloven har hjemmel for å gi forskrifter om de nevnte og en rekke andre forhold, blant annet om meldeplikt og kontrolltiltak, produktgodkjenning, sporbarhet, forbud mot fangst og fiske, import og eksport, tilsyn, dokumentasjon, plante- helse og dyrehelse. Det er gitt en rekke forskrifter i medhold av loven.

Loven har også bestemmelser om smittesaning, stenging og karantene, gebyrer, tvangsmulkt, erstatning, informasjon til allmennheten m.m.

Det sentrale, regionale eller lokale mattilsynet fører tilsyn og kan fatte nødvendige vedtak for gjennomføring av bestemmelser gitt i eller i medhold av matloven, jf. § 23. Herunder kan mattilsynet forby import, eksport og omsetning eller pålegge tilbaketrekning fra markedet, isolasjon, avlivning, destruksjon, kassasjon, båndlegging, merking eller særskilt behandling.

Det er et meget omfattende forskriftsverk i medhold av matloven, herunder også forskrift 4. desember 2001 nr. 1372 om vannforsyning og

drikkevann (Drikkevannsforskriften) som skal «sikre forsyning av drikkevann i tilfredsstillende mengde og av tilfredsstillende kvalitet, herunder å sikre at drikkevannet ikke inneholder helseskadelig forurensning av noe slag og for øvrig er helsemessig betryggende» (§ 1).

Forsettlig eller uaktsom overtredelse av bestemmelser gitt i eller i medhold av matloven eller vedtak fattet i medhold av loven, straffes med bøter eller fengsel inntil 1 år eller begge deler, såfremt forholdet ikke rammes av strengere straffebestemmelse, jf. § 28. På samme måte straffes forsøk og medvirkning. Under særlig skjerpene omstendigheter kan fengsel i inntil 2 år anvendes.

I Ot.prp. nr. 100 (2002–2003) *Om lov om matproduksjon og mattrygghet mv. (matloven)* fremheves i omtalen av straffebestemmelsen (s. 120–121):

«Produksjon og omsetning av næringsmidler kan ha store konsekvenser for forbrukernes helse, dette gjelder ikke minst med tanke på at stadig flere bakterier utvikler resistens mot antibiotika. I slike tilfeller kan næringsmidler som produseres og omsettes i stort omfang, få dramatiske konsekvenser for folkehelsen dersom regler for f.eks. næringsmiddeltrygghet ikke er overholdt, eller at innsatsvarer brukes i strid med regelverket slik at gift- eller smittestoffer videreføres i næringsmidlene. Det samme gjelder tilfeller der rettsstridig bruk av innsatsvarer, eller spredning av dyresykdom eller planteskadegjørere fører til store skader på miljøet.»

Straffebestemmelsen i matloven rammer i noen grad forhold som også omfattes av straffeloven 1902 §§ 154, 156 og 357. Bestemmelsen i § 154 videreføres ved straffeloven 2005 §§ 237 og 238 for så vidt gjelder smitte til mennesker, jf. punkt 5.2.3 og 5.3. Straffeloven 1902 §§ 156 og 357 videreføres i smittevernloven § 8-1 for så vidt gjelder brudd på bestemmelser i eller i medhold av smittevernloven. Matloven § 28 vil blant annet ramme lovbrudd med hensyn til dyre- og plante- helse som i dag også rammes av de nevnte bestemmelsene i straffeloven 1902, og anses å ivareta behovet for straffebestemmelser på feltet. Det vises til Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 128–129.

Det ble iverksatt politietterforskning i forbindelse med utbrudd av sykdommen giardiasis (infeksjon med parasitten *Giardia lamblia*) som ble spredt med drikkevann i Bergen i 2004, og

som trolig førte til at mer enn 5000 personer ble smittet, jf. punkt 5.2.3. Saken ble først henlagt, men etterforskningen ble tatt opp igjen etter pålegg fra overordnet påtalemyndighet, og det ble utferdiget et forelegg til Bergen kommune på kr. 800 000 for brudd på matloven og drikkevannsforskriften. Forelegget ble trukket tilbake på grunn av kompetansemangel hos politiet til å utstede slik bot. Saken ble senere henlagt av riksadvokaten under henvisning til at det ikke forelå tilstrekkelig grunn til å ilegge foretaksstraff, herunder ble det tatt i betraktning at Bergen kommune var i ferd med å få bygget det mest avanserte drikkevannsanlegget i Norge på det tidspunktet giardiasisutbruddet skjedde.

Matområdet er i stor grad regulert gjennom EØS-avtalen. Man har i EU/EØS også systemer for raske tiltak ved smitteutbrudd. Utbrudd sprer seg ofte over landegrensene. Når et utbrudd oppdages i et medlemsland, har landet plikt til straks å melde dette til EU ved Kommissjonens system for rask informasjonsutveksling (RASSF). Norge deltar i RASSF gjennom EØS-avtalen. Når saken er innmeldt til RASSF, behandles den uten opphold i EUs faste komité for matkjeden og dyrehelse (SCFCAH). Norge deltar også i denne komiteen. Komiteen beslutter raskt foreløpige tiltak for å hindre smittespredning. Landet som oppdaget smitten, plikter umiddelbart å innføre tiltak for å stoppe utbruddet av smitten. Komiteen forsøker å kartlegge situasjonen og fatter avgjørelser om hva som bør gjøres på kort, mellomlang og lang sikt for å hindre videre smittespredning.

Om saken er av en slik art at den ikke kan løses på forvaltningsnivå, kobles Den europeiske myndighet for næringsmiddeltrygghet (EFSA) inn. Kommissjonen ber EFSA se nærmere på (a) epidemiologi, det vil si hvordan smitten sprer seg, med siktemål å finne smitteveien og dermed smitekilden, og (b) typologi, det vil si identifisering av den eksplisitte bakterietypen.

EFSA lager en rapport som de sender tilbake til medlemslandene og EUs faste komité for matkjeden og dyrehelse (SCFCAH). EFSA's oppgave er å gi et faglig beslutningsgrunnlag for komiteen. Basert på faktaopplysningene fra EFSA, fatter Kommissjonen ved SCFCAH et vedtak om hvilke tiltak som skal iverksettes. Eksempel på dette kan være eksportstopp fra det aktuelle landet til andre medlemsland. Norge deltar i EU-byrået EFSA, og norske eksperter deltar i flere komiteer i EFSA.

6.10 Bioteknologiloven

Bioteknologiloven (lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m.) omfatter assistert befruktning, forskning på befruktede egg og kloning, fosterdiagnostikk, genetiske undersøkelser av fødte og genterapi m.m.

Lovens formål, angitt i § 1, er «å sikre at medisinsk bruk av bioteknologi utnyttes til beste for mennesker i et samfunn der det er plass til alle. Dette skal skje i samsvar med prinsipper om respekt for menneskeverd, menneskelige rettigheter og personlig integritet og uten diskriminering på grunnlag av arveanlegg basert på de etiske normer nedfelt i vår vestlige kulturarv.»

Assistert befruktning er regulert i lovens kapittel 2 som har bestemmelser om behandlingsformer, vilkår, informasjon, sædgivere, håndtering av sæd og egg m.m.

Etter § 2-2 kan assistert befruktning bare utføres på kvinne som er gift eller som er samboer i ekteskapsliknende forhold. Dette gjelder uavhengig av ektefellens eller samboerens kjønn.

Inseminasjon kan finne sted når mannen er befruktningsudyktig eller selv har eller er bærer av alvorlig arvelig sykdom, eller når to kvinner er gift eller er samboere i ekteskapsliknende forhold, jf. § 2-3 første ledd. Inseminasjon kan etter andre ledd i særskilte tilfelle finne sted dersom kvinnen er bærer av alvorlig arvelig kjønnsbundet sykdom, jf. § 2-13.

Befruktning utenfor kroppen kan bare finne sted dersom en kvinne eller en mann er befruktningsudyktig, eller ved uforklarlig befruktningsudyktighet, jf. § 2-4.

I henhold til § 2-6 skal beslutning om å foreta behandling med sikte på assistert befruktning treffes av lege. Avgjørelsen skal bygge på medisinske og psykososiale vurderinger av paret. Det skal legges vekt på parets omsorgsevne og hensynet til barnets beste. Legen kan innhente den informasjon som er nødvendig for å foreta en helhetsvurdering av paret. Denne vurderingen har sin parallell i vurderingen av adoptivsøkere, jf. punkt 6.19 om adopsjonsloven.

Helse- og omsorgsdepartementet har blant annet i brev av 24. mai 2005 til Bioteknologinemnda uttalt at departementet ikke finner at kravet i § 2-3 om befruktningsudyktighet er oppfylt der et par følger myndighetenes anbefalinger om alltid å benytte kondom ved samleie på grunn av fare for hivsmitte. Det ble vist til at det da ikke foreligger befruktningsudyktighet etter en medisinsk begrunnelse. Departementet sluttet seg

ikke til Sosial- og helsedirektoratets tolkning i brev av 11. mars 2005 til Bioteknologinemnda der direktoratet la til grunn kravet om befruktningsudyktighet kan anses oppfylt på grunn av «funksjonell befruktningsudyktighet» som følge av kondombruk ut fra smittevernhensyn.

Bioteknologinemnda avga 27. oktober 2005²³ en uttalelse om inseminasjon for hivpositive. Bakgrunnen var en søknad fra Rikshospitalet oversendt fra Sosial- og helsedirektoratet. Rikshospitalet ønsket å tilby inseminasjon til par der den ene er hivpositiv, i kombinasjon med sædvask der mannen er hivpositiv. Bioteknologinemnda la til grunn departementets lovtolkning og drøftet de ulike hensyn som kan tale for og imot tilbud om inseminasjon for par der den ene hivpositiv. Et flertall (17 av 21) i nemnda konkluderte med at bioteknologiloven bør endres for å tilby behandling med sædvask og inseminasjon der mannen er hivpositiv og kvinnen ikke er det, for å unngå smittefare for kvinnen og barnet. Når det gjelder par der kvinnen er hivpositiv, konkluderte et annet flertall (13 av 21) i nemnda med at samfunnet ikke bør tilby inseminasjonsbehandling, så lenge det er en fare for at barnet kan bli hivsmittet eller ta skade av medikamentene som gis for å hindre hivsmitte. Denne uttalelsen omhandlet situasjoner der paret ikke nødvendigvis er (medisinsk) befruktningsudyktig, men (også) situasjoner der det av smittevernhensyn kunne være ønskelig med assistert befruktning.

Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) ba i brev av 30. november 2009 til Helse- og omsorgsdepartementet om informasjon om assistert befruktning for hivpositive. Bakgrunnen var henvendelse fra HivNorge av 6. oktober 2009. HivNorge opplyste at par hvor en eller begge av partene er hivpositive, ikke får adgang til assistert befruktning fordi man i Norge ikke har laboratorier og utstyr som kan håndtere egg fra hivpositive kvinner og sæd fra hivpositive menn. Henvendelsen gjaldt assistert befruktning til par som er befruktningsudyktige (av andre grunner enn smittevernhensyn), og LDO ba spesielt opplyst om departementet hadde vurdert å tillate assistert befruktning for hivpositive par som ikke kan få barn, eventuelt hva som er årsaken til at spørsmålet ikke har blitt behandlet, og eventuelt om diskrimineringsspørsmålet er vurdert. LDO viste også til Bioteknologinemndas uttalelse av 27. oktober 2005.

I brev av 22. desember 2009 uttalte Helse- og omsorgsdepartementet at dersom et par oppfyl-

ler bioteknologilovens krav til befruktningsudyktighet, er ikke bioteknologiloven i seg selv til hinder for assistert befruktning hvor en eller begge partene er hivpositiv(e). På lik linje med et par hvor begge er hivnegative, vil det måtte foretas en medisinsk og psykososial vurdering av om paret skal tilbys assistert befruktning, jf. bioteknologiloven § 2-6. I denne vurderingen vil det faktum at en eller begge partene har hivinfeksjon, inngå.

Videre heter det at for par hvor det er mannen som er hivpositiv, vil straffeloven 1902 § 155 kunne være til hinder for assistert befruktning. Departementet viser til forskrift 7. mars 2008 nr. 222 om krav til kvalitet og sikkerhet ved håndtering av humane celler og vev § 21 med merknader. I merknadene heter det:

«Straffeloven § 155 er til hinder for partnerdonasjon av sæd ved positive testresultater for allmennfarlig smittsomme sykdommer. Det er ikke anledning til å samtykke til å få overført smitte eller til å la seg utsette for fare for å bli smittet. Kvinnen kan ikke med bindende virkning frasi seg retten til å begjære offentlig påtale.»

Departementet pekte i brevet imidlertid på samtykkebestemmelsen i straffeloven 2005 § 237 andre ledd. Når denne trer i kraft, vil straff for smitteoverføring ikke komme til anvendelse når den som er blitt smittet av en seksuelt overførbar sykdom eller utsatt for slik smittefare, er ektefelle eller samboer med den som har overført smitte eller utsatt vedkommende for smittefare, og ektefellen eller samboeren på forhånd har samtykket i å bli utsatt for slik fare (jf. punkt 5.3.7). Departementet viste videre til at det i forbindelse med evaluering av bioteknologiloven vil kunne være naturlig å se på ulike spørsmål knyttet til assistert befruktning, blant annet for hivpositive.

I brev av 25. mai 2010 til departementet uttalte LDO at et hinder for assistert befruktning til hivpositive i utgangspunktet er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4. Det ble imidlertid pekt på at dersom denne forskjellsbehandlingen av hivpositive sammenlignet med andre par er nødvendig, begrunnet i saklige hensyn og ikke uforholdsmessig inngripende overfor hivpositive som ønsker assistert befruktning, kan den være lovlig. På bakgrunn av evalueringen av bioteknologiloven, anså LDO det ikke hensiktsmessig å foreta en endelig vurdering av diskrimineringsspørsmålet på dette tidspunkt,

²³ Bioteknologinemndas referanse 05/19-621.3.

men uttrykte ønske om å komme med innspill i forbindelse med revidering av loven.

Det er Stortinget som har bedt regjeringen evaluere bioteknologiloven etter fem års praktisering. Som et ledd i dette arbeidet har Helse- og omsorgsdepartementet gitt Helsedirektoratet flere oppdrag:

- Å iverksette en undersøkelse for å kartlegge befolkningens holdninger til etiske spørsmål som oppstår i forhold til bioteknologiloven. (Jf. undersøkelse oversendt Helse- og omsorgsdepartementet september 2010).
- Å iverksette en undersøkelse i fagmiljøene for å skaffe en systematisk oversikt over fagmiljøenes synspunkter med hensyn til hvordan bioteknologifeltet er regulert, med utgangspunkt i erfaringer på området.
- Å foreta en gjennomgang av erfaringene med administrering og praktisering av bioteknologiloven.
- Å kartlegge status på fagområdet bioteknologi.
- Å kartlegge utviklingen nasjonalt og internasjonalt siden loven ble vedtatt.

I Helsedirektoratets rapport IS-1897 *Evaluering av bioteknologiloven – Status og utvikling på fagområdene som reguleres av loven* omtales assistert befruktning til hivsmittede i punkt 2.11.2 slik:

«Fagmiljøene har flere ganger pekt på at assistert befruktning kan hjelpe HIV-smittede til å få barn uten at de samtidig risikerer å smitte partneren sin. HIV-smittedes interesseorganisasjoner har også pekt på problemstillingen.

I følge fagmiljøene er assistert befruktning aktuelt bare hvis én av partene er HIV smittet: Hvis mannen er HIV-smittet, og sykdommen er godt kontrollert kan sæden prepareres slik at virus fjernes helt. Ved bruk av preparert sæd er det ingen risiko for at kvinnen eller barnet blir smittet. Et alternativ er å bruke donorsæd. Når det finnes muligheter for at disse parene kan få barn uten at kvinnen blir smittet, kan det være vanskelig å forstå begrunnelsen for at parene ikke kan få tilbud om assistert befruktning. Men, ved HIV-smitte regnes ikke paret som befruktningsudyktige etter bioteknologiloven: Det å beskytte sin partner for en alvorlig sykdom ved bruk av kondom medfører ikke befruktningsudyktighet i lovens forstand.

Hvis paret også har et fertilitetsproblem stiller det seg annerledes. Men, da må celleforskriftens krav være oppfylt. Celleforskriften stiller omfattende krav til laboratorier som skal behandle smittefarlig materiale. Celleforskrif-

ten omfatter også kriterier for testing av donor, og eksklusjonskriterier. I merknadene til forskriften er det også vist til at straffeloven er til hinder for slik donasjon hvis mannen tester positivt for en allmennfarlig smittsom sykdom.

Hvis kvinnen er HIV positiv, er det en viss risiko for at smitte overføres fra mor til barnet, men risiko kan reduseres betydelig (til 1-2 %) med antiviral behandling.

Da Bioteknologinemnda uttalte seg om problemstillingen i 2005 gikk nemnda inn for at det åpnes for tilbud om assistert befruktning når mannen er HIV positiv. På spørsmål om det bør gis tilbud om assistert befruktning når kvinnen er HIV positiv var nemnda delt: 13 stemte mot, 8 var for. Begrunnelsen for å ikke tilby assistert befruktning til HIV-smittede kvinner var risiko for å smitte barnet er for høy, og det er også en viss risiko for at fosteret kan ta skade av de antivirale medikamentene.

Problemstillingene drøftes også i den delen av evalueringer som ser på juridiske problemstillinger.»

Helse- og omsorgsdepartementet anmodet Bioteknologinemnda om å gå gjennom Helsedirektoratets rapport og i tråd med Bioteknologinemndas mandat vurdere og drøfte de samfunnsmessige og etiske spørsmålene som reises i relasjon til de temaene som rapporten omhandler. Nemnda avga *Innspill til evalueringen av bioteknologiloven – desember 2011*²⁴ og viste der til sin uttalelse fra 2005 om at loven burde endres og at det bør etableres et tilbud om sædvask for hivpositive menn. Videre het det:

«En tilsvarende problemstilling gjelder par der en av partene er smittet av Hepatitt-C. Personer som er Hepatitt-C-smittet og har viruset til stede i blodet, blir i dag nektet behandling med assistert befruktning. Begrunnelsen er at man av hensyn til mulig smitte av andre pasienter (og til en viss grad personalet) må behandle disse parene isolert fra andre pasienter både i tid og rom. Det betyr enten at ingen andre pasienter kan behandles samtidig, eller at man har egne arealer til pasienter som er smittebærende. Begge alternativ er kostbare for fertilitetsklinikkene, og ingen av de offentlige klinikkene har hatt økonomisk rom for å etablere et slikt tilbud. Fagmiljøet har foreslått at man i likhet med naboland etablerer et nasjonalt senter

²⁴ http://www.bion.no/filarkiv/2011/12/bioteknologiloven_evaluering_Bioteknologinemnda.pdf

for par med HIV/Hepatitt C (ev. Hepatitt B) som har egne lokaler beregnet på å håndtere smitteførende pasienter.

Bioteknologinemnda anbefaler at dette spørsmålet tas opp til vurdering i forbindelse med evalueringen av bioteknologiloven.»

Departementet vil etter det utvalget forstår, legge fram saken for Stortinget tidligst i 2013.

6.11 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne) har til formål «å fremme likestilling og likeverd, sikre like muligheter og rettigheter til samfunnsdeltakelse for alle, uavhengig av funksjonsevne, og hindre diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne», jf. § 1. Videre skal loven «bidra til nedbygging av samfunnsskapt funksjonshemmende barrierer og hindre at nye skapes». Loven trådte i kraft 1. januar 2009.

Etter § 2 gjelder loven på alle samfunnsområder med unntak av familieliv og andre forhold av personlig karakter.

Ved § 3 pålegges offentlige myndigheter, arbeidsgivere i offentlig sektor og arbeidsgivere i privat sektor som jevnlig sysselsetter mer enn 50 ansatte, aktivitets- og rapporteringsplikt i arbeidet med å fremme lovens formål. Aktivitetsplikten for arbeidsgivere omfatter blant annet rekruttering, lønns- og arbeidsvilkår, forfremmelse, utviklingsmuligheter og beskyttelse mot trakassering. Arbeidslivets organisasjoner har tilsvarende aktivitetsplikt innenfor sine virkefelt.

Loven setter forbud mot diskriminering og trakassering på grunn av nedsatt funksjonsevne, jf. §§ 4 og 6.

I § 4 presiseres at både direkte og indirekte diskriminering er forbudt. Begrepene er definert slik i andre og tredje ledd:

Med direkte diskriminering menes at en handling eller unnlattelse har som formål eller virkning at personer på grunn av nedsatt funksjonsevne blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon.

Med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse

som fører til at personer på grunn av nedsatt funksjonsevne stilles dårligere enn andre.

Av § 4 fjerde ledd fremgår at forskjellsbehandling «som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller dem som forskjellsbehandles, anses ikke som diskriminering etter loven her. Forskjellsbehandling i arbeidslivet må i tillegg være nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke.»

Det er bare «illegitim og uakseptabel forskjellsbehandling» som anses som diskriminering, jf. spesialmotivene til § 4 i NOU 2005: 8 *Likeverd og tilgjengelighet* (s. 245).

Særbehandling som bidrar til å fremme lovens formål (positiv særbehandling), anses ikke som diskriminering, men særbehandlingen skal opphøre når formålet med den er oppnådd, jf. § 5.

Trakassering er i § 6 definert som «handlinger, unnlattelser eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende».

Forbudet mot diskriminering og trakassering gjelder når grunnlaget er «funksjonsevne som er nedsatt, antas å være nedsatt, har vært nedsatt eller vil kunne bli nedsatt», eller «forhold til en person med nedsatt funksjonsevne», jf. § 4 femte ledd og § 6 tredje ledd.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven definerer ikke begrepet «nedsatt funksjonsevne». I forarbeidene²⁵ presiseres at begrepet definerer et diskrimineringsgrunnlag og ikke utgjør en avgrensning av personkrets. Det heter at begrepet omfatter både fysiske, psykiske og kognitive funksjoner. Som eksempel på fysiske funksjoner nevnes bevegelses-, syns- og hørselsfunksjon. Sykdom vil etter omstendighetene også kunne omfattes, og i utgangspunktet uavhengig av sykdommens art, så lenge det er sykdommen som er grunnlaget for diskrimineringen. I praksis vil det trolig særlig være kronisk sykdom som vil kunne være grunnlag for diskriminering. Loven stiller ikke krav til funksjonsnedsettelsens grad og varighet. Noen svingninger i funksjonsevnen vil imidlertid være så forbigående og/eller bagatellmessige at det ikke er naturlig å anse dem som nedsatt funksjonsevne i lovens forstand.

LDO besvarte 5. mars 2009 henvendelse av 16. februar 2009 fra Aksept med anmodning om ombudets vurdering av om straffeloven 1902

²⁵ NOU 2005: 8 *Likeverd og tilgjengelighet* s. 160–167, se særlig s. 162–165 og spesialmotivene til § 4 på s. 245, og Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 88 ff. og 251 ff.

§ 155 og forslaget til bestemmelser om smitteoverføring og smittefare i straffeloven 2005 ville kunne være i strid med hivpositive diskrimineringsvern etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. LDO uttalte at personer med hiv i enkelte situasjoner kan være omfattet av diskrimineringsvernet og forbudet mot indirekte diskriminering på grunnlag av funksjonshemming der funksjonsnivået er nedsatt som følge av sykdommen. Videre het det:

«LDO kan imidlertid ikke på generelt grunnlag ta stilling til spørsmålet om lovbestemmelser i seg selv er i strid med diskrimineringsvernet fordi også personer med HIV er omfattet av en bestemmelse. Straffeloven § 155 har et generelt smitteforebyggende formål som omfatter alle allmennfarlige smittsomme sykdommer uavhengig av hvordan smitteoverføringen skjer. HIVinfeksjoner inngår åpenbart i det som må anses for å være allmennfarlige smittsomme sykdommer.»

Avslutningsvis het det:

«LDO har heller ikke grunnlag for å vurdere hvorvidt trusler om straff har vist seg egnet som et forebyggende tiltak i forhold til smittespredning. Det er generelt vanskelig å bevise effektivitet av forebyggende tiltak fordi resultatene synliggjøres nettopp gjennom fravær av de straffbare handlingene.»

LDO besvarte i brev av 28. april 2009 henvendelse av 4. mars 2009 fra Andrés Lekanger, Landsforeningen for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner, og flere interesseorganisasjoner for hivpositive rettigheter, hvor det ble hevdet at straffeloven 1902 § 155 og forslaget til §§ 237 og 238 i straffeloven 2005 innebærer en indirekte diskriminering av hivpositive i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4. Det ble i klagen blant annet hevdet at § 155 bare var benyttet ved hiv, og uttalt at slik straffeloven praktiseres «virker dens diskriminerende funksjon som et psykososialt hinder som risikerer å nedsette hiv-positives funksjonsevne og deltakelse i samfunnet». LDO avviste klagen etter diskrimineringsombudsloven § 3 femte ledd om avvisning av saker som faller utenfor ombudets mandat. LDO viste til at forbudet mot indirekte diskriminering ikke gir personer et vern utelukkende på grunn av deres smittestatus, og at det sentrale vil være om forskjellsbehandling rammer en person på grunn av vedkommendes nedsatte funksjonsevne. LDO pekte på at

straffeloven § 155 omfatter alle allmennfarlige smittsomme sykdommer, og kunne ikke se at § 155 virker diskriminerende overfor hivpositive i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne, selv om bestemmelsen ikke benyttes ved andre smittsomme sykdommer. LDO uttalte videre: «Spørsmålet om hivsmitte ut fra en sakelig vurdering hører inn under det som bør omfattes av vernet mot allmennfarlige sykdommer eller ikke, faller utenfor ombudets mandat å gå inn på.»

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har i en sak²⁶ lagt til grunn at loven verner hivpositive mot diskriminerende handlinger som har sitt utspring i uberettiget smittefrykt.²⁷ Nemnda viste til lovens forarbeider hvor trakassering av hivpositive er nevnt som eksempel på trakassering på grunnlag av fremtidig nedsatt funksjonsevne, og påpekte at lovgiver etter nemndas oppfatning ikke har foretatt en tilstrekkelig avklaring av diskrimineringsvernets rekkevidde overfor hivpositive. Nemnda uttalte:

«Inntil lovgiver foretar en endelig avklaring av spørsmålet, legger Nemnda til grunn at det å være hiv-positiv omfattes av begrepet «nedsatt funksjonsevne», jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4. Hensynet til en rimelig og hensiktsmessig praktisering av loven begrunner etter Nemndas syn en slik konklusjon.»

Plikt til universell utforming av virksomheter, bygninger m.m. og informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT) er regulert i §§ 9 til 11. Plikt for arbeidsgiver, skole- og utdanningsinstitusjon og kommune til individuell tilrettelegging er regulert i § 12.

I § 13 har loven en særregel om bevisbyrde:

Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted brudd på bestemmelsene i §§ 4, 6, 7, 8, 9 eller 12, skal det legges til grunn at brudd har funnet sted hvis ikke den som er ansvarlig for handlingen, unnlatelsen eller ytringen, sannsynliggjør at det likevel ikke har funnet sted slikt brudd.

²⁶ Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 40/2011, vedtak 31. januar 2012. Saken gjaldt klage over Likestillings- og diskrimineringsombudets avvisning av en klage fra HivNorge på vegne av en hivpositiv kvinne i tilknytning til tannbehandling, jf. ombudets sak 11/882.

²⁷ Avskjed/oppsigelse på grunn av begrunnet smittefrykt var tema i en arbeidsrettssak i 1980-årene (Henki-saken), se Rt. 1988 s. 959.

Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda skal føre tilsyn med og medvirke til gjennomføringen av loven med unntak av §§ 10 og 11, jf. § 16. Se punkt 6.12 om diskrimineringsombudsloven. Krav om erstatning eller oppreisning etter § 17 reises for de alminnelige domstolene.

Som fullmektig i forvaltningssak etter loven kan brukes en organisasjon som helt eller delvis har til formål å arbeide mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. Det samme gjelder i noe utstrekning saker for domstolene, jf. § 15.

Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) har i brev av 30. november 2009 til Helse- og omsorgsdepartementet tatt opp spørsmål om assistert befruktning når en eller begge av partene er hivpositive. Bakgrunnen var en anmodning fra HivNorge i brev 6. oktober 2009 om å vurdere om praksis vedrørende assistert befruktning til befruktningsudyktige hivpositive par kan utgjøre brudd på diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4. HivNorge opplyser at par hvor en eller begge av partene er hivpositive, ikke får adgang til assistert befruktning fordi man i Norge ikke har laboratorier og utstyr som kan håndtere egg fra hivpositive kvinner og sæd fra hivpositive menn. LDO viser til at diskriminerings- og tilgjengelighetsloven forbyr direkte og indirekte diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne og uttaler at en hivdiagnose etter ombudets foreløpige vurdering vil være å betrakte som en nedsatt funksjonsevne i dette tilfellet. LDO har ikke foretatt noen endelig vurdering i saken fordi bioteknologiloven er til evaluering og det i den anledning kan være aktuelt å se på spørsmål om assistert befruktning til hivpositive, jf. punkt 6.10 om bioteknologiloven.

6.12 Diskrimineringsombudsloven

Diskrimineringsombudsloven (lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda) gir regler om organiseringen av de to organene og om deres virksomhet. Begge er uavhengige forvaltningsorganer administrativt underordnet Kongen og departementet. Kongen eller departementet kan ikke instruere ombudet eller nemnda om behandlingen av enkeltsaker eller den faglige virksomheten for øvrig, jf. §§ 2 og 5.

Ombudet og nemnda skal etter § 1 føre tilsyn med og medvirke til gjennomføringen av en rekke regelverk med mindre annet fremgår av loven.

Virksomheten omfatter likestillingsloven (lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene), diskrimineringsloven (lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.), diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne), arbeidsmiljøloven (lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern) kapittel 13 med visse unntak, samt bestemmelser i fire boliglover.

Ombudet skal dessuten føre tilsyn med at norsk rett og forvaltningspraksis samsvarer med de forpliktelser Norge har etter kvinneskrikonvensjonen (De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. desember 1979 om å avskaffe alle former for diskriminering av kvinner) og rasediskrimineringskonvensjonen (De forente nasjoners internasjonale konvensjon 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering).

6.13 Menneskerettsloven

Etter Grunnloven § 110c første ledd påligger det «Statens Myndigheter at respektere og sikre Menneskerettighetene». Nærmere bestemmelser om gjennomføring av traktater på området, fastsettes ved lov, jf. andre ledd.

Menneskerettsloven (lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett) fastsetter at en rekke konvensjoner skal gjelde som norsk rett i den utstrekning de er bindende for Norge, jf. § 2.

Dette gjelder:

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994 og fjortende protokoll 13. mai 2004, med fem tilleggsprotokoller

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter med to tilleggsprotokoller

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter med to tilleggsprotokoller

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll 6. oktober 1999

Ved motstrid skal disse konvensjonene og protokollene gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. § 3.

Stortingets presidentskap oppnevnte i 2009 et menneskerettighetsutvalg for å utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det mål å styrke menneskerettighetenes stilling i Grunnloven. Utvalget foreslår i sin rapport²⁸ at Grunnloven styrkes med et eget kapittel om menneskerettigheter. Utvalget foreslår at en rekke rettigheter grunnlovsfestes, blant annet retten til personlig frihet (herunder lovskrav og forholdsmessighet ved frihetsberøvelse), særlig vern på strafferettens område (herunder lovskrav for straff, uskyldspresumsjon og forbud mot dobbeltstraff), likhetsprinsippet og forbud mot diskriminering, retten til sosial trygghet, tilfredsstillende levestandard og helse samt en generell bestemmelse om når og hvordan rettighetene kan balanseres mot hverandre eller begrenses.

Se nærmere kapittel 8 om menneskerettigheter og internasjonale forpliktelser og tilrådninger med relevans for utvalgets arbeid.

6.14 Lov om alternativ behandling av sykdom mv.

Lov 27. juni 2003 nr. 64 om alternativ behandling av sykdom mv. skal bidra til sikkerhet for pasienter som søker eller mottar alternativ behandling, og regulere adgangen til å utøve slik behandling, jf. § 1.

Loven avløste lov 19. juni 1936 nr. 9 om innskrenkning i adgangen for den som ikke er norsk læge eller tannlæge, til å ta syke i kur («kvakksalverloven»). Denne loven ble endret i forbindelse med smittevernloven, slik at den i § 4 hadde forbud for den som ikke var helsepersonell, mot å behandle allmennfarlige smittsomme sykdommer etter smittevernloven. Før endringen med smittevernloven gjaldt bestemmelsen «epidemiske eller smittsomme sykdommer som etter lov eller annen bestemmelse er gjenstand for det offentliges særlige forsorg» og «tuberkuløse sykdommer og kjønnssykdommer selv om de ikke er i smittsom form». Forbudet omfattet også kreft, sukkersyke, farlige anemier og struma med sykelige tilstander.

Med alternativ behandling menes etter lov om alternativ behandling av sykdom mv. § 2 tredje ledd:

«[...] helserelatert behandling som utøves utenfor helse- og omsorgstjenesten, og som ikke utøves av autorisert helsepersonell. Behandling som utøves i helse- og omsorgstjenesten eller av autorisert helsepersonell, omfattes likevel av begrepet alternativ behandling når det brukes metoder som i all vesentlighet anvendes utenfor helse- og omsorgstjenesten.»

Bruk av visse typer inngrep og behandling av visse sykdommer er regulert i §§ 5 til 7.

Medisinske inngrep eller behandling som kan medføre alvorlig helseisiko for pasienter, skal bare utøves av helsepersonell, jf. § 5. Dette kan for eksempel være kirurgiske inngrep.

Behandling av allmennfarlige smittsomme sykdommer, som definert i smittevernloven, er forbeholdt helsepersonell, jf. § 6 første ledd. Etter andre ledd kan andre enn helsepersonell likevel «utøve behandling som utelukkende har til hensikt å lindre eller dempe symptomer på eller følger av sykdommen eller bivirkninger av gitt behandling, eller som har som formål å styrke kroppens immunforsvar eller evne til selvhelbredelse».

Det er folkehelsehensyn som er bakgrunnen for at behandling av allmennfarlige smittsomme sykdommer er særskilt regulert i tillegg til de generelle reglene i §§ 5 og 7, jf. NOU 1998: 21 *Alternativ medisin* s. 306 og 323–324 og Ot.prp. nr. 27 (2002–2003) *Om lov om alternativ behandling av sykdom mv.* s. 136–137.

Unntaket i § 6 andre ledd innebærer at behandlere som ikke er helsepersonell, kan behandle personer som lider av allmennfarlig smittsom sykdom med tanke på å lindre for eksempel «uvelfølelse, søvnvansker eller slapphet» som kan være symptomer eller følger av den allmennfarlige smittsomme sykdommen eller bivirkning av den behandling som pasienten innenfor den ordinære helsetjenesten gis for sykdommen, jf. spesialmotivene i Ot.prp. nr. 27 (2002–2003) s. 207–208. Det samme gjelder behandling som tar sikte på å styrke pasientens immunforsvar, eller på annen måte styrke pasientens selvhelbredende krefter. Departementet kan med hjemmel i § 6 tredje ledd gi forskrift med nærmere bestemmelser om hva slags behandling som omfattes av bestemmelsens andre ledd. Hjemmelen er ikke benyttet.

²⁸ Dokument 16 (2011–2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*, avgitt 19. desember 2011.

Behandling som nevnt i § 6 andre ledd kan gis av andre enn helsepersonell, men behandling av selve grunnsykdommen vil like fullt være forbeholdt helsepersonell. Behandling etter andre ledd må ikke gis dersom det kan ha negativ innvirkning på grunnsykdommen eller på en negativ måte påvirke effekten av den behandlingen pasienten mottar i den ordinære helsetjenesten, jf. spesialmotivene. Pasientens lege bør kontaktes dersom det er tvil om dette.

Det er i spesialmotivene presisert at bestemmelsen ikke innebærer endringer i de rettigheter og plikter som følger av smittevernlovens bestemmelser om behandling av allmennfarlige smittsomme sykdommer, herunder plikten for smittede personer til å la seg undersøke av lege. Det heter at den alternative behandleren bør kjenne til lovgivningen på dette området og anbefale pasienten å ta kontakt med lege dersom det må antas at pasienten har en allmennfarlig smittsom sykdom.

Behandling i strid med § 6 vil være ulovlig. Straff etter § 9 rammer den som gir behandlingen. Det er ikke straffbart for pasienten å søke eller motta alternativ behandling.

Bestemmelsen i § 7 om andre alvorlige sykdommer enn de smittsomme allmennfarlige, har i første og andre ledd tilsvarende regler som i § 6. Etter § 7 tredje ledd gjelder dessuten unntak med hensyn til behandling av grunnsykdommen i visse situasjoner. Dette gjelder dersom den alternative behandlingen skjer i samarbeid eller samforståelse med pasientens lege, og pasienten er myndig og har samtykkekompetanse etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første og andre ledd. Det samme gjelder for andre pasienter, herunder barn, dersom helse- og omsorgstjenesten ikke har helbredende eller lindrende behandling å tilby pasienten.

6.15 Tvisteloven

Tvisteloven (lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister) har som formål å legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av rettsviser gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler. Loven skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene, jf. § 1-1.

Loven har regler om hvordan saker bringes inn for retten og hvordan de behandles i rettssystemet, herunder om saksforberedelser, bevis, for-

handlingene i retten, rettens avgjørelser, rettsmidler m.m.

Lovens åttende del om særlige prosessformer regulerer blant annet saker om prøving av administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren, jf. kapittel 36.

Kapittel 36 har særskilte bestemmelser om partsforhold, prosessdyktighet, rettens sammensetning og behandling av saken, partsrettigheter mv., og skal blant annet sikre at saken blir behandlet raskt og med den nødvendige kompetanse i retten.

Det følger av smittevernloven § 5-9 at smittevernnemndas vedtak kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36. Det samme gjelder hastevedtak etter smittevernloven § 5-8 som fattes av kommunelegen sammen med lege utpekt av det regionale helseforetaket etter reglene i § 7-3 tredje ledd. Om tvangsvedtak etter smittevernloven, se nærmere punkt 4.3.6.

Søksmål kan reises av den vedtaket retter seg mot, eller vedkommendes nærmeste, eller av fylkesmannen eller Statens helsetilsyn, jf. smittevernloven § 5-9 andre ledd. Krav om rettslig prøving settes fram overfor den myndighet som har truffet vedtaket. Vedkommende myndighet skal straks sende kravet om rettslig prøving og sakens dokumenter til retten. Søksmål er ikke til hinder for at vedtaket settes i verk eller opprettholdes med mindre retten ved kjennelse bestemmer noe annet. At det gis oppsettende virkning, fører ikke til at vedtaket faller bort, jf. tvisteloven § 36-2.

Etter § 36-5 skal hovedforhandling berammes straks, og saken skal prioriteres og behandles så hurtig som hensynet til en forsvarlig saksbehandling gjør mulig. Retten skal prøve alle sider av saken innenfor rammene av vedkommende lov.

Tingretten settes med to meddommere, hvorav én lek og én fagkyndig. I særlige tilfeller kan retten settes med to fagdommere og tre meddommere, hvorav én eller to skal være fagkyndige, jf. § 36-4.

Sakens dokumenter er unntatt offentlighet, og rettsmøter holdes som hovedregel for lukkede dører, jf. § 36-7.

Går dommen ut på at tvangsvedtaket skal opphøre, får dette virkning straks. Dersom det foreligger tungtveiende grunner, kan retten likevel bestemme at dommen ikke skal få foregripet virkning, jf. § 36-9. Loven har særskilte regler om anke og ankebehandling for denne typen saker.

Tvisteloven kapittel 36 gjelder bare rettslig prøving av administrative vedtak om tvang mot personer. Andre krav kan ikke trekkes inn i saken. Søksmål etter disse reglene kan ikke reises etter

at tvangsvedtaket er falt bort, og saken heves dersom vedtaket faller bort etter at det er krevd rettslig prøving, jf. § 36-1.

Staten bærer som hovedregel alle kostnadene ved saken, jf. § 36-8. I saker etter tvisteloven kapittel 36 ytes fri sakførsel, jf. rettshjelploven (lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp) § 16 første ledd nr. 2. Den som tvangsvedtaket retter seg mot, har en ubetinget rett til fri sakførsel. Hjelpen ytes uten behovsprøving og uten at det skal betales egenandel, på samme måte som under den administrative behandlingen av tvangssaken, jf. punkt 4.3.6. Salær til advokaten ytes etter faste satser fastsatt i medhold av rettshjelploven § 3.

6.16 Ekteskapsloven

Ekteskapsloven (lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap) gjelder ekteskap mellom to personer av motsatt eller samme kjønn, jf. § 1.

Loven har i del I regler om inngåelse og oppløsning av ekteskap, herunder vilkårene for å inngå ekteskap, som fremgår av lovens kapittel 1.

Vilkårene gjelder blant annet alder, rettslig handleevne, frivillighet, at det ikke foreligger for nært slektskap, at eventuelle tidligere ekteskap er oppløst og at partene har lovlig opphold i Norge.

Etter § 5 kan en person som lider av en smittfarlig sykdom som kan overføres ved seksuell omgang, ikke inngå ekteskap uten at den andre parten er gjort kjent med sykdommen. Dessuten må begge parter ha fått muntlig veiledning av lege om farene ved sykdommen.

I forbindelse med prøvingen av om ekteskapsvilkårene er oppfylt, skal hver av brudefolkene avgi skriftlig erklæring på ære og samvittighet med hensyn til om han eller hun lider av slik sykdom. I så fall skal det godtgjøres at den andre parten er kjent med sykdommen og at begge parter har fått veiledning av lege, jf. § 7 bokstav f.²⁹

Prøvingen av om ekteskapsvilkårene er oppfylt, foretas av folkeregistermyndigheten eller på visse vilkår norsk utenriksstjenestemann, jf. § 6 andre ledd. Dersom vilkårene er prøvet og funnet å være til stede, skal det utstedes en attest for dette, jf. § 10. Attesten er gyldig i fire måneder etter utstedelsen. Vedtak om ikke å utstede attest

²⁹ Utvalget er kjent med at disse reglene er tatt opp til vurdering på bakgrunn av at opplysninger som er gitt om smittestatus og smittevernveiledning i forbindelse med prøvingen av ekteskapsvilkårene, blir registrert hos Skatteetaten (Folkeregistermyndigheten) og oppbevart i en lang periode i henhold til reglene for offentlige arkiv, jf. arkivloven (lov 4. desember 1992 nr. 126 om arkiv).

om at vilkårene for å inngå ekteskap er til stede, kan påklages til fylkesmannen.

Etter ekteskapsloven § 5 andre ledd er lovbestemt taushetsplikt ikke til hinder for at lege gir opplysninger til vigsleren om sykdommen eller føres som vitne i en ekteskapssak.

Før ekteskapsloven fra 1. januar 2009 ble endret (ved lov 27. juni 2008 nr. 53) til å gjelde også par av samme kjønn, kunne slike par inngå partnerskap etter lov 30. april 1993 nr. 40 om registrert partnerskap. Ekteskapslovens kapittel 1 om vilkår for å inngå ekteskap gjaldt tilsvarende ved registrering av partnerskap, jf. lovens § 2.

6.17 Helseberedskapsloven

Helseberedskapsloven (lov 23. juni 2000 nr. 56 om helsemessig og sosial beredskap) har som formål å «verne befolkningens liv og helse og bidra til at nødvendig helsehjelp, helse- og omsorgstjenester og sosiale tjenester kan tilbys befolkningen under krig og ved kriser og katastrofer i fredstid», jf. § 1.

Loven gjelder for den offentlige helse- og omsorgstjenesten og kommunens folkehelsearbeid etter folkehelseloven kapittel 2 og 3, og for private som med eller uten formell tilknytning til kommune, fylkeskommune, regionalt helseforetak eller staten, tilbyr helse- og omsorgstjenester eller sosialtjenester. Videre gjelder loven for Mattilsynet, offentlige og private næringsmiddelaboratorier, vannverk og apotek, grossister og tilvirkere av legemidler.

Loven har blant annet bestemmelser om planlegging og krav til beredskapsforberedelser og beredskapsarbeid, varslings- og rapporteringsplikt, rekvisisjon av fast eiendom, rettigheter og løsøre, tjenesteplikt, beordring og registrering.

Det følger av § 2-1 at den som har ansvaret for en tjeneste, også har ansvaret for nødvendige beredskapsforberedelser og for den utøvende tjenesten under krig og ved kriser og katastrofer i fredstid, med mindre noe annet er bestemt i eller i medhold av lov. Tilsvarende skal den som fører tilsyn med en virksomhet, også føre tilsyn med virksomhetens beredskap.

Smittevern vil kunne være sentralt under krig eller andre kriser og katastrofer. De myndigheter som har ansvar og oppgaver etter smittevernloven, må således også ha beredskap med hensyn til smittevern i slike situasjoner. Det samme gjelder Mattilsynet og andre som har oppgaver innen miljørettet helsevern, slik at man unngår smittespredning via mat, vann mv.

Departementet har fullmakt til å gi pålegg om annen ansvars-, oppgave- og ressursfordeling og omlegging av virksomhet og til å fastsette omsetningsrestriksjoner.

Begrepet «kriser og katastrofer» er ikke definert i loven, men er i Ot.prp. nr. 89 (1998–99) *Om lov om helsemessig og sosial beredskap* beskrevet slik i spesialmotivene (til § 1-5 s. 142): «En krise eller katastrofe er en situasjon av ekstraordinær karakter der det akutte hjelpebehov ikke kan dekkes av tilgjengelige ressurser, og ordinære ansvarsforhold og kommandoforhold ikke strekker til, og omlegging eller ekstra tilførsel av ressurser er nødvendig.» Store epidemier, masseforgiftningssituasjoner og massiv pasientpågang er blant eksemplene som er trukket fram i forarbeidene.

Ved helseberedskapsloven ble det vedtatt enkelte endringer i smittevernloven. Blant annet har Helsedirektoratet fått hjemmel til å gi midlertidig pålegg om ekstraordinære meldings- og varslingsplikter ved utbrudd av allmennfarlig smittsom sykdom, eller når det er fare for slikt utbrudd, forutsatt at det er nødvendig av hensyn til smittevernet, jf. smittevernloven § 2-3 siste ledd.

I henhold til smittevernloven § 7-11 andre ledd kan departementet bestemme at helseberedskapsloven «helt eller delvis skal gjelde på tilsvarende måte når det er påkrevd av hensyn til smittevernet, bl.a. for å kunne pålegge kommuner, fylkeskommuner, regionale helseforetak og helsepersonell nødvendig smittevernberedskap. Departementet kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om beredskap og beredskapsplaner i forbindelse med et alvorlig utbrudd av en allmennfarlig smittsom sykdom.»

6.18 Utlendingsloven

Utlendingsloven (lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her) skal gi grunnlag for regulering av og kontroll med inn- og utreise og utlendingers opphold i landet, i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser. Loven trådte i kraft 1. januar 2010 og avløste utlendingsloven av 1988 (lov 24. juni 1988 nr. 64).

Loven suppleres av utlendingsforskriften (forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her). I tillegg til materielle regler, inneholder loven og forskriften saksbehandlingsregler, bestemmelser om organisering av utlendingsmyndighetene m.m.

Lovens kapittel 2 regulerer visum, kontroll med inn- og utreise og bortvisning mv.

Ett av flere vilkår for at en søker skal ha rett til visum, er at utlendingen ikke anses «som en trussel for Norges eller andre Schengenlands offentlige orden, indre sikkerhet, folkehelse eller deres internasjonale forbindelser», jf. § 10 første ledd bokstav d.

En utlending kan uavhengig av visum(-plikt) bortvises ved ankomst til Norge «når det er nødvendig av hensyn til Norges eller et annet Schengenlands indre sikkerhet, folkehelse, offentlig orden eller internasjonale forbindelser», jf. § 17 første ledd bokstav l. Andre grunnlag for bortvisning er blant annet manglende pass, visum eller annen nødvendig tillatelse, manglende midler til opphold mv. Bortvisning kan også skje på grunnlag av idømt straff eller særreaksjon i nærmere angitte tilfeller eller «når andre omstendigheter gir grunn til å frykte at utlendingen her i riket eller i et annet Schengenland har begått eller vil begå en straffbar handling som kan føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder», jf. bokstav g.

Lovens kapittel 3 regulerer opphold i forbindelse med arbeid og studier mv., mens kapittel 4 gjelder oppholdstillatelse for utlendinger som trenger beskyttelse (asyl) og kapittel 6 familieinnvandring.

Etter kapittel 5 kan det gis adgang til opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt, jf. § 38. For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn skal det foretas en totalvurdering av saken. Det kan blant annet legges vekt på om det foreligger «tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket» eller «sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse». Det skal foretas en vurdering av søkerens individuelle situasjon. Det er ikke avgjørende hvilken nasjonalitet søkeren tilhører eller hvilket geografisk område han eller hun kommer fra, men hvilke forutsetninger den enkelte søkeren har for å returnere til hjemlandet, jf. utlendingsforskriften § 8-1.

Når en utlending har fått avslag på søknad om oppholdstillatelse etter bestemmelsene om asyl, skal vedtaksmyndigheten av eget tiltak vurdere om bestemmelsene i § 38 skal anvendes, jf. § 28 syvende ledd.

Utlendingsnemnda (UNE) har i praksisnotat av 15. oktober 2009³⁰ redegjort for praksis vedrørende anførsler om hiv/aids i asylsaker (etter tilsvarende bestemmelser i utlendingsloven av

1988). Det redegjøres for UNEs stornemndvedtak av 11. mai 2007, UNEs praksis før og etter dette, relevant praksis fra EMD mv.

I praksisnotatet heter det at stornemndvedtaket angir følgende presedensvirkninger:

- «1) at anførsler knyttet til HIV/AIDS vurderes på samme måte som andre saker der det anføres alvorlig helsesvikt.
- 2) at det ikke er avgjørende om smitteoverføring er skjedd i Norge eller et annet sted. Momentet kan imidlertid være relevant ved vektlegging av innvandringspolitiske hensyn, særlig dersom klageren forutsettes å være kjent med sykdommen før ankomst hit.
- 3) at det ikke er avgjørende om behandling med anti-retrovirale medikamenter er påbegynt eller ikke.
- 4) at et helsetilbud i klagerens hjemland må regnes som tilgjengelig uavhengig av kostnadene forbundet med å nyttiggjøre seg det, med mindre kostnadene er så høye at bare en liten del av befolkningen kan makte å betale for det.
- 5) at helsetilbudet i hjemlandet generelt må regnes som tilgjengelig, selv om det ikke er lokalisert i klagerens hjemområde, med mindre det foreligger spesielle omstendigheter ved klagerens situasjon.»

Ved rettslig prøving av stornemndvedtaket fikk staten medhold i tingretten og lagmannsretten, og ved Høyesteretts beslutning av 5. november 2008 ble anken over lagmannsrettens dom nektet fremmet.

Et eksempel på prøving av vedtak om avslag på asyl, subsidiært oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, gjaldt en hivpositiv kvinne fra Burundi.³¹ Tingretten fant ikke at vilkårene for asyl eller vern mot retur var oppfylt. Retten fant at feil i noen av de opplysningene som utlendingsmyndighetene hadde lagt til grunn, ikke hadde vært avgjørende for vedtaket. Retten kan ikke prøve utlendingsmyndighetens *skjønn* i spørsmålet om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, bare lovtolkningen, saksbehandlingen og om det har funnet sted myndighetsmisbruk

mv. Staten ved UNE ble frifunnet blant annet under henvisning til stornemndvedtaket.

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har truffet flere avgjørelser vedrørende utlendingssaker der helsemessige forhold har vært et sentralt vurderingstema. Utlendingers helsesituasjon, herunder hiv/aids, kan etter omstendighetene føre til at en utsendelse må anses som en krenkelse av EMK art. 3, men det oppstilles en høy terskel. EMD har i en storkammeravgjørelse³² i 2008 fastholdt at terskelen er høy og uttalt at:

«42.[...] only in a very exceptional case, where the humanitarian grounds against the removal are compelling. In the D. case³³ the very exceptional circumstances were that the applicant was critically ill and appeared to be close to death, could not be guaranteed any nursing or medical care in his country of origin and had no family there willing or able to care for him or provide him with even a basic level of food, shelter or social support.

43. The Court does not exclude that there may be other very exceptional cases where the humanitarian considerations are equally compelling. However, it considers that it should maintain the high threshold set in D. v. the United Kingdom and applied in its subsequent case-law, which it regards as correct in principle, [...]»

Saken gjaldt spørsmål om utsending eller oppholdstillatelse for en hivpositiv kvinne som hadde fått avslag på asylsøknad. Det var stor forskjell i behandlingsmulighetene i hjemlandet Uganda og i Storbritannia hvor kvinnen var under behandling for hiv/aids. EMD fant at utvisning ikke innebar brudd på EMK art. 3, og at det ikke var nødvendig å vurdere om det forelå brudd på artikkel 8. Saken ble behandlet i EMDs storkammer, hvor det var dissens (14–3). Spørsmålet om betydningen av hiv og behandlingsmuligheter er også omtalt i EMDs avgjørelse om avvisning av en sak³⁴ mot Norge, og da under henvisning til de to ovennevnte sakene. Se også punkt 8.2.4.

Vilkårene for utvisning er regulert i utlendingslovens kapittel 8 og avhenger av om det gjelder en utlending uten oppholdstillatelse, eller med

³⁰ <http://www.une.no/Praksis2/Notater/Anforsler-om-HIVAIDS-i-asylsaker/>

³¹ Oslo tingretts dom og kjennelse 12. november 2009, TOSLO-2009-118207 (09-118207TVI-OTIR/07). Dommen er rettskraftig.

³² EMD, N v. the United Kingdom, 27. mai 2008.

³³ EMD, D v. the United Kingdom, 2. mai 1997, hvor EMD enstemmig kom til at det forelå brudd på EMK art. 3.

³⁴ EMD, X v. Norway, 17. april 2012 (53351/09).

midlertidig eller permanent oppholdstillatelse, jf. §§ 66 til 68. I tillegg til situasjoner hvor utlendingen ikke har overholdt plikt til å forlate landet på grunn av manglende oppholdstillatelse, er det i første rekke straffbare forhold begått i Norge eller utlandet, som kan gi grunnlag for utvisning.

Utlending som har midlertidig oppholdstillatelse, kan for eksempel utvises «når utlendingen for mindre enn ett år siden her i riket har sonet eller er ilagt straff eller særreaksjon for et forhold som kan føre til fengselsstraff i mer enn ett år». For utlending med permanent oppholdstillatelse kreves en strafferamme på fengsel i to år eller mer, mens det for utlending uten oppholdstillatelse er tilstrekkelig med en strafferamme på fengsel i mer enn tre måneder.

Etter § 70 kan en utlending ikke utvises «dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene». I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Kravet til forholdsmessighet gjaldt tilsvarende etter utlendingsloven av 1988, og var tema i en tingrettsdom³⁵ i 2010 som gjaldt utvisning på grunnlag av domfellelse for brudd på straffeloven 1902 § 155. Retten prøvet utlendingsnemndas utvisningsvedtak og avgjorde krav om midlertidig forføyning. Den utviste mannen var fra Rwanda, men hadde bodd i Norge siden 2001 da han var 14–15 år. Han var under hivbehandling med godt resultat. Han var i 2006 dømt til fengsel i ti måneder for å ha hatt ubeskyttede samleier en rekke ganger med fire jenter uten å fortelle at han var hivpositiv.³⁶ Etter en vurdering av mannens tilknytning til Norge og hjemlandet og alvorligheten ved lovbruddet (strafferammen og den idømte straff), kom retten til at utvisning i dette tilfellet ville være et uforholdsmessig inngrep. Det ble blant annet lagt vekt på faren for at han ikke ville få kontinuerlig hivbehandling i hjemlandet, med risiko for utvikling av legemiddelresistens og eventuelt aids, samt faren for diskriminering på grunn av hivstatus, og derav økte problemer med å etablere seg. Utlendingsnemndas utvisningsvedtak ble kjent ugyldig.

Enhver gyldig tillatelse til opphold i riket opphører å gjelde når et vedtak om utvisning er endelig, og utvisningen er til hinder for senere innreise

i riket, jf. § 71. Innreiseforbudet kan gjøres varig eller tidsbegrenset, men ikke for kortere tidsrom enn ett år. Innreiseforbudet kan etter søknad oppheves dersom nye omstendigheter tilsier det.

Utlendingsforskriften § 17-14 om fastsettelse av utreisefrist mv. når det foreligger vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket, har en særregel i andre ledd for utlendinger som er under utredning eller behandling for tuberkuløs sykdom. Disse skal ikke pålegges å forlate riket før mistanke om tuberkuløs sykdom er avkrefte, eller behandlingen er fullført. Unntak kan gjøres i enkelttilfeller dersom det ut fra muligheten for videre behandling er helsefaglig forsvarlig, eller dersom særlige grunner taler for det.

Utlendingsloven kapittel 13 inneholder særlige regler for utlendinger som omfattes av EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen. Etter § 123 kan det vedtas utvisning av EØS-borgere og deres familiedlemmer (med opphold etter § 111 inntil tre eller eventuelt seks måneder) når det er nødvendig av hensyn til folkehelsen og myndighetene har iverksatt beskyttelsestiltak i forhold til egne borgere. Bestemmelsen gjennomfører art. 29 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium. Det er etter forarbeidene³⁷ et vilkår at sykdommen oppstår innen tre måneder fra datoen for innreise. Det heter også at utvisning av hensyn til folkehelsen i dag er svært upraktisk, og at det skal svært mye til for en vil utvise på dette grunnlaget. Direktivets art. 29 viser til potensielt epidemiske sykdommer etter gjeldende bestemmelser fra Verdens helseorganisasjon (WHO) og andre smittsomme infeksjonssykdommer eller parasittsykdommer. Det understrekes i forarbeidene at helsefaglige vurderinger vil være helt sentrale for spørsmålet om noen skal utvises, og at det ikke foreligger noen plikt til utvisning selv om vilkårene skulle være oppfylt. I særlige tilfelle kan vertslandet kreve legeundersøkelse av personer som reiser inn, for å finne ut om de har slik sykdom. Slike undersøkelser kan ikke være rutinemessige eller systematiske. Når det kreves helseundersøkelse, skal myndighetene dekke utgiftene. Det er ikke gitt nærmere bestemmelser om utvisning i slike tilfeller i medhold av forskriftshjemmelen i andre ledd.

³⁵ Oslo tingretts dom og kjennelse 25. mars 2010, saksnr. 09-162823TVI-OTIR/03. Dommen er rettskraftig.

³⁶ Se punkt 5.2.2.17 sak A.8.

³⁷ Ot.prp.nr.72 (2007–2008) *Om lov om endringer i utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.)* s. 43–44 og 68–69.

6.19 Adopsjonsloven

Adopsjonsloven (lov 28. februar 1986 nr. 8 om adopsjon) fastsetter vilkårene for og virkningene av adopsjon og regulerer adopsjonsformidling og godkjenning av adoptivhjem.

Etter loven § 2 må adopsjonsbevilling bare gis når det kan antas at adopsjonen vil bli til gagn for barnet.

Adoptivsøkere må inngi legeerklæring og egenerklæring om helse, jf. rundskriv Q-1045 *Saksbehandling ved søknad om innenlands- og utenlandsadopsjon og særlig om skjønnsutøvelse ved innenlandsadopsjon* (Barne- og familiedepartementet, 2002, revidert 2009 av Barne- og likestillingsdepartementet), og rundskriv Q-0972 *Rund-*

skriv om utenlandsadopsjon med retningslinjer for undersøkelse og godkjenning av adoptivhjem (Barne- og familiedepartementet, 1998, revidert 2009 av Barne- og likestillingsdepartementet). Retningslinjene omtaler generelt vurdering av helseforhold i tilknytning til familiens omsorgsevne, men spesifikke sykdommer eller former for funksjonsnedsettelse omtales ikke særskilt.

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet har ved henvendelse fra utvalget opplyst at direktoratet som klageinstans ikke har praksis vedrørende adoptivsøkere som er hivpositive eller har andre kroniske smittsomme sykdommer, og ikke kjenner til om det har vært slike saker (godkjenning eller avslag) i førsteinstansen (Barne-, ungdoms- og familieetatens regionkontorer).

Kapittel 7

Utenlandsk rett

7.1 Innledning

Kapitlet gir en oversikt over rettstilstanden i en del land når det gjelder straff for smitteoverføring og smittefare, jf. mandatets punkt om å redegjøre for andre lands lovgivning, praksis og erfaringer.

Fremstillingen bygger i hovedsak på informasjon mottatt i forbindelse med studiebesøk i Sverige, Nederland, Sveits, Danmark og Storbritannia. Valget av land ble foretatt for å få kunnskap om erfaringer fra land med ulik type lovgivning og rettspraksis. Representanter for utvalget hadde i hvert land møter med departementer og helsemyndigheter, påtalemyndigheten, interesseorganisasjoner og juridiske og/eller medisinske miljøer. Slik har utvalget fått innblikk i landenes lovgivning og håndhevingen av rettsreglene samt hvordan rettstilstanden oppfattes i ulike miljøer.

I tillegg til de land utvalget besøkte, omtales kort rettstilstanden i de øvrige nordiske land samt Tyskland og Frankrike. Omtalen er i hovedsak basert på opplysninger mottatt fra landenes departementer, i noen tilfeller via norsk ambassade, allment tilgjengelig lovstoff og sammenstillinger¹ av informasjon om rettstilstanden i en rekke land når det gjelder straffeforfølgning av overføring av hivsmitte eller fare for dette.

Utvalget vurderte å se nærmere på rettstilstanden også i land som USA, Canada og Australia, og eventuelt å avlegge ett eller flere av disse landene studiebesøk. Det har vært relativt mange domfellelser for overføring av hivsmitte og smittefare i USA og Canada, etter en rekke ulike straffebestemmelser, og i noen tilfeller med svært strenge straffereaksjoner. Alle tre landene har imidlertid forskjellig lovgivning og rettspraksis i de ulike delstatene/provinsene/territoriene, noe som ville gjøre det svært omfattende om man skulle få full oversikt, og ufullstendig om man valgte ut enkelte deler av landene. Samtidig syntes det ut fra de opplysningene utvalget har hatt tilgang til, som om debatten på feltet i disse landene har store likhetstrekk med debatten i europeiske land og internasjonale fora, bortsett fra debatt som gjelder

særtrekk ved rettstilstanden i det enkelte land og som er mindre relevant for norske forhold. Utvalget fant det derfor ikke regningsssvarende å besøke noen av disse landene og er også kommet til at det ikke er behov for å referere rettstilstanden i disse landene. Utvalget har heller ikke funnet grunn til å undersøke og referere rettstilstanden i land i Afrika eller Asia. Både rettstradisjon, rettssystem og faktiske forhold skiller seg til dels i stor grad fra forholdene i Norge. Utvalget har i noen grad gjort seg kjent med rettstilstanden i de nevnte land og verdensdeler gjennom tilgjengelige sammenstillinger av informasjon.

7.2 Danmark

Smittevernlovgivning

Epidemiloven (lov nr. 114 av 21. mars 1979 om foranstaltninger mod smitsomme sygdomme) erstattet flere eldre lover. Loven gjelder sykdommer

¹ Organisasjonen The Global Network of People living with HIV (GNP+) har på sin nettside publisert «The Global Criminalisation Scan» med informasjon om rettstilstanden når det gjelder straff i tilknytning til hivsmitteoverføring/-fare for en rekke land i alle verdensdeler (<http://www.gnpplus.net/criminalisation/>). Opplysninger om rettstilstanden i en rekke land er også samlet andre steder, se f.eks.: NAM: HIV & the criminal law, London, 2010; Criminal transmission of HIV (<http://www.avert.org/criminal-transmission.htm>); Working paper: Criminalisation of HIV Non-Disclosure, Exposure and Transmission: Background And Current Landscape. Prepared as background for the Expert Meeting on the scientific, medical, legal and human rights aspects of the criminalisation of HIV non-disclosure, exposure and transmission 31 August – 2 September 2011, Joint United Nations Programme On HIV/AIDS, Geneva, Switzerland. Opplysninger om europeiske land, USA og Canada fremkommer også i High Income Countries Issue Brief: Laws and practices relating to criminalisation of people living with HIV and populations vulnerable to HIV, for the High Income Countries Dialogue of the Global Commission on HIV and the Law, 17 September 2011, Oakland (CA), USA. Opplysninger om rettstilstanden i de nordiske land fremkommer også i HIV-Norden: Q&A: HIV and the criminal code in Nordic countries, Oslo, 2010. Det bemerkes at det ikke er kjent for utvalget i hvilken grad informasjonen i sammenstillingene er korrekt, nøyaktig og oppdatert.

som er tatt inn på to sykdomslister², og det kan iverksettes tiltak for å unngå spredning av sykdommene i landet samt å hindre at smitte føres inn i eller ut av landet. Loven omfatter ikke hiv og andre seksuelt overførbare infeksjoner³, men retter seg mot sykdommer hvor det kan være aktuelt med bredere samfunnsmessige tiltak for å hindre smittespredning, for eksempel sykdommer som smitter ved alminnelig kontakt mellom mennesker.

Loven har bestemmelser om plikt til å la seg undersøke og underkaste isolasjon under visse omstendigheter, noe som om nødvendig kan gjennomføres med tvang. Loven har også hjemmel for å sperre områder, forby arrangementer, iverksette tvangsmessig vaksinasjon, stenge virksomhet, forby smittede å reise med offentlige kommunikasjonsmidler m.m.

Hver region skal ha en epidemikommission, som «består af en politidirektør, udpeget af Rigs-
politichefen, en embedslæge udpeget af Sundhedsstyrelsen, en dyrlæge udpeget af Føde-
varestyrelsen, en repræsentant for den lokale told-
og skatteforvaltning udpeget af den lokale told-
og skatteforvaltning, en repræsentant for det regio-
nale sygehusberedskab udpeget af regionen, en
repræsentant for Beredskabsstyrelsens regionale
beredskabscenter udpeget af Beredskabsstyrel-
sen samt tre af regionsrådet valgte medlemmer».⁴
Sundhedsstyrelsen veileder epidemikommisjo-
nene ved behov, eventuelt med bistand fra andre
etater.

Epidemiloven har straffebestemmelser som rammer overtredelse av påbud eller forbud i medhold av visse av lovens bestemmelser, men ikke straffebud som retter seg mot smitteførende personer som overfører smitte til andre eller utsetter andre for smittefare.

Den tidligere kjønnssykdomsloven (lov nr. 287 av 23. mai 1973 om bekæmpelse av kønssykdomme, som erstattet lov nr. 193 av 4. juni 1947 med samme tittel) ble opphevet i 1988 uten at den ble erstattet av en ny lov eller tilsvarende bestemmelser i andre lover. Loven hadde straffesanksjonerte bestemmelser om plikt til å la seg behandle av lege og gi opplysninger om smittekilden. Loven hadde også bestemmelser om straff for smitteoverføring, som først kom inn i den dagjeldende kjønnssykdomsloven i forbindelse med at lig-

nende bestemmelser i straffeloven ble opphevet i 1965. Ved lovendring i 1973 ble skyldkravet endret slik at bare forsettlig lovbrudd ble rammet, og strafferammen ble redusert fra fengsel i inntil to år til fengsel i inntil seks måneder. Kjønnssykdomsloven omfattet ikke hivinfeksjon. Under debatt i Folketinget i 1987 var det bred enighet om ikke å kriminalisere overføring av hiv og fare for slik overføring, og dette ble heller ikke gjort i forbindelse med opphevelsen av kjønnssykdomsloven i 1988. Det ble under Folketingets behandling av lovsaken antatt at generelle straffebestemmelser om legemskrenkelser ville kunne komme til anvendelse i grove tilfeller.

Strafferettslige bestemmelser

Den alminnelige straffeloven har en bestemmelse om det å utsette andre for smittefare i § 252, stk. 2, jf. stk.3.

Straffeloven § 252 lyder:

§ 252. Med fængsel indtil 8 år straffes den, der for vindings skyld, af grov kådhed eller på lignende hensynsløs måde forvolder nærliggende fare for nogens liv eller førlighed.

Stk. 2. På samme måde straffes den, der på hensynsløs måde forvolder fare for, at nogen smittes med en livstruende og uhelbredelig sygdom.

Stk. 3. Justitsministeren fastsætter efter forhandling med sundhedsministeren, hvilke sygdomme der er omfattet af stk. 2.

Straffeloven § 252, stk. 2 ble tilføyd ved lovendring i 1994 (lov nr. 431 av 1. juni 1994). Slik bestemmelsen da lød, var det et krav at smittefaren var forvoldt «på hensynsløs måte gentagne gange eller under i øvrigt særligt skærpene omstændigheder». Bestemmelsen ble innført etter at dansk høyesterett (Højesteret) i en sak⁵ la til grunn at dagjeldende § 252 (nå stk. 1) ikke kunne anvendes ved overføring av hivsmitte. En tidligere bestemmelse om overføring av kjønnssykdommer (§ 256) i samme kapittel i straffeloven, var som nevnt opphevet i 1965. Det var ikke holdepunkter i forarbeidene for at § 252 slik den da lød, kunne anvendes på det aktuelle forhold. Saken gjaldt en hivpositiv mann som gjentatte ganger hadde hatt ubeskyttet seksuell omgang med et tyvetalls kvinner, til tross for at han visste at han var hivpositiv.⁶

Det ble i forarbeidene⁷ til § 252, stk. 2 ved tilføyelsen i 1994 uttalt:

² Jf. lovens § 2 stk. 1 og 2 og vedlegg til loven. Liste A: Alment farlige sygdomme og liste B: Øvrige smitsomme og andre overførbare sygdomme.

³ Lovens § 2 stk. 3.

⁴ Lovens § 3.

⁵ Dansk Højesterets dom 14. april 1994, UFR 1994.520 H.

«Utgangspunktet i den danske sunnhetspolitiske innsats mot HIV-smitte og AIDS er og bør vere, at det påhviler den enkelte at beskytte seg selv mot overføring av HIV-smitte i forbindelse med kønslig omgang m.v. Alligevel kan det forekomme stødende for rettsbevidstheden, hvis en person, der er klar over at vere smittet med HIV-virus, har samleje med eller på anden måte udsætter andre for smitten uden at søge at beskytte de pågående eller at gøre dem bekendt med smitterisikoen.»

Etter forarbeidene innebar uttrykket «livstruende og uheldredelig» at det skulle vere overveiende sannsynlig at personer som ble smittet med sykdommen, i alminnelighet ville avgå ved døden innenfor et avgrenset tidsrom, maksimalt 10–15 år.

Etter at man fikk behandlingmuligheter for hiv og dermed bedret prognose, ble § 252, stk. 2 endret samtidig med at man tilføyde forskriftshjemmelen i stk. 3 (lov nr. 468 av 7. juni 2001). Siktetmålet var at bestemmelsen fortsatt skulle ramme overføring av hiv og fare for dette. Etter forarbeidene⁸ til lovendringen må det kreves at den forventede levetid som følge av smitten for et flertall av de smittede blir merkbart redusert, selv om man ikke lenger ville kreve at døden for de fleste ville inntreffe i løpet av et bestemt tidsrom. Det skal også kunne sees hen til alvorlig forringelse av livskvalitet og funksjonsevne, på grunn av svekkelse som følge av selve sykdommen eller alvorlige bivirkninger av behandlingen.

Samtidig ble kravet om at smittefare var forvoldt «på hensynsløs måte gentagne gange eller under i øvrigt særligt skærpene omstændigheder» endret blant annet under henvisning til at dette i praksis ville kunne medføre bevismessige problemer⁹. Etter någjeldende § 252, stk. 2 er det en betingelse at fareforvoldelsen har skjedd på en hensynsløs måte. Dette innebærer blant annet at den som ved seksuell omgang har søkt å beskytte den annen part ved bruk av kondom, ikke kan straffes. Straff kommer heller ikke til anvendelse

dersom den smitteførende har informert den andre parten om sin smittestatus. Dette gjelder så vel ved seksuell omgang som ved sprøytedeling. Samtykke fritar for straff. Skyldkravet er forsett.

I henhold til forskrift (bekendtgørelse nr. 547 av 15. juni 2001 om livstruende og uheldredelige sykdomme omfattet av straffelovens § 252, stk. 2) ble hiv/aids omfattet. Forskriften ble opphevet 8. november 2011 (i kraft 12. november 2011). Ingen andre sykdommer har på noe tidspunkt vært omfattet av forskrift i medhold av § 252, stk. 3.

Strafferammen for § 252 ble ved en lovendring i 2002 endret fra fengsel i inntil fire år til fengsel i inntil åtte år, i første rekke med tanke på bestemmelsens stk. 1.

Dansk justisdepartement og helsedepartement (Justitsministeriet og Indensrigs- og sundhedsministeriet¹⁰) satte i februar 2011¹¹ ned en arbeidsgruppe for å vurdere lovbestemmelsen og forskriften fordi det var anført at de foreliggende helsefaglige opplysninger synes å innebære at hiv/aids ikke lenger oppfyller forutsetningene for når en sykdom kan anses å vere livstruende og uheldredelig i straffelovens forstand, slik de er kommet til uttrykk i lovforarbeidene til § 252, jf. lovendringen i 2001. Samtidig ble straffefølgning og gjennomføring av idømt straff etter § 252, stk. 2 stilt i bero på grunn av tvilen med hensyn til det rettslige grunnlaget.

Arbeidsgruppen besto av representanter for de to departementene samt Sundhedsstyrelsen og Rigsadvokaten.

Tatt i betraktning de bedrede behandlingmulighetene for hiv, fant arbeidsgruppen at forarbeidenes forutsetning om redusert levealder for hivsmittede ikke lenger er oppfylt. Arbeidsgruppen la til grunn opplysninger om at «levetiden for en velbehandlet hiv-smittet ikke adskiller seg fra en alders- og kønsmatched baggrunnsbefolkning, og at rettidig behandling nu er så effektiv og veltolerert (det vil sige normalt uden væsentlige bivirkninger), at skønsmæssigt 85-90 pct. af patienterne kan leve et normalt liv under skyldig hensyntagen til daglig medicinindtagelse».

Arbeidsgruppen var derfor av den oppfatning at det rettslige grunnlaget for forskriften ikke lenger er til stede, og at forskriften burde oppheves.

Under henvisning til Højesterets dom fra 1994 la arbeidsgruppen til grunn at straffelovens bestemmelser om legemskrenkelser eller § 252, stk. 1 ikke kan anvendes ved smitteoverføring/-

⁶ Noen av de fornærmede var mindreårige, og tiltalte ble dømt for seksuell omgang med mindreårige i disse tilfellene, men for øvrig frifunnet. Det ble ansett som en skjøpende omstendighet at han utsatte jentene for fare for hiv-smitte.

⁷ Lovforslag fremsatt 27. april 1994 av justitsministeren (LFF1993-1994.1.255).

⁸ Lovforslag nr. 209 fremsatt 28. mars 2001 av justitsministeren (2000/1 LSF 209) og Retsudvalgets betenkning avgitt 17. mai 2001 (2000/1 BTL 209).

⁹ Retsudvalgets betenkning avgitt 17. mai 2001 (2000/1 BTL 209).

¹⁰ Nå Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse.

¹¹ Se brev av 11. februar 2011 fra Justitsministeriet til Folketingets Retsudvalg med svar på spørsmål nr. 104 (Alm. del).

fare ved seksuell omgang. Det ble videre lagt til grunn at smitteoverføring/-fare som sådan ikke kan straffes etter andre bestemmelser. Overført smitte (og smittefare) kan derimot være en skjerpene omstendighet ved andre straffbare forhold som voldtekt og seksuell omgang med mindreårige. Dette må gjelde både hiv og andre seksuelt overførbare infeksjoner. Tilsvarende vil smitte med hiv eller andre sykdommer kunne være straffskjerpene ved domfellelse for vold/legemskrenkelser, for eksempel i form av sprøytestikk.

Straffeloven § 192 rammer den som ved overtreddelse av bestemmelser i eller i medhold av lov som er gitt for å forebygge eller motvirke smittsom sykdom, forvolder fare for at slik sykdom finner inngang eller utbredelse blant mennesker. Bestemmelsen forutsetter at faren er forvoldt ved overtreddelse av uttrykkelige bestemmelser som er gitt for å hindre sykdommens utbredelse. Det er ikke gitt slike bestemmelser med hensyn til hiv eller andre seksuelt overførbare infeksjoner.

Arbeidsgruppen la således til grunn at dersom forskriften oppheves, vil det ikke være straffbart å utsette noen for overføring av hivsmitte ved seksuell omgang eller fare for dette. Gruppen drøftet i notat argumenter for og mot kriminalisering og mulige lovtekniske løsninger. Arbeidsgruppen understreket at det er en politisk vurdering hvordan en avveining av de omtalte hensyn og synspunkter bør falle ut, og avga ingen innstilling med hensyn til om det bør tas initiativ til lovendringer med tanke på fortsatt kriminalisering.

Arbeidsgruppens notat¹² ble 8. november 2011 sendt på høring. Justisministeren ga i brev¹³ samme dag til Folketinget, Retsudvalget og Sundheds- og Forebyggelsesudvalget, uttrykk for at han aktet å oppheve forskriften i samsvar med arbeidsgruppens anbefaling, og at regjeringen når høringen er avsluttet, vil overveie om det bør tas nye initiativer på området, herunder av lovgivningsmessig karakter.

Forskriften ble opphevet ved bekendtgørelse nr. 1040 av 8. november 2011 om ophævelse af bekendtgørelse om livstruende og uheldbrelige sygdomme omfattet af straffelovens § 252, stk. 2. Opphevelsen trådte i kraft 12. november 2011.

Justisdepartementet har i brev 7. mars 2012 til Folketingets Retsudvalg¹⁴ vist til dette og uttalt at

¹² Justisdepartementet, notat 31. oktober 2011, sagsnr. 2011-730-0051, dok. 231093.

¹³ Sagsnr. 2011-730-0051, dok. 236558.

¹⁴ Besvarelse af spørgsmål nr. 487 (Alm. del), som Folketingets Retsudvalg har stillet til justisministeren den 14. februar 2012. Sagsnr. 2012-0030-0623, dok.346164.

regjeringen i lys av høringen vil overveie saken. Utvalget har fått opplyst at det pr. 1. august 2012 ikke er tatt stilling til om, og i så fall hvordan, saken vil bli fulgt opp videre.

Rettspraksis

Det foreligger ikke full oversikt over antall straffesaker etter § 252, stk. 2, men arbeidsgruppen har vist til at man kjenner ca. 15 saker¹⁵, herav rundt halvparten etter lovendringen i 2001. Det er opplyst at sakene varierer meget med hensyn til grovhet og dermed idømt straff. Her nevnes enkelte eksempler på domfellelser.

En mann som smittet tre gutter i alderen 16–18 år med hiv, ble dømt til tre års ubetinget fengsel.¹⁶ Han hadde overfor en av de smittede på direkte spørsmål benektet å være hivpositiv.

En annen mann ble dømt til ubetinget fengsel i ett år for å ha utsatt en kvinne for smittefare ved en rekke ubeskyttede samleier over en periode på over et år.¹⁷ Han hadde ikke opplyst at han var hivpositiv. Kvinnen ble ikke smittet.

En tredje mann ble dømt til fengsel i seks måneder, hvorav fem måneder betinget.¹⁸ Han hadde hatt ubeskyttet samleie med en kvinne han nettopp hadde møtt, uten å opplyse at han var hivpositiv. Han oppsøkte henne to dager senere og opplyste da om smittefaren og behandlingsmuligheter. Kvinnen ble ikke smittet.

7.3 Sverige

Smittevernlovgivning

I 2004 ble den tidligere smittevernloven (smittskyddslagen (1988:1472)) erstattet av smittskyddslagen (2004:168). Loven fordeler ansvar mellom ulike myndigheter på smittevernfeltet og regulerer meldesystem og andre plikter for helsepersonell. Loven har videre bestemmelser om forebyggende tiltak, plikt til å la seg undersøke ved mistanke om allmennfarlig sykdom, smittesporing, rådgivning, behandling, plikter for smittede, informasjon til smittedes nærstående, isolering m.m.

¹⁵ Opplysningene er basert på Hiv-Danmarks oversikt over rettssaker. Oversikten inneholder opplysninger om 19 saker i tidsrommet fra 1993 til februar 2011. I noen av tilfellene ble tiltale av ulike grunner frafalt, eventuelt i ankesaken. En sak ble pådømt i Sverige. Noen saker endte med frifinnelse. Ni av sakene i oversikten endte med domfellelse etter § 252, 2. stk. Mer enn halvparten av sakene gjaldt smittefare uten at noen ble smittet.

¹⁶ UfR 2007.2026 Ø.

¹⁷ UfR 2008.582 V.

¹⁸ UfR 2004.2858 Ø.

Noen smitteverntiltak kan om nødvendig iverksettes med tvang. Visse ekstraordinære tiltak (helsekontroll ved innreise, karantene, avsperring av områder) kan bare iverksettes ved (mistanke om) samfunnsfarlige sykdommer, jf. lovens 3 kap. Utredning av sjuksdomsfall 8 § til 12 §.

I vedlegg og forskrift til smittevernloven er det fastsatt hvilke sykdommer som er «samhøllsfarliga sjuksdomar» og «allmønfarliga sjuksdomar» samt hvilke som er «anmølningspliktiga sjuksdomar» i tillegg til de allmønfarlige. Dette utgjør til sammen ca. 60 sykdommer, herunder også hiv-infeksjon og flere andre seksuelt overførbare infeksjoner. For en rekke av sjuksdommene gjelder også smittesporingsplikt.

Den nye loven tydeliggjorde pasientenes rettigheter og plikter samt rettsikkerhetsgarantier. Det er presisert i 1 kap. Allmøna bestømmelser 4 § at smitteverntiltak ikke skal gå lenger enn det er som er forsvarlig med hensyn til faren for menneskers helse, og skal iverksettes med respekt for alle menneskers likeverd og den enkeltes integritet. Tiltak som individet motsetter seg, skal bare iverksettes dersom det ikke fins andre muligheter.

I henhold til 2 kap. Førebyggande åtgårder og anmølan av sjuksdomsfall 1 og 2 §§ skal enhver «genom oppmørksamhet og rimliga försiktighetsåtgårder» medvirke til å hindre smittespredning, og den som vet eller mistenker at han eller hun bærer på en smittsom sykdom, har plikt til å «vidta de åtgårder som krøvs for att skydda andra mot smittrisk». Den som vet at han eller hun er smittet med en allmønfarlig sykdom har dessuten plikt til å «lømna informasjon om smittan till andra mømmiskor som han eller hon kommer i sådan kontakt med att beaktansvård risk for smittoöverføring kan oppkomma».

Disse generelt utformede pliktene suppleres av individuelt utformede forholdsregler etter 4 kap. Vissa smittskyddsåtgårder, jf. 2 § som lyder:

2 § Den behandlande lækaren skall besluta om individuelt utformede förhøllningsregler i syfte att hindra smittspridning for den som bär på eller misstänks bära på en allmønfarlig sjuksdom. Förhøllningsreglerna får endast avse

1. inskränkningar som gäller arbete, skolgång eller deltagande i viss annan verksamhet,
2. förbud mot att donera blod och organ,
3. förbud mot att låna ut eller på annat sätt överlåta begagnade injektionsverktyg,
4. skyldighet att informera vårdgivare och sådana som utför icke-medicinska ingrepp om smittbärsarskap,

5. skyldighet att informera seksualpartner om smittbärsarskap,
6. skyldighet att vid sexuella kontakter iaktta ett beteende som minimerar risken för smittspridning,
7. skyldighet att iaktta särskilda hygienrutiner, eller
8. skyldighet att hålla regelbunden kontakt med behandlande lækare.

Förhøllningsreglerna skall meddelas skriftligt så snart det är möjligt samt tas in i den undersøktes patientjournal. Lækaren skall så långt det är möjligt se till att förhøllningsreglerna följs.

Ved for eksempel hivinfeksjon vil forholdsreglene blant annet omfatte bruk av kondom ved samleie og informasjonsplikt til potensielle seksualpartnere og helsepersonell. Forholdsreglene kan etter anmodning fra pasienten overprøves av smittskyddslækaren (smittevernlegen) etter 4 kap. 3 §. Hvert landsting skal ha en uavhengig smittevernlege hvis virksomhet er nærmere regulert i lovens 6 kap. Smittskyddslækaren. En rekke av smittevernlegens beslutninger kan overklages til «allmønförvaltningsdomstol», jf. 8 kap. Överklagande m.m.

Loven fastsetter ingen sanksjoner for brudd på forholdsreglene. Men etter 4 kap. 4 § skal behandlende lege som mistenker eller får vite at en pasient ikke iakttar eller kommer til å iaktta forholdsreglene, melde fra til smittevernlegen med mindre legen «bedömer att han eller hon sjölv kan se till att patienten får det stöd som behövs for att ändra sitt beteende». Det samme gjelder dersom legen får kjennskap til at pasienten ikke følger den tilbudte behandlingen og dette medfører smittefare for andre, jf. 4 kap. 7 §. Loven slår fast at smittede ved behov skal få «psykososialt stöd for att kunna hantera sin sjuksdom eller for att ändra sin livsföring» og om nødvendig «särskilda behandlingsinsatser for att förändra ett smittfarligt beteende», jf. 4 kap. 1 og 6 §§. Når det gjelder behandling, siktes det blant annet til behandling mot rusproblemer.

Isolering er regulert i smittevernloven 5 kap. og kan anvendes overfor smitteførende personer som ikke vil eller klarer å underkaste seg de tiltak som er nødvendige for å forebygge smitte eller redusere smittefaren så langt det går, dersom det er en påtagelig risiko for at andre mennesker kan smittes. Loven angir prosedyrer og maksimaltider for vedtak om isolering. Isolering er lite brukt etter den nye smittevernloven. Bare i noen få tilfelle har hivpositive vært isolert og

da for kort tid, mens man tidligere brukte isole-
ring mer.¹⁹

Smittevernloven har ikke straffebestemmel-
ser.

Ved innføringen av den nye smittevernloven i
2004 opphevet man lag (1987:375) om forbud mot
s.k. bastuklubbar och andra liknande verksamhe-
ter (bastuklubblagen) som ble innført i 1987 med
det formål å motvirke spredning av hiv.

Bestemmelser om smitteverntiltak som gjel-
der mat eller dyr mv. fins i miljöbalken (1998:808),
livsmedelslagen (2006:804) og flere andre lover.

Strafferettslige bestemmelser – historikk

I den tidligere svenske straffeloven var det i 1918
innført en bestemmelse om straff for spredning av
veneriske sykdommer. I forbindelse med innførin-
gen av den någjeldende straffeloven (Brottsbalk
(BrB – (1962:700)) ble bestemmelsen med visse
endringer overført til dagjeldende kjønns sykkelov
(lag 1918 nr. 460 angående åtgärder mot utbred-
ning av könssjukdomar). Straffebudet ble senere
overført til dagjeldende smittevernlov av 1968. Da
denne loven i 1985 ble gjort gjeldende for hivin-
feksjon, ble straffebestemmelsen opphevet, blant
annet for å styrke tiltroen til smittevernarbeidet.²⁰
Det ble vist til at bestemmelser i den alminnelige
straffeloven kunne komme til anvendelse.

I 1992 og 1995 ble spørsmålet om lovendringer
med tanke på straffebestemmelser som skulle
ramme overføring av hivsmitte, behandlet i Justi-
tietuskottet i Riksdagen på grunnlag av forslag fra
riksdagsmedlemmer. Forslagene ble ikke fulgt
opp.²¹

Spørsmålet om strafferettslige bestemmelser
om smitteoverføring/-fare ble drøftet under arbei-
det med den nye smittevernloven (jf. ovenfor).
Smittskyddskommittén²² foreslo ikke straffebe-
stemmelser i ny smittevernlov, men foreslo en ny
straffebestemmelse i den alminnelige straffeloven
om det å smitte eller utsette andre for fare for
smitte med en livstruende sykdom. Etter forslaget
skulle straff ikke komme til anvendelse dersom
den som ble smittet eller utsatt for smittefare, var
informert om smittefaren og hadde samtykket.

Regjeringen²³ sluttet seg ikke til dette forslaget,
men viste til ulike bestemmelser i den alminnelige
straffeloven som etter omstendighetene ville
kunne komme til anvendelse.

Det ble i forarbeidene lagt til grunn at blant
annet straffebestemmelsene om drap («mord»,
«dråp», «vållande til annans död» avhengig av
grovhet og skyldgrad) ville kunne anvendes i for-
bindelse med overføring av hivsmitte i tillegg til
andre bestemmelser om kroppsskade mv. Det
foreligger ikke kjennskap til noen domfellelse for
fullbyrdet drap. Spørsmålet om det forelå forsøk
på forsettlig drap skal i et tilfelle ha blitt prøvet av
tingsrätten (første instans), og retten fant at de
objektive kravene var oppfylt, men ikke de subjek-
tive, idet det ikke var utvist forsett.²⁴

Strafferettslige bestemmelser – gjeldende situasjon

Straffeforfølgning av overføring av smittsomme
sykdommer og fare for dette skjer etter den almin-
nelige straffeloven Brottsbalk (BrB – (1962:700))
Andra avdelningen Om brotten 3 kap. Om brott
mot liv och hälsa.

Bestemmelsene benyttes i forbindelse med
hivsmitte og i sjeldne tilfeller andre smittsomme
sykdommer.

Det er nå gjennomgående fire bestemmelser
som anvendes, avhengig av den skyldgrad som er
utvist, og om det er overført smitte eller om saken
gjelder smittefare uten faktisk smitte.

Når det er overført smitte (fra tiltalte til for-
nærmede) og retten legger til grunn at det er
utvist forsett, anvendes 3 kap. 6 § BrB om «grov
misshandel». Det å utsette noen for smittefare kan
straffes som forsøk (jf. 23 kap. 1 § BrB) på over-
treddelse av 6 § dersom det er utvist forsett.

3 kap. 5 § og 6 § BrB lyder:

5 § Den som tillfogar en annan person kropps-
skada, sjukdom eller smärta eller försätter
honom eller henne i vanmakt eller något annat
sådant tillstånd, döms för misshandel till fän-
gelse i högst två år eller, om brottet är ringa, till
böter eller fängelse i högst sex månader. Lag
(1998:393).

6 § Är brott som avses i 5 § att anse som grovt,
döms för grov misshandel till fängelse i lägst
ett och högst sex år. Vid bedömning av om
brottet är grovt ska särskilt beaktas om gärnin-

¹⁹ SOU 1999:51 Smittskydd, samhälle och individ, Del A, s. 156 ff. En sak ble innklaget for EMK (Enhorn mot Sverige, sak nr. 56529/00), se punkt 8.2.5.

²⁰ Prop. 1985/86:13. Se også SOU 1999:51 Smittskydd, samhälle och individ, Del A, s. 200.

²¹ SOU 1999:51 Smittskydd, samhälle och individ, Del A, s. 201.

²² SOU 1999:51 Smittskydd, samhälle och individ, Del A, s.50 og s. 439 ff.

²³ Prop. 2003/04: 30 Ny smittskyddslag m.m.

²⁴ *Hivsmitta och brottmål. En analys av rättsläget* (Socialstyrelsen, 2009) s. 7.

gen var livsfarlig eller om gärningsmannen har tillfogat en svår kroppsskada eller allvarlig sjukdom eller annars visat særskild hensynsløshet eller råhet.

År brottet att anse som synnerligen grovt, döms dock till fängelse i lägst fyra och högst tio år. Vid bedömning av om brottet är synnerligen grovt ska särskilt beaktas om kroppsskadan är bestående eller om gärningen har orsakat synnerligt lidande eller om gärningsmannen har visat synnerlig hensynsløshet. Lag (2010:370).

Faktisk smitteoverføring som er skjedd ved (grov eller simpel) uaktsomhet kan straffes etter kap. 3 § 8 BrB om «vållande till kroppsskada eller sjukdom», som lyder:

8 § Den som av oaktsamhet orsakar annan person sådan kroppsskada eller sjukdom som inte är ringa, döms för vållande till kroppsskada eller sjukdom till böter eller fängelse i högst sex månader.

År brottet grovt, döms till fängelse i högst fyra år. Vid bedömning av om brottet är grovt skall särskilt beaktas

1. om gärningen har innefattat ett medvetet risktagande av allvarligt slag, eller
2. om gärningsmannen, när det krävts särskild uppmärksamhet eller skicklighet, har varit påverkad av alkohol eller något annat medel eller annars gjort sig skyldig till en försummelse av allvarligt slag. Lag (2001:348).

Det å utsette noen for smittefare ved grov uaktsomhet kan straffes etter kap. 3 § 9 BrB om «framkallande av fara for annan», som lyder:

9 § Utsätter någon av grov oaktsamhet annan för livsfara eller fara för svår kroppsskada eller allvarlig sjukdom, döms för framkallande av fara för annan till böter eller fängelse i högst två år.

For øvrig kan en bestemmelse i 13 kap. Om allmänfarliga brott 7 § BrB anvendes ved smittespredning til en større/ubestemt krets av personer. Dette kan være aktuelt ved smittespredning for eksempel via vann eller mat. Bestemmelsen har tidligere i enkelte tilfeller vært brukt i tillegg til bestemmelsene i 3 kap. BrB ved hivsmitte til flere personer og under henvisning til faren for videre smitte.²⁵ Bestemmelsen lyder:

7 § Om någon framkallar allmän fara för människors liv eller hälsa genom att förgifta eller infektera livsmedel, vatten eller annat, på annat sätt sprida gift eller dylikt eller överföra eller sprida allvarlig sjukdom, döms för spridande av gift eller smitta till fängelse i högst sex år.

År brottet grovt, döms till fängelse på viss tid, lägst fyra och högst arton år, eller på livstid. Vid bedömning av om brottet är grovt ska särskilt beaktas om det skett med uppsåt att skada annan till liv eller hälsa eller om många människor utsatts för fara. Lag (2009:396).

Betydningen av samtykke fra den gjerningen er rettet mot, er generelt regulert i 24 kap. 7 § BrB. Dersom det foreligger samtykke, utgjør handlingen et lovbrudd bare dersom den «med hensyn til den skada, kränkning eller fara som den medfører, dess syfte och övriga omständigheter, är oförsvarlig». Etter rettspraksis virker samtykke vanligvis ikke straffriende ved «(grov) misshandel». Samtykke kan etter omstendighetene virke straffriende ved «framkallande av fara for annan», jf. nedenfor. Men det synes ikke fullt avklart hvilken betydning samtykke har ved «vållande till kroppsskada eller sjukdom» og «framkallande av fara for annan».

Når samtykke ikke har straffriende virkning skal det anses som en formildende omstendighet, og straff kan eventuelt utmåles under den ordinære minstestrafen for lovbruddet, jf. 29 kap. 3 § BrB.

Rettspraksis

Det er i første rekke hivsmitte som straffefølges, men det skal være minst én dom vedrørende hepatitt. Man har oversikt over rundt 35 saker vedrørende hivsmitte i perioden 1988–2008.²⁶

Rettspraksis omfatter både faktisk smitteoverføring og smittefare, og både forsettlig og uaktsomme handlinger.

Sakene gjelder i hovedsak frivillig ubeskyttet seksuell omgang, men det er også tilfeller hvor smitte(-fare) har oppstått i forbindelse med voldtekt eller andre lovbrudd. Det er eksempler på domfellelse for smitte(-fare) oppstått ved så vel oralt som vaginalt og analt samleie. Det foreligger

²⁵ NJA 1995 s. 119. Se også *Hivsmitta och brottmål. En analys av rättsläget* (Socialstyrelsen, 2009) s. 18.

²⁶ *Hivsmitta och brottmål. Inventering 1988-2008*, Socialstyrelsen. Inngår i et større prosjekt knyttet til bruk av tvangstiltak etter smittevernloven. Publisert av Socialstyrelsen juni 2009, www.socialstyrelsen.se.

ikke kjennskap til domfellelser der kondom har vært brukt konsekvent.

Svensk høyesterett (Högsta domstolen) har behandlet flere saker²⁷ om hivsmitte, herunder en sak i 2004²⁸ som gjaldt en hivpositiv mann som hadde hatt ubeskyttet seksuell omgang med ti andre menn. Bare én av de fornærmede var informert om tiltaltes smittestatus, og overfor noen av de fornærmede hadde tiltalte benektet å være hivpositiv. Med tanke på om de objektive vilkårene for straff var oppfylt, la retten til grunn at handlingene medførte smittefare til tross for at den statistiske sannsynligheten for smitte var liten blant annet som følge av at tiltalte hadde lave virusnivåer. Det å utføre handlingene ble videre ansett som en uakseptabel risiko blant annet under henvisning til smittevernlovens regler og de forholdsregler som smittede plikter å iaktta. Når det gjaldt subjektiv skyld fant retten at tiltalte i dette tilfellet ikke hadde utvist forsett med hensyn til å smitte de fornærmede, og at han derfor ikke kunne dømmes for forsøk på «grov misshandel». Retten gikk nærmere inn på de nedre forsettsformene og kom til at «likgiltighetsuppsåt» utgjør forsettets nedre grense. Dette krever at gjerningspersonen har innsett faren for at gjerningsbeskrivelsen (for eksempel at en annen person påføres kroppsskade eller sykdom) oppfylles, og at han eller hun er likegyldig til om dette resultatet inntreffer. Det er ikke tilstrekkelig at vedkommende er likegyldig til at det oppstår en risiko for at resultatet inntreffer. Retten uttalte at kravet ofte vil være oppfylt dersom det foreligger en svært høy sannsynlighet for at resultatet inntreffer, og at det for øvrig må bedømmes ut fra omstendighetene om det forelå likegyldighetsforsett. Relevante momenter kan være vold eller annen hensynsløs opptreden, opprørt sinnsstemning eller gjerningsmannens interesse i handlingen. Retten la til grunn at smittefaren i den konkrete saken hadde vært liten ved den enkelte handlingen, og at det da skulle sterke grunner til for å si at tiltalte hadde vært likegyldig i den forstand at det kunne anses som forsett. Retten fant ikke at det forelå forsett, men dømte for «framkallende av fara för annan» overfor ni av de fornærmede. Med hensyn til den tiende, som kjente tiltaltes hivstatus, drøftet retten betydningen av samtykke. Samtykke til forsettlig overføring av hivinfeksjon («grov misshandel») har ikke straffriende virkning, og dette gjelder også forsøk. Når det gjelder «framkallende av fara för annan» la ret-

ten til grunn at samtykke ofte vil være straffriende, men at det ikke kan utelukkes at slike handlinger kan bedømmes som uforsvarlige til tross for samtykke, og dermed vil være straffbare. Det vil blant annet være av betydning hvor alvorlig skade det var fare for, og risikoens størrelse. Retten frifant for dette tilfellet. Tiltalte ble idømt en straff på fengsel i et år.

Påtalemyndigheten har med bakgrunn i blant annet nevnte dom utarbeidet retningslinjer²⁹ for vurderingen av forsett etter den nye forsettslæren skapt av høyesterett. Påtalemyndigheten har ikke egne retningslinjer for saker om smitteoverføring/-fare. Påtalemyndigheten må ta ut tiltale i saker der bevismaterialet synes å være tilstrekkelig for domfellelse, og kan i slike tilfeller ikke velge å la være å ta ut tiltale ut fra andre hensyn.

Analysen³⁰ av senere dommer konkluderer med at underretten ikke alltid følger høyesteretts veiledning, og at det ikke er helt forutsigbart hvordan en sak om hivsmitte vil bli bedømt med hensyn til om det foreligger forsettlig eller uakt-som overtredelse, betydningen av behandling som påvirker mengden av hivvirus i blodet, betydningen av samtykke samt straffenivå.

I en undersøkelse der man studerte dommer avsagt i perioden 12. april 2004 til 15. september 2008, og sammenlignet med høyesterettsdommen³¹ fra 2004, fant man 17 saker (26 dommer i og med at noen var behandlet i to instanser). Av disse endte 16 saker med fellende dom (hvorav en der reaksjonen ble «rätt psykiatrisk vård»). Utmålt straff lå mellom fengsel i to måneder og fengsel i syv år med tillegg av utvisning (i saker som synes bare eller i hovedsak å gjelde smitteoverføring/-fare). Straffutmålingen avhang blant annet av om smitte faktisk var overført og hvilken skyldgrad som ble ansett utvist, samt omstendighetene for øvrig, herunder antall fornærmede, graden av smittefare m.m. Det ble vist til at samtykke ikke fritar for straff (unntatt etter 3 kap. 9 § BrB avhengig av omstendighetene, jf. ovenfor), men dersom det var informert om smittestatus, ble dette ansett som en formildende omstendighet. I forbindelse med vurderingen av om gjer-

²⁷ NJA 1994 s. 614, NJA 1995 s. 119, NJA 1995 s. 448 og NJA 2004 s. 176.

²⁸ NJA 2004 s. 176, Högsta domstolens dom 6. april 2004.

²⁹ Riksåklagarens riktlinjer (RÅR 2006:1) *Uppsåt*.

³⁰ *Hivsmitta och Brottmål. En analys av rättsläget*, om er utført av professor Madeleine Leijonhufvud på oppdrag fra Socialstyrelsen og inngår i et større prosjekt knyttet til bruk av tvangstiltak etter *smittskyddslagen*. Publisert av Socialstyrelsen juni 2009, www.socialstyrelsen.se. Og *Hiv och straffansvar – en ouppklarad problematik* av Peter Gröön og professor Madeleine Leijonhufvud, SvJT 2009 s. 609 ff.

³¹ NJA 2004 s. 176.

ningspersonen hadde utvist subjektiv skyld, trakk retten ofte inn hvilken grad av smittefare det var tale om i det konkrete tilfellet, herunder virusmengden i blodet som følge av hivbehandling. Det ble i denne sammenheng også ofte vist til de plikter smittede har i henhold til smittevernloven, jf. ovenfor om forholdsregler med hensyn informasjon til potensielle seksualpartnere, bruk av kondom mv.

Her nevnes noen eksempler fra rettspraksis³²:

En mann ble dømt til fengsel i syv år og utvisning fra Sverige for «grov misshandel» og forsøk på dette for overføring av hivsmitte eller fare for smitte overfor til sammen fire fornærmede.

En mann ble dømt til fengsel i fem år og utvisning fra Sverige for «grov misshandel» for å ha smittet to fornærmede med hiv.

En kvinne ble dømt til fengsel i to år for «grov misshandel» for å ha smittet sin ektemann gjennom seksuelt samliv uten å opplyse at hun var hivpositiv. Retten la til grunn at hun i lange perioder hadde hatt store virusmengder i blodet og at hun var kjent med dette og at det økte smittefaren. I straffutmålingen ble det tatt hensyn til at domfelte var døvstum, og uttalt at «straffværdet» for handlingene var fengsel i tre år.

En kvinne ble dømt til fengsel i to år og seks måneder for forsøk på «grov misshandel» for å ha utsatt sin ektemann og deres to barn for smittefare. Hun hadde hatt ubeskyttet seksuell omgang med mannen over en årrekke uten å opplyse at hun var hivpositiv. Kvinnen var under hivbehandling, men hadde ikke opplyst til det helsepersonellet hun var i kontakt med i forbindelse med svangerskap og fødsel at hun var hivpositiv, og forebyggende tiltak var derfor ikke satt i verk.

En mann ble dømt til fengsel i to år for forsøk på «grov misshandel» for å ha utsatt seks unge kvinner for smittefare. Retten uttalte at straffen ble satt så lavt på grunn av domfeltes unge alder, men at «straffværdet» var fengsel i fire år.

En mann ble dømt til fengsel i et år og seks måneder for «grov misshandel» for å ha smittet en mann med hiv. Domfelte hadde ikke opplyst at han var hivpositiv da partneren spurte om han var hivtestet. Han hadde slurvet med hivbehandling og latt være å ta legemidlene i en periode til tross for at han visste at dette medførte økt smittefare.

En mann ble dømt til fengsel i et år samt utvisning fra Sverige for forsøk på «grov misshandel»

for å ha utsatt sin venninne for hivsmitte uten å informere om smittestatus.

En mann ble dømt til fengsel i to år for «vål- lande till kroppsskada eller sjukdom» for å ha smittet en mann med hiv. Retten la til grunn at smitteoverføringen hadde funnet sted ved oralt samleie i og med at det ble lagt til grunn at partene hadde brukt kondom ved de anale samleiene.

En mann ble dømt til fengsel i tre måneder for «framkallande av fara för annan» for å ha utsatt en kvinne for smittefare ved en rekke vaginale, anale og orale samleier. Retten la til grunn at domfelte var lite smittsom på grunn av lave virusmengder i blodet som følge av hivbehandling. Kvinnen var ikke informert om smittestatus.

En mann ble dømt til fengsel i to måneder for «framkallande av fara för annan» for å ha utsatt en mann for smittefare ved ubeskyttede anale og orale samleier uten at det var informert om smittestatus. Det fremgår at domfelte var under hivbehandling.

7.4 Nederland

Smittevernlovgivning

Folkehelseloven (Wet publieke gezondheid av 9. oktober 2008) med forskrifter regulerer blant annet smittevern. Nå gjeldende regelverk avløste og samlet tidligere regelverk på feltet samtidig som det implementerte WHO's internasjonale helsereglement. Loven fordeler ansvar mellom ulike myndigheter og regulerer meldesystem mv. Regelverket inneholder også bestemmelser om ulike smitteverntiltak, herunder hjemmel for isolasjon, karantene, forbud mot å utøve yrke på grunn av smittefare, stenging av bygninger m.m. i særskilte tilfeller. Loven har prosessuelle regler som skal ivareta den smittedes rettssikkerhet.

Smittevernbestemmelsene omfatter opplistede smittsomme sykdommer, delt i flere kategorier, til sammen 42 sykdommer. Bestemmelsene om meldeplikt, hjemmel for å gjennomføre smitteverntiltak med tvang overfor individer etc. gjelder ikke hiv og andre seksuelt overførbare sykdommer med unntak av hepatitt B og C. Dette har blant annet sammenheng med at det er mulig for den enkelte å beskytte seg mot sykdommer som smitter på denne måten, i motsetning til sykdommer som for eksempel spres ved luftbåren smitte eller via vann eller mat. Folkehelseloven har likevel en generell bestemmelse om at kommunale myndigheter i tillegg til å drive forebyggende virksomhet m.m. skal håndtere seksuelt overførbare sykdommer, herunder sporing av kilde og kontakter (art.

³² Opplysningene er hentet fra *Hiv och straffansvar – en oppklarad problematik* av Peter Gröön og professor Madeleine Leijonhufvud, SvJT 2009 s. 609 ff.

6 nr. 1 litra b). Pasientens medvirkning til slik smitteoppsporing skjer på frivillig basis.

Folkehelseloven inneholder ikke bestemmelser om straff for overføring av smitte.

Strafferettslige bestemmelser og rettspraksis

Den alminnelige straffeloven har heller intet særskilt straffebud som rammer smitteoverføring/-fare. Straffeforfølgning har skjedd etter de generelle bestemmelsene i straffeloven.

Det foreligger ikke full oversikt over straffesaker om smitteoverføring/-fare. De første dommene vedrørende hivsmitte ble avsagt på slutten av 1980-årene, og det ble deretter avsagt en rekke dommer i perioden 2000 til 2005, i til sammen trolig mellom 10 og 20 saker, hvorav noen har gått i flere instanser.³³

I enkelte tilfelle ble tiltalte domfelt for drap i første instans, men nederlandsk høyesterett satte til side disse dommene. Det er senere straffelovens bestemmelser om forbrytelser mot kropp og helse som har blitt anvendt, og da i første rekke art. 302³⁴ om forsettlig grov legemsbeskadigelse, med en strafferamme på fengsel i åtte år, eller ti år dersom legemsbeskadigelsen har døden til følge. I henhold til straffeloven art. 82 omfatter begrepet grov legemsbeskadigelse blant annet sykdom som ikke gir utsikt til fullstendig helbredelse.

I to høyesterettsavgjørelser i 2005 og 2007 er det imidlertid fastslått at det må foreligge særlig skjerpene omstendigheter for å domfelle for overføring av smitte eller det å utsette noen for smittefare. Slike omstendigheter vil trolig kunne være tvang eller vold, bedragersk villedelse med det formål å smitte, eller handlinger overfor barn eller andre som ikke befant seg i en jevnbyrdig relasjon til den smitteførende. Denne nyere rettspraksisen synes å innebære at det ikke er straffbart å ha frivillig ubeskyttet seksuell omgang med en jevnbyrdig partner uansett om vedkommende er kjent med den konkrete smittefare eller ikke. Her synes utgangspunktet å være at begge parter har ansvaret for å treffe beskyttende tiltak som det å anvende kondom.

³³ Se bl.a. *Detention or prevention? - A report on the impact of the use of criminal law on public health and the position of people living with HIV*, avgitt 1. mars 2004 av Executive Committee on Aids Policy & Criminal Law.

³⁴ Uoffisiell oversettelse til engelsk: Article 302
(1) *He who causes intentional grievous bodily harm will be punished with at the most eight years of detention or a fine of the fifth category.*
(2) *If this fact will cause death, the perpetrator will be punished with at the most ten years of detention or a fine of the fifth category.*

I dommen³⁵ fra 2005 satte nederlandsk høyesterett til side (deler av) en dom hvor en mann var dømt for forsøk på legemsbeskadigelse for å ha utsatt en gutt på 15–16 år for fare for hivsmitte ved ubeskyttet seksuell omgang (oralt og analt samleie) ved én anledning uten å informere om smittefaren. Den lavere instansen hadde lagt til grunn en uttalelse fra medisinsk sakkyndig om den statistiske smitterisikoen ved en enkelt seksuell handling, og dessuten funnet at det forelå forsett hos tiltalte med hensyn til legemsbeskadigelse.

Høyesterett kom til at dommen måtte settes til side fordi «ondsinnset forsett»³⁶ ikke var bevist. I tillegg fant høyesterett at den beregnede risikoen for at fornærmede faktisk skulle pådra seg hivsmitte ikke var stor nok³⁷ til å oppfylle kravene til subjektiv skyld i form av betinget/eventuelt forsett³⁸. Høyesterett bemerket at det kunne stille seg annerledes under andre omstendigheter som førte til vesentlig høyere smitterisiko. Det ble videre bemerket at spørsmålet om – og i så fall i hvilken utstrekning – det skal brukes straff i forbindelse med ubeskyttet seksuell omgang med fare for hivsmitte, burde avgjøres av lovgiver. Høyesterett bemerket at spørsmålet krever en avveining av alle relevante faktorer, herunder hensynet til folkehelsen.

En høyesterettsavgjørelse i 2007 videreførte rettens standpunkt fra 2005 og utvidet området for hva som er straffritt. Omstendighetene i denne saken var at fornærmede ble utsatt for hivsmitte ikke bare ved en enkeltstående anledning, men en rekke ganger over en lengre periode, og fornærmede ble også smittet. Fornærmede var ikke informert om smittefaren.

Etter høyesterettsavgjørelsen i 2007 har det vært få eller ingen domfellelser knyttet til smitteoverføring ved seksuell omgang. Det ble etter dommen ført diskusjoner mellom justis- og helsedepartementet om straffeloven burde få et eget straffebud om overføring av (seksuelt overførbare) smittsomme sykdommer, men slike bestemmelser er ikke innført.

I 2008 ble tre hivpositive menn domfelt for forsøk på grov legemsbeskadigelse etter å ha injisert blod fra seg selv i tolv andre menn (under påvirkning av narkotika) i den hensikt å overføre smitte. Fordi det ikke kunne bevises at de fornærmede

³⁵ Dom 18. januar 2005 i straffesak nr. 02659/03 IV/SB.

³⁶ Nederlandsk: «kwaadwillige opzet».

³⁷ I uoffisiell engelsk oversettelse av dommen: «substantial».

³⁸ Nederlandsk: «opzetvoorwaardelijk opzet», i uoffisiell engelsk oversettelse av dommen: «conditional intent».

ikke allerede var hivpositive, ble det domfelt for forsøk, ikke fullbyrdet overtredelse. Dommen omfattet også voldtekt. Straffen for de tre domfelte ble i første instans utmålt til fengsel i henholdsvis 9 år, 5 år og 6 måneder, men ble i ankesaken økt til fengsel i henholdsvis 12 år, 9 år og 8 måneder.

Med hensyn til smittsomme sykdommer som overføres fra menneske til menneske, er det ikke fremkommet opplysninger om at det har skjedd straffeforfølgning for smitteoverføring/-fare knyttet til annet enn hivinfeksjon.

7.5 Storbritannia

Smittevernlovgivning

Smittevernbestemmelser er nedfelt i Public Health (Control of Disease) Act 1984 med forskrifter. Loven regulerer ansvarsfordeling mellom myndigheter og meldesystemer m.m. Videre har loven på nærmere bestemte vilkår hjemmel for iverksettelse av smitteverntiltak av ulik karakter, som forbud mot å møte på skole eller andre møtesteder, arbeidsforbud, desinfisering av bygninger, krav til behandling av infiserte gjenstander, og medisinsk undersøkelse, innleggelse i sykehus og isolering, om nødvendig med tvang.

Etter lovens § 17 kan personer som lider av en meldepliktig smittsom sykdom, og som utsetter andre for smittefare ved sin tilstedeværelse eller atferd for eksempel på gaten eller andre offentlige steder, hoteller og butikker, eller som selger eller overlater smittefarlige gjenstander til andre, ilegges en «summary conviction to a fine not exceeding level 1 on the standard scale».

Det er et trettitalls sykdommer på listen over meldepliktige sykdommer fastsatt i The Health Protection (Notification) Regulations 2010. Hiv og andre seksuelt overførbare infeksjoner er ikke blant dem (med unntak av visse former for hepatitt).

Health Protection Agency (HPA) har en sentral rolle i folkehelsearbeidet i Storbritannia både for så vidt gjelder smittevern og andre helsetrusler, herunder kjemiske trusler og stråling. Instansen er regulert i Health Protection Agency Act 2004, og samarbeider med og bistår en rekke andre instanser på sentralt og lokalt nivå.

Den tidligere kjønnssykeloven Venereal Disease Act 1917, som i hovedsak regulerte adgangen til å behandle visse seksuelt overførbare infeksjoner og avvertere for midler som skulle kurere slike sykdommer, ble opphevet i 1998. The National Health Service (Venereal

Diseases) Regulations 1974 regulerer bare taushetsplikt.

Strafferettslige regler

De straffebestemmelsene som anvendes ved smitteoverføring/-fare er reglene om legemsskade («grievous bodily harm») i §§ 18 og 20 i Offences Against the Person Act 1861. Det er i rettspraksis³⁹ slått fast at disse bestemmelsene kan anvendes ved seksuell overføring av smitte.

Hvilken av de to bestemmelsene som kan komme til anvendelse, avhenger av skyldgraden. Skyldformene skiller seg noe fra de som anvendes i norsk rett. Kravet etter § 18 synes å være hensikt, altså en kvalifisert form for forsett. Skyldkravet etter § 20 er «recklessness» som synes å være en form for bevisst uaktsomhet og kan minne om de lavere forsettsformene i norsk rett (dolus eventualis/den positive innvilgelsesteori), men slik at likegyldighet i forhold til resultat er tilstrekkelig.⁴⁰ Hva som skal til for å oppfylle kravet om «recklessness» i smittesaker, er omtalt i retningslinjer for påtalemyndigheten.⁴¹ Det omfatter tilfeller hvor gjerningspersonen forsto at fornærmede kunne bli smittet ved handlingen og likevel tok risikoen, men slik at rimeligheten av å ta risikoen er av betydning. Som eksempel i retningslinjene nevnes at det kan være tilstrekkelig å utsette noen for smittefare i ett tilfelle dersom sykdommen er svært smittsom, mens dette kan stille seg annerledes ved mindre smittsomme sykdommer.

Bestemmelsene kan komme til anvendelse ved ulike sykdommer, men er mest brukt ved overføring av hivinfeksjon. Straffeforfølgning har i enkelte tilfelle funnet sted ved overføring av hepatitt B eller herpes.

Kun tilfeller av faktisk smitteoverføring straffeforfølges etter § 20. Det må derfor bevises at det er tiltalte som har smittet fornærmede. Det å utsette noen for smittefare, kan ikke straffes som forsøk på overtredelse av § 20. Etter § 18 kan det derimot domfelles for forsøk når noen er blitt

³⁹ R v Dica [2004] 2 Cr. App. R. 28 (EWCA Crim 1103).

⁴⁰ Jo Stigen: Forsettets nedre grense – *dolus eventualis* eller hva?, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 123, 4 og 5/2010, s. 573–636, se s. 609 ff.

⁴¹ The Crown Prosecution Service: Intentional or Reckless Sexual Transmission of Infection (Updated 15 July 2011) og Policy for prosecuting cases involving the intentional or reckless sexual transmission of infection (Updated 15 July 2011). Det er også utarbeidet retningslinjer for politiets etterforskning av saker om overføring av hivsmitte: ACPO Investigation Guidance relating to the Criminal Transmission of HIV. (ACPO - Association of Chief Police Officers.)

utsatt for smittefare, under forutsetning av at det strengere skyldkravet (hensikt) er oppfylt.

Samtykke fra fornærmede til å bli utsatt for den konkrete smittefaren, fritar for straff etter § 20, men ikke etter § 18. Samtykke til ubeskyttet seksuell omgang anses ikke som samtykke til (å bli utsatt for fare for) smitteoverføring når det ikke er informert om den konkrete smittefaren.⁴²

Forsvarlig bruk av kondom og/eller andre forholdsregler i henhold til smittevernveiledning, tilsier i henhold til påtalemyndighetens retningslinjer at det ikke vil bli iverksatt straffefølgning. Skyldkravet vil da ikke være oppfylt.

Strafferammen etter § 18 er livsvarig fengsel, og etter § 20 fengsel i inntil fem år.

Det kan i forbindelse med straffefølgning ikke tas blodprøve av siktede uten samtykke. Politiet kan få tilgang til siktedes pasientjournaler uten siktedes samtykke, ved rettens kjennelse. Noen leger velger også å gi politiet tilgang til pasientjournaler uten rettens kjennelse. Dette synes ikke lovregulert og er heller ikke direkte omtalt i retningslinjer fra General Medical Council med tittelen *Confidentiality: disclosing information about serious communicable diseases*⁴³. Utgangspunktet i retningslinjene er at legen skal bevare taushet om pasientopplysninger, men det vises til at det kan være aktuelt å gi opplysninger, også uten pasientens samtykke, i særskilte tilfelle, og at legen må foreta en avveining mellom de ulike interessene som er involvert, herunder også hensynet til den generelle tillit i pasientforhold.

I medhold av §§ 104–113 i Sexual Offences Act 2003 kan retten ved domfellelse også ilegge domfelte personer med seksuelt overførbare infeksjoner en «sexual offences prevention order». Dette har skjedd ved enkelte domfellelser for smitteoverføring. Slikt vedtak kan gjelde forbud mot seksuell omgang uten kondom og/eller seksuell omgang uten å informere den andre parten om sykdommen. Behovet for og proporsjonaliteten av et slikt vedtak må vurderes ut fra de konkrete omstendighetene.

De omtalte reglene gjelder England og Wales. I Skottland anvendes et annet rettsgrunnlag for straffefølgning av smitteoverføring og det å utsette noen for smittefare. Dette er «culpable and

reckless conduct» som er etablert i ulovfestet rett («common law»). Det å utsette noen for smittefare uten at smitte ble overført, har vært straffefølgt i et tilfelle der gjerningspersonen også var tiltalt for å ha smittet en annen person. Straffefølgning har funnet sted i forbindelse med hiv og ved hiv og hepatitt C sammen. Det er antatt at straff ikke kommer til anvendelse ved bruk av kondom. Samtykke er i utgangspunktet ikke straffriende etter det rettsgrunnlaget som anvendes.

Påtalemyndigheten i Skottland har i mai 2012 gitt retningslinjer⁴⁴ for saker om smitte med seksuelt overførbare infeksjoner. Det uttales at det er lite sannsynlig at det vil bli tatt ut tiltale i blant annet saker hvor den smittede hadde informert om sin smittestatus, iverksatte smitteverntiltak eller unngikk handlinger med høy risiko i samsvar med smittevernveiledning. Det samme gjelder der vedkommende var under behandling og hadde blitt informert om at smitterisikoen derfor var lav. Blant momentene som kan tale for tiltale, nevnes blant annet at den smittede har gitt uriktig informasjon eller tilbakeholdt opplysninger om smittestatus, at den smittede ikke har fulgt veiledning eller forskrevet behandling, at fornærmede var i en særlig sårbar situasjon eller at den smittede «had intentionally embarked on a course of flagrant conduct». Det heter at det kan være aktuelt å ta ut tiltale for smittefare uten faktisk smitte når den smittede har hatt et slikt atferdsmønster med ubeskyttet sex med flere partnere uten å informere om smittestatus, eller sammen med saker om smitteoverføring.

Rettspraksis

Rettspraksis i England og Wales omfatter minst 20 saker, herunder minst 16 domfellelser, alle i perioden fra 2003. Samtlige saker er pådømt etter § 20 (hvor skyldkravet er «recklessness»). Alle sakene gjelder faktisk overføring av smitte, og de fleste gjelder hivsmitte. I tillegg skal en rekke saker ha blitt etterforsket, men avsluttet uten at det ble tatt ut tiltale.

Straffen har ved domfellelser som gjelder overføring av hivsmitte til én person, vanligvis vært fengsel mellom to og fire år. En mann ble dømt til ti års fengsel for å ha smittet tre kvinner med hiv.⁴⁵ I en sak om overføring av hepatitt B til

⁴² Spørsmålet om det forelå samtykke og betydningen av samtykke var sentralt i sakene R v Dica [2004] EWCA Crim 1103 og R v Konzani [2005] EWCA Crim 706. Se også Matthew Weait: *Intimacy and Responsibility: the Criminalisation of HIV Transmission*, 2007.

⁴³ http://www.gmc-uk.org/Confidentiality_disclosing_info_serious_commun_diseases_2009.pdf 27493404.pdf

⁴⁴ Crown Office and Procurator Fiscal Service: *Intentional or Reckless Sexual Transmission or Exposure to Infection - Prosecution Policy*, 2012. <http://www.crownoffice.gov.uk/sites/default/files/Final%20Policy%201%20May%202012.pdf>

⁴⁵ R v Konzani [2005] EWCA Crim 706.

én person, ble straffen utmålt til fengsel i to år. I en sak om overføring av herpes til én person, ble straffen utmålt til fengsel i 14 måneder. Dommen er anket, men anken er pr. 1. august 2012 ikke behandlet.

I Skottland har det vært tre domfellelser, den første i 2001. Utmålt straff har vært fengsel i fem år for overføring av hiv til én person, fengsel i ni år for overføring av hiv og hepatitt C til én person, og fengsel i ti år for overføring av hiv til én person og det å ha utsatt ytterligere tre for smittefare.

7.6 Sveits

Smittevernlovgivning

Sveits har en epidemilov fra 1970 (Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen – Epidemiengesetz, av 18. desember 1970) som gjelder for hele landet. Loven fordele ansvar mellom de ulike forvaltningsnivåer og hjemler en rekke smitteverntiltak, meldesystemer etc. Loven har bestemmelser om undersøkelse, observasjon og isolering av smittede personer, vaksinasjon, stenging av skoler og andre offentlige eller private anstalter, nedleggelse av forbud mot yrkesutøvelse eller opphold på bestemte steder m.m. Loven omfatter alle typer smittsomme sykdommer, men det er fastsatt nærmere vilkår for de ulike tiltakene.

Epidemiloven har straffebestemmelser som blant annet rammer den som nekter å la seg underkaste pålagt legeobservasjon eller isolering. Loven inneholder ikke bestemmelser om straff for overføring av smitte eller det å utsette andre for smittefare.

Epidemiloven er under revisjon. Formålet med revisjonen er blant annet å tilpasse loven til nye forhold hva gjelder sykdommer, smittemåter og moderne metoder, og bedre smittevernet ved alvorlige sykdomsutbrudd. Den nye loven vil også gjennomføre WHO's internasjonale helsereglement i sveitsisk rett. Lovforslaget omfatter også endringer i straffelovens bestemmelse om smitteoverføring/-fare, jf. nedenfor. Behandlingen av lovsaken var ikke avsluttet pr. 1. august 2012.

Strafferettslige bestemmelser

Den alminnelige straffeloven (Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB)) av 21. desember 1937 gjelder for hele landet, men rettspraksis kan i noen grad variere mellom de 26 kantonene så lenge det aktuelle spørsmålet ikke er avklart av den føderale høyeste rettsinstansen (Schweizeris-

che Bundesgericht) som behandler anker fra de høyeste kantonale rettsinstansene og den føderale straffedomstolen (som behandler saker på særskilte straffeområder som er underlagt føderal førstinstansbehandling) og den føderale forvaltningsdomstolen.

I straffesaker om smitteoverføring/-fare brukes den alminnelige straffeloven, dels bestemmelser om legemsbeskadigelse etc. (art. 122 ff.) i kapittelet om lovbrudd mot kropp og helse, og dels en særskilt bestemmelse om spredning/overføring av smittsomme sykdommer (art. 231 – Verbreiten menschlicher Krankheiten) i kapittelet om lovbrudd mot folkehelsen. Bestemmelsene kan anvendes hver for seg eller sammen (i konkurrens). Dersom smitte ikke er overført, men det forelå smittefare, regnes det som forsøk (art. 22) på overtredelse av disse bestemmelsene. Art. 231 retter seg mot overføring av farlige smittsomme sykdommer («eine gefährliche übertragbare menschliche Krankheit»). I de senere år er bestemmelsen i første rekke brukt ved hiv og i noen tilfelle hepatitt. Bestemmelsen ble tidligere i noen utstrekning brukt ved syfilis. Bestemmelsen vil også kunne ramme smittespredning via luft, mat, vann etc.

Øvre strafferamme for forsettlig grov og simpel legemsbeskadigelse er bøter eller fengsel i henholdsvis ti og tre år (art. 122 og 123), mens strafferammen for uaktsom legemsbeskadigelse er bøter eller fengsel i tre år (art. 125). Strafferammen i art. 231 er bøter eller fengsel i inntil fem år for fortsettlig overtredelse, med en minstestraft på fengsel i et år dersom gjerningspersonen har handlet «aus gemeiner Gesinnung» (simpelt/gement sinnelag). Ved uaktsom overtredelse er strafferammen bøter eller fengsel i inntil tre år. Det skal i minst ett tilfelle være domfelt for uaktsomt brudd på art. 231 fordi gjerningsmannen på bakgrunn av risikoatferd (ubeskyltet sex med hivpositiv partner) burde ha skjönt at han kunne være hivpositiv selv om han ikke var testet.

Noe rettspraksis synes å tilsi at det ikke er straffbart dersom man har praktisert «sikrere sex» (kondombruk m.m. i henhold til retningslinjer fra helsemyndighetene), men det ukjent om rettspraksis på dette punktet er konsistent. Det er foreløpig uklart hvilken betydning lave virusnivåer på grunn av hivbehandling vil ha, selv om dette har medført frifinnelse i ett tilfelle i en kanton domstol, jf. nedenfor. Den føderale høyeste rettsinstansen har tidligere lagt til grunn at selv en liten smittefare er tilstrekkelig, og at det er utvist forsett (dolus eventualis) når hivpositive har hatt ubeskyltet seksuell omgang med andre.

Samtykke fritar i utgangspunktet ikke for straff etter de aktuelle straffebudene, men man har i rettspraksis kommet til at bestemmelsene om legemsbeskadigelse ikke kan anvendes når det er tale om frivillig seksuell omgang etter at partneren er informert om den konkrete smittefaren. Det er vist til at det ikke er straffbart å medvirke til at en annen person utsetter seg for fare så lenge vedkommende har kontroll over hendelsesforløpet og når som helst kan trekke seg tilbake. Art. 231 kan likevel anvendes i slike tilfeller idet den verner samfunnsinteresser (folkehelsen).

Det sveitsiske hiv/aidsrådet (Eidgenössische Kommission für Aids-Fragen – EKAF)⁴⁶ avga i 2010 en erklæring om sitt syn på straffefølgning for smitteoverføring/-fare. Under henvisning til sin omstridte uttalelse om at smittefaren under visse omstendigheter er tilnærmet ikke-eksisterende når en hivpositiv er velbehandlet og ikke har andre seksuelt overførbare infeksjoner («Swiss statement»)⁴⁷, uttalte EKAF at straffefølgning bør opphøre i slike tilfelle. Det ble videre uttalt at smitterisikoen i andre tilfeller også er så lav at det bør vurderes nærmere om dette er straffbart. EKAF foreslo en lovendring som innebærer at art. 231 ikke lenger skal ramme frivillig ubeskyttet seksuell omgang.

I forbindelse med lovforslaget til ny epidemi-lov er det foreslått endringer i straffeloven art. 231. Det er foreslått at samtykke skal være straffriende. Det er også kommet andre endringsforslag fra ulikt hold, herunder forslag fra EKAF om at bare «böswillig» smitteoverføring skal være straffbar.

Behandlingen i parlamentet var ikke avsluttet pr. 1. august 2012. Parlamentet har to kamre som må enes før loven vedtas. Resultatet med hensyn til straffeloven art. 231 er likt i de to kamrene med unntak av at det øverste kammeret (Ständerat) fjernet ordet «vorsätzlich» i følgende ordlyd:

«Wer vorsätzlich aus gemeiner Gesinnung eine gefährliche übertragbare menschliche Krankheit verbreitet, wird mit Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bestraft. (Rest des Artikels streichen.)»

Det antas at en slik forskjell ikke vil ha særlig betydning i praksis og at bestemmelsen, dersom endringene blir endelig vedtatt, i hovedsak vil ramme handlinger utført i smittehensikt.

Rettspraksis

I en studie av den strafferettslige håndteringen av hiv/aids i Sveits fra 2009⁴⁸, hadde man identifisert 39 straffesaker (noen saker hadde gått i flere instanser, slik at det til sammen var 51 kjente dommer). Med unntak av tre saker handlet det om smitteoverføring/-fare ved seksuell omgang, vanligvis frivillig, men i tre tilfeller i forbindelse med voldtekt eller andre seksuelle overgrep. Det var stor overvekt av mannlige tiltalte. De fleste sakene gjaldt heteroseksuelle forhold, mens totalt antall fornærmede kvinner og menn var ganske jevnt. I 26 av sakene ble tiltalte domfelt. Blant sakene som endte med frifinnelse, var grunnlaget i to tilfelle at partene hadde praktisert «sikrere sex».

Rettspraksis omfatter både saker hvor partneren – i kortere eller lengre forhold – ikke har vært informert om gjerningspersonens smittestatus, og saker hvor begge parter har kjent til den konkrete smittefaren. Over halvparten av sakene gjaldt smittefare uten at smitte faktisk var overført. I slike saker har straffen ofte blitt utmålt til fengsel i 18 måneder til to år, og i enkelte tilfeller kortere betingede straffer. I saker hvor smitte har blitt overført, har straffen ofte vært mellom to og fire års ubetinget fengsel. Straffen har gjennomgående vært lavere i tilfeller der fornærmede var informert om smittefaren, for eksempel betinget fengsel i seks eller 12 måneder.

I en sak hvor en hivpositiv mann i første instans var dømt til fengsel i 18 måneder for å ha utsatt en kvinne for smittefare ved ubeskyttet seksuell omgang uten å informere om sin hivstatus, anmodet påtalemyndigheten i ankesaken om frifinnelse på bakgrunn av uttalelsen⁴⁹ fra det sveitsiske hiv/aidsrådet (EKAF) om at smittefaren under visse omstendigheter er tilnærmet ikke-eksisterende når en hivpositiv person er velbehandlet og ikke har andre seksuelt overførbare

⁴⁶ Rådet har fra 2012 utvidet saksfelt slik at det omfatter også andre seksuelt overførbare infeksjoner m.m., og navnet er endret til Eidgenössische Kommission für sexuelle Gesundheit (EKSG).

⁴⁷ Vernazza/Hirschel/Bernasconi/Flepp: HIV-Infizierte Menschen ohne andere STI sind unter wirksamer antiretroviraler Therapie sexuell nicht infektiös, Schweizerische Ärztezeitung 2008, 89;5, s. 165 ff.

⁴⁸ Factsheet zur Nationalfondsstudie: «Strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen», unter der Leitung von Kurt Pärli, Mitarbeit von Peter Moesch, und in Zusammenarbeit mit der Aids-Hilfe Schweiz.

⁴⁹ Vernazza/Hirschel/Bernasconi/Flepp: HIV-Infizierte Menschen ohne andere STI sind unter wirksamer antiretroviraler Therapie sexuell nicht infektiös, Schweizerische Ärztezeitung 2008, 89;5, s. 165 ff.

infeksjoner. Uttalelsen er omstridt helsefaglig sett. Det ble avsagt frifinnende dom⁵⁰. Det foreligger ikke kjennskap til andre frifinnelser ved sveitsiske domstoler ut fra et slikt grunnlag.

7.7 Finland

Lag om smittsamma sjukdomar (23.7.1986/583) erstattet flere eldre lover om blant annet kolera, tuberkulose, kjønns sykdommer og vaksinasjon. Loven fordeler ansvaret for smittevern mellom myndigheter på ulikt nivå, og regulerer meldeplikt mv. Sykdommene inndeles i «allmänfarliga, anmälningspliktiga och andra smittsamma sjukdomar». Loven gir hjemmel for å iverksette smitteverntiltak av ulik karakter. Herunder kan det etter omstendighetene pålegges undersøkelse, behandling, forholdsregler som skal følges, vaksinasjon, karantene, isolasjon, stenging av skoler og barnehager, forbud mot folkesamlinger eller mot å møte på skole eller arbeidsplass m.m. Flere tiltak kan om nødvendig iverksettes mot pasientens vilje.

Loven har ikke egne straffebestemmelser. Lovens 37 § viser til straffelovens 44 kapittel Om brott som äventyrar andras hälsa och säkerhet 2 § Hälsoskyddsförseelse når det gjelder brudd på «bestämmelser eller allmänna eller särskilda föreskrifter som utfärdats för att förhindra att en allmänfarlig smittsam sjukdom sprids». Strafferammen er bøter eller fengsel i høyst tre måneder.

Straffeforfølgning av smitteoverføring og smittefare skjer etter andre bestemmelser i den alminnelige straffeloven (Strafflag 19.12.1889/39). Både forsettlig og uaktsomme handlinger kan straffes.

De mest aktuelle synes å være følgende bestemmelser i straffelovens 21 kapittel Om brott mot liv och hälsa:

5 § Misshandel

Den som begår fysiskt våld mot någon eller som utan att begå sådant våld skadar någons hälsa, tillfogar honom smärta eller försätter honom i medvetlöshet eller något annat motsvarande tillstånd, skall för misshandel dömas till böter eller fängelse i högst två år.

Försök är straffbart.

6 § Grov misshandel

Om vid misshandel

1. någon tillfogas svår kroppsskada eller en allvarlig sjukdom eller försätts i livshotande läge,
2. brottet begås på ett synnerligen rått eller grymt sätt, eller
3. används skjut- eller eggvapen eller något annat jämförbart livsfarligt hjälpmedel och brottet även bedömt som en helhet är grovt, skall gärningsmannen för grov misshandel dömas till fängelse i minst ett och högst tio år.

Försök är straffbart.

Andre bestemmelser i samme kapittel har også vært nevnt som aktuelle, blant annet følgende:

10 § Vållande av personskada

Den som av oaktsamhet förorsakar någon annan en kroppsskada eller sjukdom som inte är ringa, skall för vållande av personskada dömas till böter eller fängelse i högst sex månader.

11 § Grovt vållande av personskada

Om kroppsskadan eller sjukdomen vid vållande av personskada förorsakas genom grov oaktsamhet och brottet även bedömt som en helhet är grovt, skall gärningsmannen för grovt vållande av personskada dömas till böter eller fängelse i högst två år.

Videre kan enkelte bestemmelser i 34 kapittel Om allmänfarliga brott være aktuelle særlig når det gjelder smittespredning til en større krets. Den som «sprider en allvarlig sjukdom [...] så att gärningen är ägnad att orsaka allmän fara för liv eller hälsa, skall för äventyrande av andras hälsa dömas till fängelse i minst fyra månader och högst fyra år» etter 4 § nr. 2. Forsøk er straffbart. Når «en stor mängd människor utsätts för allvarlig fara för liv eller hälsa och brottet även bedömt som en helhet är grovt» kan det dømmes etter 5 § Grovt äventyrande av andras hälsa med en strafferamme på fengsel fra to til ti år.

Det er i rettspraksis ikke tatt stilling til om forholdsregler for å redusere smittefaren, herunder bruk av kondom ved seksuelt overførbare infeksjoner, eller samtykke fra den som utsettes for smittefare, har straffriende virkning. Det er ikke kjennskap til at noen slike saker har vært straffefølgt.

⁵⁰ La Cour de justice de Genève (den kantonale domstolen i Genève (annen instans)), februar 2009. Avgjørelsen ble av fornærmede anket til den føderale høyeste rettsinstansen, men anken ble avvist under henvisning til at fornærmede ikke hadde rettslig interesse i utfallet av straffespørsmålet. Den siste rettsinstansen uttalte seg ikke om frifinnelsen og betydningen av hivbehandling.

Det foreligger ikke oversikt over antall straffesaker, men det er anslått at det har vært minst 15–20 saker vedrørende hiv, hvorav rundt halvparten har ført til domfellelse. Straffeforfølgning har i hovedsak funnet sted i saker hvor fornærmede er blitt smittet, men straffeforfølgning har skjedd i minst ett tilfelle der fornærmede har blitt utsatt for smittefare uten å ha blitt smittet.

Et eksempel fra rettspraksis er en sak der gjerningsmannen, som visste at han var hivpositiv, i 2008 ble dømt til 12 års fengsel for et tilfelle av voldtekt, fem tilfeller av «grov misshandel» (overføring av hivsmitte) og 14 tilfeller av forsøk på «grov misshandel» (smittefare).⁵¹

7.8 Island

Den islandske smittevernloven (Sóttvarnalög, lov nr. 19/1997) fordeler ansvar mellom ulike myndigheter og regulerer meldesystemer for smittsomme sykdommer mv. Loven gir også hjemmel for ulike smitteverntiltak når det er fare for at en epidemi sprer seg til eller fra Island eller innen landet, og når en smitteførende persons atferd medfører fare for spredning av infeksjon. Loven gjelder også helsetrusler i form av giftige kjemikalier og radioaktive stoffer.

Loven pålegger smittede personer og helsepersonell plikter. Det er i § 7⁵² også lovfestet at enhver skal ta nødvendige forholdsregler mot smittsomme sykdommer og gjøre sitt beste for å unngå å bli smittet eller smitte andre. Personer som har grunn til å tro at de er smittet med en sykdom som kan være farlig for andre, skal uten opphold søke helsehjelp. Den som er smittet med en slik sykdom, har etter § 7 også plikt til å følge legens instruksjoner med hensyn til behandling og tiltak for å unngå å smitte andre. En lege som vet eller har rimelig grunn til å tro at pasienten ikke følger legens instruksjoner om behandling og kontakt med andre, skal straks underrette overlegen

⁵¹ Hiv-Norden: Q&A HIV and the criminal code in the Nordic countries, 2010.

⁵² Uoffisiell engelsk oversettelse: Act no. 19/1997 on Health Security and Communicable Diseases, Art. 7. *It is incumbent upon everyone to take all precautions against communicable disease, and to do one's best avoid to infecting oneself or others, as far as possible. Any person who has reason to believe that he/she is infected with an infectious disease that may pose a threat to others must seek medical attention without delay. Should medical tests reveal such an infection, the person must follow the instructions of the physician on treatment and measures to prevent infection.* (Bare § 7 første ledd er gjengitt.) (http://eng.velferdarraduneyti.is/media/Reglugerdir-enska/Act_on_Communicable_Diseases_2007.pdf)

ved et helsesenter eller smittevernlegen⁵³. Loven har også regler om smittesporing.

Etter lovens § 14 kan det vedtas ytterligere smitteverntiltak når det er nødvendig for å hindre spredning av en allmennfarlig smittsom sykdom, herunder undersøkelse og isolasjon, som om nødvendig kan iverksettes ved bruk av tvang. Etter § 15 kan smitteførende personer som ikke følger reglene for kontakt med andre mennesker, undergis isolasjon i inntil 15 dager, med mulighet for forlengelse om nødvendig. Loven angir de nærmere vilkår og prosedyrer som skal bidra til å sikre pasientens rettssikkerhet. Saker etter § 15 behandles av domstolene i tillegg til smittevernmyndighetene, og pasienten kan få oppnevnt advokat etter de samme regler som i straffesaker.

Lovens § 19 inneholder hjemmel for å ilegge straff for brudd på loven med forskrifter. Lovens ordlyd begrenser ikke straffbarheten til en særskilt personkrets, for eksempel helsepersonell, og det legges til grunn at også smitteførende personer kan straffes, dersom de for eksempel bryter sine plikter etter § 7. Strafferammen er bøter eller fengsel opp til tre måneder.

Den alminnelige straffeloven (Almenn hegningarlög, lov nr. 19/1940) har en bestemmelse i § 175⁵⁴ som rammer den som ved brudd på smittevernregler eller -vedtak forårsaker fare for smittespredning (til en videre krets). Strafferammen er fengsel i tre år, men seks år dersom det gjelder en sykdom som myndighetene ved særlige tiltak har forsøkt å hindre fra å komme inn i landet. Strafferammen er bøter eller fengsel opp til seks måneder for uaktsom overtredelse.

Straffeloven § 220 fjerde ledd⁵⁵ rammer den som i vinnings hensikt, av hensynsløshet eller annen uansvarlig opptreden setter andres liv eller

⁵³ Uoffisiell engelsk oversettelse av loven: «[Chief Physician of a Health Care Centre, cp. par. 4, Art 4.], or Chief Epidemiologist», se art. 10.

⁵⁴ Uoffisiell engelsk oversettelse: *Anyone who brings about the danger that a contagious disease originates or spreads among the public by violating legal instructions respecting protection against contagious diseases or precautionary rulings by the authorities relating thereto shall be subject to imprisonment for up to 3 years. The penalty may, however, become imprisonment for up to 6 years in case of a disease, which the authorities have made special arrangements to obstruct or prevent from reaching this Country. In case an offence in accordance with the present Article is committed inadvertently, this will be subject to fines or imprisonment for up to 6 months.*

⁵⁵ Uoffisiell engelsk oversettelse: *Imprisonment for up to 4 years shall be imposed on any person who, for motives of gain, or in a frivolous manner or in another irresponsible manner, places the lives or health of others in evident danger.*

helse i åpenbar fare. Strafferammen er fengsel opp til fire år.

Det foreligger ikke kjennskap til straffesaker vedrørende smitteoverføring/-fare etter noen av de nevnte straffebestemmelsene.⁵⁶ Det er antatt at bestemmelsene etter omstendighetene kan komme til anvendelse i alle fall i forbindelse med overføring av hivinfeksjon.⁵⁷

7.9 Frankrike

Den franske folkehelseloven (Code de la santé publique) med forskrifter er et omfattende regelverk som regulerer en rekke områder innen helseretten. Loven har blant mye annet bestemmelser om miljørettet helsevern og smittevern, herunder vaksinasjon, meldesystem for smittsomme sykdommer m.m. Det er egne bestemmelser i loven om hiv og andre seksuelt overførbare sykdommer. L'Institut de veille sanitaire (InVS) har en sentral rolle i folkehelsearbeidet, herunder forebygging og bekjempelse av smittsomme sykdommer.

Folkehelseloven har ikke straffebestemmelser som rammer overføring av hiv og andre seksuelt overførbare infeksjoner.

I 1991 ble det foreslått en særskilt straffebestemmelse rettet mot overføring av hiv for tilfeller der den smittede ikke hadde informert om sin smittestatus. Forslaget ble ikke vedtatt.

Straffeloven har ikke et eget straffebud rettet mot smitteoverføring/-fare. Straffeforfølgning for overføring av hivsmitte har skjedd i medhold av ulike straffebud. Bestemmelser om forgiftning (art. 221-5), påføring av skadelige stoffer (art. 222-15), legemsbeskadigelse (art. 223-1) og det å unnlate å hjelpe en person som er i fare (art. 223-6), skal ha blitt anvendt. I en sak om hivsmitte ved blodoverføring kom den høyeste rettsinstansen (Cour de cassation) til at straffebudet om forgiftning ikke kunne anvendes. Man har senere i hovedsak benyttet straffebudet om skadelige stoffer («administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui»). Dersom det skadelige stoffet har ført til nedsatt funksjonsevne eller varig sykdom, slik som hivinfeksjon, er strafferammen fengsel i inntil ti år.

⁵⁶ HIV-Norden: Q&A: HIV and the criminal code in Nordic countries, Oslo, 2010.

⁵⁷ GNP+ «The Global Criminalisation Scan» (http://www.gnpplus.net/criminalisation/index.php?option=com_content&task=view&id=79&Itemid=42)

Det er i første rekke saker hvor smitte er overført, som er straffeforfulgt, selv om det skal være mulig å straffeforfølge også smittefare. Det foreligger ikke full oversikt over antall straffesaker, men det skal være rundt 15 domfellelser for overføring av hivsmitte i perioden fra 1996. Fra 2008 har det vært minst seks saker, hvorav fire endte med domfellelse.

Domfellelsene gjelder i hovedsak ubeskyttet seksuell omgang uten at det er informert om smittestatus. Det skal være uavklart om bruk av kondom er straffriende.

En mann som hadde smittet to kvinner med hiv ved ubeskyttet seksuell omgang, ble dømt til fengsel i seks år.

I en sak skal en hivpositiv person være dømt til fengsel i tre år for å ha bitt en polititjenestemann.⁵⁸

7.10 Tyskland

Smittevern er i Tyskland regulert i lov om forebygging og bekjempelse av infeksjonssykdommer hos mennesker (Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) av 20. juli 2000). Loven fordeler ansvar mellom myndigheter og regulerer meldesystemer i tillegg til å gi hjemmel for en rekke smitteverntiltak, også knyttet til vann- og matsikkerhet. Loven hjemler tiltak som vaksinerings, undersøkelse og behandling, karantene, stenging av lokaler, møteforbud, forbud mot utøvelse av yrkesaktivitet m.m. Overtredelse av visse av lovens bestemmelser er straffbar, og strafferammen er fengsel inntil fem år dersom lovbruddet førte til spredning av en meldepliktig sykdom. Robert Koch-Institut (RKI) er sentralt i smittevernarbeidet på nasjonalt nivå.

Smitteoverføring/-fare straffeforfølges hovedsaklig etter straffelovens (Strafgesetzbuch (StGB)) alminnelige bestemmelser. Aktuelle bestemmelser er § 223 (legemsbeskadigelse), § 224 (legemsbeskadigelse utført på særlig farlig måte) § 226 (alvorlig legemsbeskadigelse) og § 229 (uaktsom legemsbeskadigelse). Tysk høyesterett (Bundesgerichtshof) anvendte for første gang i 1988 § 224⁵⁹ i en sak⁶⁰ som gjaldt fare for overføring av hivinfeksjon, og det er denne

⁵⁸ Det er ukjent hvilken straffebestemmelse som ble lagt til grunn og hvilken betydning gjerningsmannens hivstatus hadde.

⁵⁹ Da § 223a.

⁶⁰ Dom 4. november 1988 (1 StR 262/88).

bestemmelsen som gjennomgående anvendes. Smittefare uten at smitte overføres, straffes som forsøk, jf. StGB §§ 22 til 24. Skyldkravet etter § 224 er forsett, og det er tilstrekkelig at det foreligger eventuelt forsett (*dolus eventualis*). Det foreligger ikke kjennskap til domfellelser etter § 229 om uaktsom legemsbeskadigelse.

Samtykke fra seksualpartner som var informert om den konkrete smittefaren, fritar for straff. Overtredelse av § 224 straffes med frihetsberøvelse fra seks måneder inntil ti år, eller i mindre grove tilfeller fra tre måneder til fem år.

Det foreligger ikke full oversikt over rettspraksis, men det skal ha vært minst et trettitalls tilfeller av straffeforfølgning knyttet til hivinfeksjon (i noen tilfeller sammen med hepatitt). Noen av sakene er avsluttet uten dom, men det er i det minste et tyvetalls kjente dommer⁶¹, hvorav de fleste fellende. Straffenivået varierer med omstendighetene, blant annet antallet fornærmede og om smitte ble overført. I de fleste sakene har utmålt straff vært fengsel mellom ett og fire år, men i enkelte tilfelle opp til fengsel i fem år og seks måneder. Det ser ut til at lavt virusnivå som følge av hivbehandling i varierende grad er tillagt vekt av domstolene, og i enkelte tilfelle har ført til friinnelse eller mildere straffereaksjoner som samfunnsstraff eller bot.

Det er i rettspraksis lagt til grunn at kondombruk (under hele samleiet) fritar for straff. Det er i enkelte tilfeller domfelt for ubeskyttet oralsex.

Enkelte eksempler fra rettspraksis:

En hivpositiv mann som hadde utsatt flere menn for smittefare ved (delvis) ubeskyttet seksuell omgang ble dømt til fengsel i to år. Det er ikke kjent om smitte ble overført.⁶²

En hivpositiv mann som hadde hatt et stort antall ubeskyttede samleier med sin kone uten å informere om smittestatus og som derigjennom smittet konen, ble dømt til fengsel i et år og seks måneder.

En mann som smittet tre kvinner med hiv og som hadde løyet om sin smittestatus, ble dømt til fengsel i tre år.

En mann ble dømt til fengsel i fem år for å ha smittet fire kvinner med hiv. Mannen hadde høyt virusnivå i blodet og var tidligere dømt for det å ha utsatt noen for smittefare.

I 2010 ble en kvinne dømt til to års betinget fengsel og 300 timer samfunnsstraff for å ha smittet en mann med hiv og utsatt en annen mann for smittefare.

Det er opplyst at det er en dialog mellom helsemyndighetene og interesseorganisasjoner omkring praktiseringen av straffeloven på feltet.

7.11 Oppsummering

Som omtalen ovenfor viser, varierer straffereguleringen og rettstilstanden med hensyn til smitteoverføring og smittefare i de landene hvor utvalget har undersøkt lovgivning og praksis. Alle de omtalte landene anvender landets alminnelige straffelov i den grad smitteoverføring/-fare straffefølges. Noen land anvender de generelle straffebudene om legemskrenkelser/kroppsskade eller fremkalling av fare for andres liv eller helse, mens andre har særskilte regler om smitteoverføring/-fare i straffeloven.

Ser man også på andre land, kan man finne eksempler på andre reguleringsformer. Noen land i Afrika har egne lover om hiv som også straffbelegger smitteoverføring/-fare. En rekke land i Øst-Europa har straffebud i den alminnelige straffeloven som spesielt rammer overføring av hivinfeksjon og fare for hivsmitte. Det samme gjelder flere delstater i USA. Enkelte land har straffebestemmelser som retter seg mot spesifisert atferd som er egnet til å være smittefarlig, men slik at det er atferden som sådan som er straffbar, uten nærmere vurdering av om det oppsto konkret smittefare/-overføring. Dette kan for eksempel gjelde ubeskyttet seksuell omgang og/eller seksuell omgang uten å informere partneren om smittestatus. Det synes ikke å være vanlig at strafferegler om smitteoverføring/-fare er nedfelt i folkehelse- eller smittevernlovgivning, selv om det forekommer enkelte eksempler.

I tillegg til de sakene hvor selve smitteoverføringen eller smittefaren straffefølges enten alene eller sammen med overtredelse av andre straffebud, vil særlig smitteoverføring kunne ha betydning for straffutmålingen i saker som gjelder for eksempel voldtekt eller andre seksualforbrytelser. I noen land er det fastsatt forhøyet straffeframme for slike følger, mens det i andre land regnes som en skjerpene omstendighet innenfor de alminnelige straffesammene.

De fleste land i Europa og Sentral-Asia har straffebestemmelser som i noen utstrekning kan anvendes ved overføring av smittsomme sykdommer, og eventuelt også smittefare.⁶³ Dette gjelder

⁶¹ Opplysningene om rettspraksis er i hovedsak hentet fra: Strafrechtliche Verfolgung der HIV-Exposition und HIV-Transmission – Urteile in Deutschland von 1987 – 2011, Deutsche AIDS-Hilfe 2011, http://www.aidshilfe.de/sites/default/files/2011%20-%20Tabelle%20Urteile_1.pdf og <http://aidshilfe.de/en/living-hiv/law/criminal-law>

⁶² Bundesgerichtshof dom 4. november 1988 (1 StR 262/88).

også mange delstater/provinser/territorier i USA, Canada og Australia.

I alle de landene som er nærmere omtalt ovenfor, med unntak av Island, har man erfaring med domfellelser på feltet, og i de fleste av landene både for smitteoverføring og smittefare. Men man har ikke full oversikt over domfellelser. Den informasjonen som er samlet og gjort kjent,⁶⁴ gjelder i første rekke hiv. Det er kjennskap til få domfellelser knyttet til andre smittsomme sykdommer.

Det varierer hvilken type straffebud som er aktuelle, og i enkelte land har det over tid vært en utvikling i hvilke straffebud som anvendes, ofte som følge av høyesterettsavgjørelser. I noen land er det ulike straffebud som kommer til anvendelse avhengig av skyldgrad og eventuelt også om det er tale om smitteoverføring eller smittefare. I flere land, særlig de som anvender generelle straffebestemmelser om legemsskade, straffes smitteoverføring som fullbyrdet overtredelse, mens smittefare straffes som forsøk.

I enkelte land er situasjonen nå at det ikke er grunnlag for straffefølgning, i alle fall ikke i tilfeller der smitteoverføring/-fare har funnet sted ved frivillig seksuell omgang mellom jevnbyrdige parter. Danmark opphevet i november 2011 forskriften i medhold av straffeloven § 252, stk. 2, slik at ingen sykdommer for tiden er omfattet av straffebestemmelsen om smittefare, jf. punkt 7.2 ovenfor. Det er foreløpig (1. august 2012) uavklart om det vil bli tatt initiativ til lovendringer. I Nederland har to høyesterettsavgjørelser ført til at smitteoverføring/-fare straffefølges kun i helt særlige tilfeller, jf. punkt 7.4 ovenfor.

Det er få eksempler i rettspraksis på straffefølgning av personer som ikke var kjent med sin egen smittestatus på det tidspunktet de smittet eller utsatte andre for smittefare, selv om dette i flere land vil kunne være mulig på grunnlag av regler som også rammer uaktsomhet.

Det varierer fra land til land hvilken rettslig betydning man tillegger informasjon om smittestatus og samtykke fra den som utsettes for smittefare. I noen land virker samtykke fra en seksualpartner som var kjent med den konkrete smittefaren, straffriende. I land der samtykke ikke er straffriende, kan det se ut til at straffefølgning i praksis i liten grad skjer i saker hvor det er infor-

mert om smittestatus. Og når det skjer, vil informasjon vanligvis bli tillagt betydning i straffutmålingen.

De handlingene som har ført til domfellelse, er i hovedsak ubeskyttet seksuell omgang. Rettstilstanden med hensyn til kondombruk synes uavklart i noen land, men det er ikke kjennskap til domfellelser der kondom har vært brukt gjennom hele samleiet. I flere land har kondombruk ført til frifinnelse, samtidig som slike saker trolig sjeldnere vil nå strafferettsapparatet og føre til tiltale enn der det er tale om ubeskyttet sex.

De tilgjengelige opplysningene om rettspraksis i de omtalte landene tyder på at straffefølgning av smitteoverføring/-fare i størst grad har vært rettet seg mot menn som har utsatt kvinner for smitte(-fare). I mange av landene har man imidlertid også tilfeller av straffefølgning av kvinner som har utsatt menn for smitte(-fare). De fleste av landene har dessuten eksempler på straffefølgning av menn som har utsatt menn for smitte(-fare) ved seksuell omgang, men ofte ikke i et omfang som står i forhold til at andelen nydiagnostiserte med hiv er høyere blant menn som har sex med menn. I flere land synes det å være relativt mange afrikanske innvandrere blant de domfelte, og da i større utstrekning enn proporsjonalt ut fra den andelen de utgjør blant de hivpositive i landet.

Straffefølgning for smitteoverføring/-fare på andre måter enn ved seksuell omgang er det kun enkelte eksempler på i rettspraksis i de landene utvalget har undersøkt. Herunder er en kvinne dømt for smittefare i forbindelse med svangerskap og fødsel, jf. punkt 7.3.

Straffenivået varierer sterkt i saker om smitteoverføring/-fare, også innen de enkelte landene. Dette reflekterer i alle fall delvis de ulike omstendighetene i sakene, slik som antall fornærmede, om det ble overført smitte og i så fall til hvor mange, antall ganger de(n) fornærmede ble utsatt for smittefare, graden av smittefare i det enkelte tilfellet og om domfelte hadde unnlatt å informere eller feilinformert om sin smittestatus. Hvilken skyldgrad som er utvist, vil også ha betydning for straffutmålingen i tillegg til at det i noen land er avgjørende for hvilket straffebud som kommer til anvendelse. Skyldkravene er forskjellige i de ulike landene, dels som følge av noe ulike skyldkrav i landenes strafferett generelt, og dels avhengig av de straffebud som anses anvendelige på smitteoverføring/-fare.

Påtalemyndigheten i England og Wales, og senere påtalemyndigheten i Skottland, har utarbeidet retningslinjer for påtale i saker som gjelder

⁶³ Matthew Weait: Punitive Economies: The Criminalization of HIV Transmission and Exposure in Europe (Paper Presented at The Future of European Prevention Among MSM (FEMP 2011) 11/11/11). Fremstillingen er blant annet basert på data fra GNP+ «The Global Criminalisation Scan» og UNAIDS.

⁶⁴ Se fotnote i punkt 7.1.

smitteoverføring/-fare knyttet til hiv og andre seksuelt overførbare infeksjoner, jf. punkt 7.5 ovenfor. Retningslinjene bidrar til en ensartet praksis samtidig som de gir informasjon til allmennheten om hvilken praksis som føres. Utvalget er ikke kjent med at andre land har særlige retningslinjer på dette feltet, men det har vært nevnt som en mulighet for å klargjøre gjeldende rett og eventuelt påvirke hvilke saker som i praksis straffefølges, særlig i land som benytter alminnelige straffebestemmelser som skal verne kropp og helse, og som derfor ikke er utformet eller kan utformes med særskilt tanke på smitteoverføring og smittefare.

Ut fra de foreliggende opplysningene synes totalt antall tilfeller av overføring av hiv som straffefølges, i alle landene å være svært begrenset i forhold til antall personer som diagnostiseres med hiv hvert år. Dette kan delvis ha sammenheng med at en viss andel er smittet i utlandet. Dette omfatter både innvandrere som er smittet før ankomst og personer som blir smittet under utlandsopphold. Omfanget av straffefølgning synes likevel å være atskillig mindre enn det antall personer som er smittet i landet. I tillegg kommer alle tilfellene der det har vært smittefare uten at smitte er overført. Også når man tar hensyn til at mange straffesaker omfatter flere fornærmede, tyder alt på at kun et mindretall tilfeller av smitteoverføring/-fare blir straffefølgt. Dette må antas blant annet å ha sammenheng med at sakene sjelden kommer til politiets kunnskap uten at fornærmede anmelder forholdet. Det synes å være et gjennomgående trekk, ut fra det nødvendige til-litsforholdet mellom helsevesenet og pasientene, at helsepersonell og -myndigheter ikke melder smitteoverføring/-fare til politiet.

Det er gjort analyser som tyder på at hyppig-heten av straffefølgning i forhold til antallet hiv-

positive i landet, er noe høyere i nord-europeiske, og særlig skandinaviske land, enn i andre land i Europa og store deler av verden for øvrig. En teori går ut på at dette har sammenheng med høy tillit både til rettsvesenet og en gjensidig ansvarlighet mellom mennesker i disse landene.⁶⁵

Som det fremgår, har alle de landene utvalget har undersøkt, en sivil lovgivning rettet mot smittevern og folkehelsearbeid. Landenes smittevernlovgivning varierer noe, men er delvis basert på internasjonalt samarbeid. Lovene hjemler visse inngrep overfor enkeltpersoner og allmennheten i situasjoner der det anses nødvendig av hensyn til folkehelsen. Tvangsinngrep vil i hovedsak være aktuelt ved svært smittsomme alvorlige sykdommer, og antas lite brukt. Seksuelt overførbare infeksjoner omfattes i varierende grad av smittevernlovgivningen, meldesystemer for smittsomme sykdommer mv.

Landenes helsemyndigheter driver gjennomgående omfattende smittevernarbeid basert på informasjon, samarbeid og frivillighet.

I alle land som straffefølger smitteoverføring/-fare, oppfattes den strafferettslige tilnærmingen bare som en underordnet del av samfunnets arbeid for å sikre befolkningen mot alvorlige smittsomme sykdommer (smittevernet). Straffelovgivningen er ment å være av punitiv karakter for utvist uforsvarlig og uakseptabel atferd, selv om straffebudene i enkelte land også oppfattes å kunne bidra til holdninger og atferd som reduserer den aktuelle smitterisikoen i samfunnet.

⁶⁵ Matthew Weait: Punitive Economies: The Criminalization of HIV Transmission and Exposure in Europe (Paper Presented at *The Future of European Prevention Among MSM* (FEMP 2011) 11/11/11). http://birkbeck.academia.edu/MatthewWeait/Papers/1141693/Punitive_Economies_the_Criminalization_of_HIV_Transmission_and_Exposure_in_Europe

Kapittel 8

Internasjonale forpliktelser og tilrådninger

8.1 Innledning

Utvalget skal i henhold til mandatet redegjøre for «Norges internasjonale forpliktelser på området kriminalisering og hiv jf. Ungass».

FNs generalforsamling hadde i 2001 en spesialsesjon (UNGASS¹) om hiv/aids, som er omtalt i punkt 8.3.3 sammen med erklæringer fra FNs generalforsamling i 2006 og 2011 som oppfølging av erklæringen fra spesialsesjonen i 2001. Utvalget finner imidlertid grunn til å gi en bredere omtale av internasjonale forpliktelser og tilrådninger.

Internasjonalt samarbeid finner sted i mange ulike former og fora.

EU og EØS-avtalen er eksempler på svært omfattende og rettslig forpliktende samarbeid.

Andre traktater og konvensjoner inngått mellom to eller flere stater er også rettslig bindende. En rekke konvensjoner inngås i regi av internasjonale organisasjoner som De forente nasjoner (FN), Europarådet og Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO). Slike konvensjoner er bindende for de statene som har ratifisert dem. Staten har da en folkerettslig forpliktelse til å gjennomføre konvensjonens bestemmelser på sitt territorium.

Mange konvensjoner fastsetter regler om særskilte uavhengige organer som skal overvåke den nasjonale gjennomføringen. Enkelte konvensjoner har også en individklageordning, for eksempel den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) som behandler påstander om brudd på den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK).

I regi av internasjonale organisasjoner finner det også sted et omfattende arbeid utom konvensjonene. En rekke organer vedtar erklæringer, anbefalinger og lignende som fastlegger prinsipper på det aktuelle feltet og oppfordrer statene og/eller andre parter til å sikre visse rettigheter eller iverksette tiltak av ulik karakter. I noen erklæringer påtar statene seg forpliktelse til å arbeide for å nå visse mål, som uttrykk for statenes intensjoner, men uten at

det er rettslig bindende. En rekke organisasjoner utarbeider også andre former for tilrådninger, retningslinjer m.m. på sine felt.

Både FN og Europarådet har menneskerettskonvensjoner, og flere av menneskerettighetene har betydning på felt som ligger innenfor utvalgets mandat, jf. punkt 8.2. I punkt 8.3 til 8.5 beskrives annet relevant arbeid innen FN, Europarådet og EU. I punkt 8.6 følger en kort oppsummering.

8.2 Menneskerettigheter

8.2.1 Innledning

Grunnloven § 110c pålegger myndighetene å respektere og sikre menneskerettighetene. Dette gjelder uavhengig av om den enkelte rettighet er gjennomført i norsk rett – gjennom menneskerettsloven (lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett), som inkorporerer fem sentrale konvensjoner, jf. punkt 6.13, eller på annen måte². De konvensjonene som er inkorporert ved menneskerettsloven, skal etter lovens § 3 gå foran annen norsk lovgivning ved motstrid. Også i andre tilfeller vil menneskerettighetene kunne være et tolkningsmoment, og man vil presumere at lovgivningen er i samsvar med menneskerettighetene.

Menneskerettighetene omfatter grunnleggende krav blant annet til individets frihet overfor staten og deltagelse i samfunnslivet (sivile og politiske rettigheter), men stiller også krav om at staten må sikre individenes nødvendige behov i rimelig grad (økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter).

FNs to generelle menneskerettskonvensjoner om henholdsvis sivile og politiske rettigheter (SP)³ og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

¹ United Nations General Assembly Special Session.

² Se for eksempel NOU 1993: 18 *Lovgivning om menneskerettigheter* s. 34-37 om gjennomføring av menneskerettighetskonvensjoner i nasjonal rett.

³ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter med to tilleggsprotokoller.

heter (ØSK)⁴, samt barnekonvensjonen (BK)⁵ og kvinnekongresskonvensjonen (KDK)⁶ er alle inkorporert ved menneskerettsloven. FNs erklæring om universelle menneskerettigheter fra 1948 la til grunn mange av de prinsippene som senere er nedfelt i konvensjonene, men uten å være folkerettslig bindende for statene.

FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne slår fast at de alminnelige menneskerettigheter skal gjelde også for mennesker med nedsatt funksjonsevne. De land som ratifiserer konvensjonen, påtar seg «å treffe alle lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak som er nødvendige for å virkeliggjøre de rettigheter som er nedfelt i denne konvensjon». Virkemidlene presiseres nærmere i de enkelte artikler i konvensjonen. Konvensjonen omhandler særlig rettighetene i SP og ØSK, men det er også referanse til blant annet kvinnekongresskonvensjonen og barnekonvensjonen. Konvensjonen fastsetter også enkelte rettigheter som ikke er eksplisitt omtalt i andre konvensjoner. Det gjelder blant annet tilgjengelighet, jf. art. 9. Det legges til grunn at kroniske infeksjoner kan være et diskrimineringsgrunnlag som beskyttes av konvensjonen. Norge har signert, men foreløpig ikke ratifisert konvensjonen. Se punkt 6.11 om diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK)⁷, som er en regional konvensjon av stor betydning i Europa, er også inkorporert ved menneskerettsloven. Europarådet har også en egen konvensjon om forebyggelse av tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff⁸, som må ses i sammenheng med EMK art. 3. Den europeiske sosialpakten (ESP)⁹ beskytter økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

⁴ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

⁵ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter med to tilleggsprotokoller.

⁶ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med en tilleggsprotokoll.

⁷ Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994 og fjortende protokoll 13. mai 2004, med fem tilleggsprotokoller.

⁸ Europeisk konvensjon om forebyggelse av tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff 26. november 1987 med to tilleggsprotokoller.

⁹ Den europeiske sosialpakt 18. oktober 1961 med tilleggsprotokoll (revidert i 1996).

Det er *statene* som har forpliktelser etter menneskerettighetskonvensjonene. Ikke-statlige aktører kan formelt sett ikke bryte menneskerettighetene, men kan på særlig grunnlag bli forpliktet til å respektere rettighetene (tredjepartsvirkning). I tillegg til direkte konvensjonsbrudd, kan en stat ha indirekte ansvar dersom den skulle ha forhindret en handling utført av andre, men unnlot å gjøre det.¹⁰

De fleste menneskerettighetskonvensjoner beskytter «enhver», det vil i utgangspunktet si alle som befinner seg på den aktuelle statens territorium, uavhengig av nasjonalitet og annen status. Visse begrensninger gjelder, jf. særlig ØSK art. 2 nr. 3 om økonomiske rettigheter for ikke-statsborgere i utviklingsland.

De ulike menneskerettighetene må sees i sammenheng. Det heter at de i prinsippet er innbyrdes likeverdige, og at de utgjør et udelelig hele, jf. FNs verdenserklæring for menneskerettigheter. Det er likevel slik at noen rettigheter er absolutte, mens andre gir en (større) skjønnsmargin i gjennomføringen ut fra nasjonale forhold og politikk, eller under visse omstendigheter kan fravikes. Noen rettighetsbestemmelser angir kriterier for når hovedregelen kan fravikes, jf. for eksempel EMK art. 5 om retten til frihet og sikkerhet, eller gir en mer generell innskrenkningshjemmel som kan benyttes for eksempel til å opprettholde eller innføre visse inngrep eller kontrolltiltak, jf. for eksempel EMK art. 8 nr. 2 om retten til privatliv.¹¹ Folkehelse er blant de allmenne hensyn som kan begrunne visse innskrenkninger i enkelte rettigheter.

Unntak må være lovfestet og tilstrekkelig klare og presise, slik at rettstilstanden er forutsigbar. Inngrepet må bygge på legitime interesser, som i noen tilfeller er definert i rettighetsbestemmelsen. Videre må inngrepet være proporsjonalt og fylle formålet samt være det minst inngripende tiltaket som kan anvendes for å nå formålet. Et begrep som gjerne brukes i EMK er at inngrepet må være «nødvendig i et demokratisk samfunn».

Menneskerettighetene deles gjerne i de to hovedkategoriene sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Visse av de økonomiske, sosial og kulturelle forpliktelsene er gjenstand for progressiv realisering fra statens side, og vil variere med ressursituasjonen i landet, mens andre forpliktelser krever umiddelbar realisering, for eksempel forbudet mot diskriminering, jf. ØSK art. 2, og forbudet

¹⁰ NOU 1993: 18 *Lovgivning om menneskerettigheter* s. 25.

¹¹ NOU 1993: 18 *Lovgivning om menneskerettigheter* s. 26.

mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling, jf. EMK art. 3.

En del menneskerettigheter er utformet noe forskjellig i de ulike konvensjonene, slik at praksis kan bli noe forskjellig på globalt og regionalt plan. En rekke av bestemmelsene er korte og generelle standarder, og utdypes og utfylles gjennom uttalelser fra overvåkningsorganene og praksis. Statene har i noen grad en nasjonal skjønnsmargin innenfor konvensjonens rammer når det gjelder hva rettighetene innebærer, især når det gjelder økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.¹²

På menneskerettsfeltet er konvensjonene det eneste folkerettslig bindende regelverket. EMDs dommer i medhold av EMK er bindende for den innklagede staten, og er en tung rettskilde ved senere tolkning av konvensjonen. Dessuten legges det svært stor vekt på uttalelser fra andre konvensjonsorganer, for eksempel de generelle kommentarene (General Comments) til de ulike FN-konvensjonene.

Andre organers erklæringer og anbefalinger, uttalelser fra spesialrapportører mv. omtales gjerne som «soft law». De er ikke bindende for statene i tolkning og gjennomføring av menneskerettighetene. Erklæringene har ofte et globalt siktemål og reflekterer ikke nødvendigvis det store spennet i kulturelle forskjeller mellom regionene og landene. Statene står relativt fritt når det gjelder hvilken vekt «soft law» skal tillegges, og vil i sine vurderinger av hva som er forenlig med menneskerettighetene, ta hensyn til forholdene i landet, som på relevante punkter kan skille seg vesentlig fra forholdene i mange andre land.

8.2.2 Særlig relevante menneskerettigheter på utvalgets område

Utvalgets arbeidsfelt berøres i noen grad av flere menneskerettigheter, blant annet følgende:

- forbudet mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling (EMK art. 3, SP art. 7)
- retten til personlig frihet og sikkerhet og vilkårene for frihetsberøvelse, retten til overprøving m.m. (EMK art. 5, SP art. 9)
- retten til en rettfærdig rettergang (EMK art. 6, SP art. 14)
- retten til respekt for privatliv og familieliv (EMK art. 8, SP art. 17)
- forbudet mot diskriminering (EMK art. 14, SP art. 26, ØSK art. 2)
- retten til helse (ØSK art. 12, ESP art. 11 og 13)

¹² NOU 1993: 18 *Lovgivning om menneskerettigheter* bl.a. s. 25.

I punkt 8.2.3 behandles spørsmålet om menneskerettighetenes betydning for bruk av straff på det aktuelle området. I punktene 8.2.4 til 8.2.8 omtales noen av menneskerettighetene nærmere, også med henvisning til dokumenter som er redegjort for i punkt 8.3 og 8.4.

FNs høykommissær for menneskerettigheter (OHCHR) og FNs aidsprogram (UNAIDS) har i sine internasjonale retningslinjer om hiv/aids og menneskerettigheter¹³ omtalt hva de mener menneskerettighetene innebærer i en rekke spørsmål knyttet til hiv og aids, og gitt råd om hvordan rettighetene kan sikres. Retningslinje 3, som gjelder folkehelse-/smittevernlovgivning, og retningslinje 4, som retter seg mot straffelovgivning og straffeforfølgning blant annet for smitteoverføring, er gjengitt i punkt 8.3.6.

Det danske Institut for Menneskerettigheder har utgitt en rapport¹⁴ med oversikt over anbefalinger fra konvensjonsorganer på menneskerettsfeltet vedrørende hiv/aids i perioden 2005 til 2010. Av oversikten fremgår at ingen av de åtte konvensjonsorganene som rapporten omfatter, i denne perioden har avgitt merknader med direkte relevans for spørsmålet om straff for smitteoverføring i forbindelse med rapportering fra Norge eller andre land. Når det gjelder Norge er den eneste anbefalingen vedrørende hiv/aids fra Kvinnekomiteen¹⁵ som ønsket bedre statistikk og analyse med hensyn til forekomsten av hiv/aids i ulike befolkningsgrupper, herunder kvinner. Dette var til Norges 7. periodiske rapport i tilknytning til kvinne-diskrimineringskonvensjonen i 2007. I behandlingen av Norges 8. periodiske rapport i 2011 er dette temaet ikke berørt, så det må antas fulgt opp tilfredsstillende. Etter gjennomgang av Norges 8. rapport, ba Kvinnekomiteen om informasjon om situasjonen for hivpositive kvinner og forebyggende tiltak¹⁶, men temaet ble ikke forfulgt i komiteens avsluttende merknader¹⁷.

¹³ International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights 2006 Consolidated version.

¹⁴ *HIV/AIDS and the International Human Rights Treaty Bodies, 2005-2010 - A mapping and review of the HIV-specific Human Rights Treaty Body recommendations, 2005-2010*. Rapporten er utarbeidet i samarbeid med danske organisasjoner. En ny rapport for perioden fram til 2012 vil trolig foreligge høsten 2012.

¹⁵ CEDAW/C/NOR/CO/7 10/08/2007 punkt 27 og 28.

¹⁶ CEDAW/C/NOR/Q/8 (List of issues and questions with regard to the consideration of periodic reports – Norway), 9. august 2011.

¹⁷ CEDAW/C/NOR/CO/8 (Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women), 2. mars 2012.

8.2.3 Straffelovgivning om smitteoverføring og smittefare

Menneskerettskonvensjonene har ingen bestemmelser som direkte regulerer spørsmålet om bruk av straff som sanksjon mot smitteoverføring eller det å utsette andre for smittefare. Utvalget kan heller ikke se at det kan utledes av konvensjonene at det på generelt grunnlag er uforenlig med menneskerettighetene å ha slik strafferegulering. EMD har heller ikke avsagt noen dommer om dette temaet.

Utvalget legger således til grunn at det ikke i seg selv er i strid med menneskerettighetene at et land har straffebestemmelser som enten direkte retter seg mot smitteoverføring og det å utsette andre for smittefare, eller rammer dette på annen måte. Dette må gjelde også om brudd på bestemmelsene kan medføre frihetsstraff. Menneskerettighetene vil imidlertid innebære visse krav til lovgrunnlaget og behandlingen av straffesakene samt fullbyrdelsen av straffen, jf. blant annet EMK art. 5 om når frihetsberøvelse kan være aktuelt, jf. punkt 8.2.5.

I OHCHR og UNAIDS' internasjonale retningslinjer om hiv/aids og menneskerettigheter¹⁸ rådes statene til å gjennomgå sin straffelovgivning og sitt straffesystem og sikre at disse er forenlige med menneskerettsforpliktelsene og ikke misbrukes i forbindelse med hiv eller spesielt rettes mot sårbare grupper, se retningslinje 4. I kommentaren heter det blant annet:

«(a) Criminal and/or public health legislation should not include specific offences against the deliberate and intentional transmission of HIV but rather should apply general criminal offences to these exceptional cases. Such application should ensure that the elements of foreseeability, intent, causality and consent are clearly and legally established to support a guilty verdict and/or harsher penalties.»

Det er kun overføring av hivsmitte med hensikt som nevnes. I lys av senere dokumenter fra UNAIDS, jf. punkt 8.3.5, er det nærliggende å tro at det i dette ligger et synspunkt om at andre tilfeller ikke bør straffefølges. Men dersom oppfatningen skulle være at det er uforenlig med menneskerettighetene å straffebelegge overføring av hiv under andre omstendigheter, burde dette vært sagt uttrykkelig og begrunnet. Dette er heller

ikke påberopt i for eksempel UNAIDS' Policy Brief, jf. punkt 8.3.5.

Utvalget stiller spørsmål ved om det kan utledes av menneskerettighetene at det ikke bør innføres særskilte straffebud om overføring av hiv med hensikt. Men utvalget vil understreke at straffebud og straffefølgning også når det gjelder smitteoverføring/-fare, må være i samsvar med de alminnelige menneskerettskravene på strafferettens område. Dette omfatter blant annet forbud mot tilbakevirkende kraft og krav om rettferdig rettergang og at straffebud må være tilstrekkelig klare slik at rettsstillingen er forutsigbar.

Forutsigbarhet er et viktig aspekt, og dette vil nettopp kunne være lettere å ivareta i særskilte bestemmelser på feltet enn gjennom alminnelige straffebud som verner liv og helse. I en særskilt bestemmelse kan man også regulere de nærmere vilkår for straff, herunder skyldkrav, betydningen av samtykke, straffenivå mv. på en måte som er spesielt tilpasset denne type saker. Utvalget kan ikke se at det vil være uforenlig med menneskerettighetene å ha særskilte straffebestemmelser om smitteoverføring og smittefare vedrørende navngitte sykdommer eller mer generelt, for eksempel begrenset ut fra et alvorlighetskrav. Statene må ha en skjønnsmargin i utformingen av straffeloven og de enkelte straffebudene, hvor også rettstradisjon og forholdene i landet for øvrig vil kunne ha betydning.

Utvalget finner ikke grunn til å gå nærmere inn på retten til en rettferdig rettergang, som blant annet omfatter krav om upartiskhet, offentlighet med visse begrensninger, rettergang innen rimelig tid og minsterettigheter for siktede.

Bruk av tvangsmidler i forbindelse med straffeprosessen, herunder pågrepelse og varetektsfengsel, samt gjennomføringen av idømt straff vil også måtte skje under varetakelse av de krav menneskerettighetene stiller til frihetsberøvelse og behandling av innsatte mv.

Spesialrapportøren for helse avga 27. april 2010 en rapport¹⁹ om forholdet mellom retten til helse og blant annet kriminalisering av overføring av hivsmitte, jf. punkt 8.3.8. Han konkluderer med at kriminalisering ikke oppfyller de ønskede folkehelse mål, men tvert imot ofte motarbeider dem og realisering av retten til helse. Det heter videre at kriminalisering dessuten bryter mot en rekke andre menneskerettigheter, slik som retten til privatliv, forbud mot diskriminering og retten til likhet for loven og til lik beskyttelse etter loven, som

¹⁸ International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights 2006 Consolidated version, se punkt 8.3.6.

¹⁹ A/HRC/14/20

i sin tur har betydning for retten til helse. Utvalget bemerker at det empiriske grunnlaget for noen av spesialrapportørens konklusjoner synes begrenset, men samtidig foreligger det i det hele tatt lite vitenskapelig dokumentasjon om virkningen for folkehelsen av strafferegulering. Etter utvalgets oppfatning er det klart rom for andre konklusjoner om hva som er forenlig med menneskerettighetene på de aktuelle feltene, enn det spesialrapportøren legger til grunn.

8.2.4 Forbudet mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling

Forbudet mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling (SP art. 7 og EMK art. 3) gjelder alle, men kan være av særlig betydning for eksempel for behandlingen av innsatte i fengsler og smitteførende personer²⁰, også i samvirke med andre rettigheter, herunder retten til frihet og sikkerhet og retten til helse, jf. punkt 8.2.5 og 8.2.8. Se også SP art. 10 nr. 1 hvorefter alle som er berøvet friheten, skal behandles humant og med respekt for menneskets iboende verdighet.

I retningslinjene om menneskerettigheter og hiv/aids²¹ utgitt av OHCHR og UNAIDS, jf. punkt 8.3.6, er det uttalt at forbudet i SP art. 7, som et ledd i beskyttelsen av innsattes liv og helse, kan tilsi at det i fengsler iverksettes smitteverntiltak som informasjon og andre forebyggende tiltak, herunder tilgang til kondomer og rent injeksjonsutstyr, og at det iverksettes tiltak for å motarbeide seksuelle overgrep i fengsler mv. Smittevern i fengsler er nærmere omtalt i punkt 8.3.9.

Smittevernlovens regler om gjennomføring av (tvungen) isolering av smittede personer kan sees i lys av blant annet forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Intensjonen er å legge til rette for at det inngrepet frihetsberøvelsen innebærer, ikke skal bli mer belastende enn nødvendig. Etter lovens § 5-4 første ledd skal avdelingen eller sengeposten «være spesielt lagt til rette for å motta smittede slik at de kan få det medisinske og pleiemessige behandlingstilbud som vil føre til så kortvarig isolering som mulig». Etter andre ledd skal pleiemessige og sikkerhetsmessige tiltak som iverksettes under isoleringen for å gjennomføre en effektiv isolering, være begrenset til det som er helt påkrevd i forhold til faren for smitteoverføring. Oppholdet skal så

langt råd er, gi muligheter for normal livsutførelse og kontakt med nære pårørende. Om tvungen isolering av smitteførende personer, se for øvrig punkt 8.2.5.

EMD har i flere saker²² behandlet spørsmålet om avslag på asyl og/eller oppholdstillatelse og påfølgende utsending av hivpositive eller aidsyke personer, vil være i strid med EMK art. 3 på grunn av den store forskjellen mellom behandlingsmulighetene i de to aktuelle landene. Det skal helt særskilte omstendigheter til før utsending anses som brudd på art. 3. Se punkt 6.18 om utlendingsloven.

8.2.5 Retten til personlig frihet og sikkerhet

Retten til personlig frihet og sikkerhet innebærer blant annet at individene ikke skal undergis frihetsberøvelse uten etter de særskilt fastsatte vilkårene. Beskyttelsen gjelder både strafferettslig og administrativ frihetsberøvelse.

Etter SP art. 9 nr. 1 har enhver «rett til frihet og personlig sikkerhet. Ingen må utsettes for vilkårlig arrest eller annen vilkårlig frihetsberøvelse. Ingen må berøves friheten uten av slike grunner og i overensstemmelse med slik fremgangsmåte som er fastsatt i lov.»

Etter EMK art. 5 må ingen bli berøvet sin frihet unntatt i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov og i tilfeller som beskrevet i nr. 1 bokstav a til f:

a. lovlig frihetsberøvelse av en person som er domfelt av en kompetent domstol;

[...]

c. lovlig pågrep eller frihetsberøvelse av en person for å stille ham for den kompetente rettslige myndighet på grunn av rimelig mistanke om at han har begått en straffbar handling, eller når det er rimelig grunn til å anse dette nødvendig for å hindre ham i å begå en straffbar handling eller i å flykte etter å ha gjort det;

[...]

e. lovlig frihetsberøvelse av personer for å hindre spredning av smittsomme sykdommer, av sinnslidende, alkoholister, narkomane eller løsgjengere;

[...]

²⁰ NOU 1990: 2 *Lov om vern mot smittsomme sykdommer (Smitteoven)* s. 183.

²¹ International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights 2006 Consolidated version s. 103.

²² Se bl.a. EMDs storkammerdom 27. mai 2008 i sak N mot Storbritannia (sak nr. 26565/05) og dom 2. mai 1997 i sak D mot Storbritannia (sak nr. 146/1996/767/964). Se også avgjørelse 17. april 2012 om avvising i sak X mot Norge (sak nr. 53351/09).

I tillegg til de vilkår som fremgår direkte av bestemmelsen, legges til grunn et krav om at de nasjonale rettsreglene om frihetsberøvelsen skal være tilgjengelige og tilstrekkelig klare og presise, slik at rettsstillingen er forutsigbar. Reglene skal beskytte mot vilkårlige inngrep fra statens side. Dette gjelder både strafferettslige regler og for eksempel smittevernlovgivning.

EMD har også uttalt at frihetsberøvelse er et så alvorlig inngrep at det ikke kan rettfærdiggjøres uten at mindre inngripende tiltak har vært overveid, men funnet utilstrekkelige for å sikre den interessen som begrunner frihetsberøvelse. Frihetsberøvelsen skal være nødvendig og proporsjonal i det enkelte tilfellet. Dette gjelder særlig når det ikke er en straffedom, men administrativ frihetsberøvelse, se EMDs dom i Enhorn-saken omtalt nedenfor.

Isolering av smitteførende person i medhold av den tidligere svenske smittevernloven av 1988, ble prøvet av EMD i saken Enhorn mot Sverige²³. Enhorn var hivpositiv og hadde smittet en ung mann ved seksuell omgang. Fordi Enhorn senere ikke hadde overholdt de forholdsreglene han var meddelt etter smittevernloven, ble det fattet vedtak om tvungen isolering i sykehus for å unngå at han skulle smitte andre. Frihetsberøvelsen ble forlenget ved halvårlige nye vedtak gjennom perioden fra 1995 til 2001. Enhorn avvek flere ganger for lengre perioder, slik at den tid han faktisk var isolert, utgjorde i underkant av halvannet år. EMD uttalte at lovligheten av en frihetsberøvelse som nevnt i EMK art. 5 nr. 1 bokstav e, beror på om spredning av den aktuelle sykdommen er farlig for folkehelsen eller offentlig sikkerhet, og om isolering er siste utvei for å hindre smittespredning. Mindre inngripende tiltak må vurderes og være funnet utilstrekkelig for å sikre de offentlige interessene. Vilkåret om at smittespredningen er farlig, ble funnet oppfylt i Enhorn-saken. EMD fant imidlertid ikke bevist at andre mindre inngripende tiltak var forsøkt og at isolering var siste utvei for å unngå smittespredning, blant annet ut fra opplysninger om Enhorns atferd i perioden. Basert på lengden av både det tidsrom det var fattet tvangsvedtak for, og den faktiske isoleringen, kom EMD til at myndighetene ikke hadde foretatt en riktig avveining mellom behovet for å unngå smittespredning og Enhorns rett til frihet. EMD kom således til at det forelå brudd på EMK art. 5.

²³ EMDs dom 25. januar 2005 i sak Enhorn mot Sverige (sak nr. 56529/00). Se også *Medical Law Review*, 14, Spring 2006, Robyn Martin: *Commentary – The exercise of public health powers in cases of infectious disease: human rights implications*, s. 132–143.

Den norske smittevernloven § 5-2 om tvungen undersøkelse og kortvarig isolering og § 5-3 om tvungen isolering angir vilkårene for slike tvangsvedtak etter norsk rett, jf. punkt 4.3.6. I § 5-3 er noen av kravene til frihetsberøvelse uttrykkelig lovfestet, herunder at andre tiltak som kan forebygge eller motvirke overføring av sykdommen, skal være forsøkt eller at det er overveiende sannsynlig at slike tiltak ikke vil føre frem. Man skal først ha søkt å få vedkommende til å medvirke frivillig. Tvungen isolering kan bare gjennomføres når dette etter en helhetsvurdering er den klart mest forsvarlige løsningen i forhold til faren for smitteoverføring og den belastningen som tvangsinngrepet må antas å medføre, og det er overveiende sannsynlig at andre ellers vil bli smittet. Smittevernlovens saksbehandlingsregler skal også sikre den smittedes rettigheter, se §§ 5-5 til 5-7 og §§ 7-5, 7-6 og 7-8, jf. punkt 4.3.6 og 4.3.8. Som omtalt i punkt 4.3.6, har det bare vært et titalls tvangssaker etter smittevernloven som trådte i kraft i 1995. De aller fleste har vært rettet mot tuberkulosepasienter.

EMK art. 5 har også prosedyrekrav som må sikres, herunder skal enhver som er pågrepet eller berøvet sin frihet, ha «rett til å anlegge sak slik at lovligheten av frihetsberøvelsen raskt skal bli avgjort av en domstol, og at hans løslatelse blir beordret dersom frihetsberøvelsen er ulovlig». Se punkt 6.15 om prøving av administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren, herunder tvungen isolering etter smittevernloven, etter tvisteloven kapittel 36. Når det gjelder pågripelse i forbindelse med straffeforfølgning, vises til straffeprosesslovens regler, jf. kapittel 14 om pågripelse og fengsling.

I retningslinjene om hiv/aids og menneskerettigheter utgitt av FNs høykommissær for menneskerettigheter (OHCHR) og UNAIDS, jf. punkt 8.3.6, bemerkes under henvisning til SP art. 9 at karantene eller isolering ikke må brukes bare på grunnlag av smittestatus, men at begrensninger i friheten etter en konkret vurdering vil kunne rettfærdiggjøres i sjeldne tilfeller som gjelder overlagte og farlige handlinger. Det pekes videre på at obligatorisk eller tvungen hivtesting, for eksempel for sårbare grupper, kan være i strid med retten til frihet og sikkerhet, og at folkehelsehensyn ikke rettfærdiggjør et slikt inngrep i individets fysiske integritet.²⁴

Personer som er undergitt frihetsberøvelse enten administrativt eller strafferettslig, vil ha i

²⁴ International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights 2006 Consolidated version s. 95–96.

behold de menneskerettighetene som det ikke gjøres inngrep i som en direkte følge av (den lovlige) frihetsberøvelsen, jf. blant annet punkt 8.2.4, 8.2.8 og 8.3.9.

8.2.6 Retten til beskyttelse av privatlivet

Retten til beskyttelse av privatlivet er relevant for flere spørsmål innenfor utvalgets arbeid.

I EMK er rettigheten nedfelt slik:

Art. 8 Retten til respekt for privatliv og familieliv

1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

Bestemmelser som på ulike måter straffbelegger seksuell aktivitet, herunder seksuell omgang som fører til (fare for) overføring av smitte, vil måtte oppfylle kravene i nr. 2. Et slikt inngrep må være saklig, nødvendig og proporsjonalt.

Etter EMDs praksis kan inngrep i skadelige seksuelle aktiviteter av hensyn til for eksempel folkehelse, moral eller andres frihet og rettigheter, etter omstendighetene være forenlig med bestemmelsen, men som utgangspunkt kreves det tungtveiende grunner for å kunne rettferdiggjøre inngrep i intime sider av privatlivet.²⁵

Sammen med andre bestemmelser, blant annet EMK art. 3, kan retten til privatliv også ha betydning i forbindelse med undersøkelse av om en person lider av en smittsom sykdom. Et klart utgangspunkt vil være at testing skal skje frivillig. Tvungen testing vil etter omstendighetene kunne rettferdiggjøres dersom vilkårene for inngrep er oppfylt. Flere internasjonale organer har, under henvisning til retten til privatliv og andre rettigheter, påpekt at hivtesting bør skje etter informert samtykke. Se punkt 8.4 om anbefalinger fra Europarådets ministerkomité, og punkt 8.3.6 om retningslinjer om hiv/aids og menneskerettigheter utgitt av OHCHR og UNAIDS. I retningslinjene

understrekes også viktigheten av personvern, herunder taushetsplikt for helsepersonell med hensyn til helseopplysninger, for eksempel om smittestatus, under henvisning til SP art. 17.²⁶ I retningslinje nr. 3 bokstav g heter det likevel at helsepersonell i nærmere beskrevne situasjoner bør kunne bryte taushetsplikten for å informere pasientens seksualpartnere dersom de utsettes for smittefare, jf. punkt 8.3.6.

Se punkt 4.3.3 om smittevernlovens regler om blant annet legers opplysningsrett og -plikt.

EMD har behandlet flere saker etter EMK art. 8 vedrørende taushetsplikt om smittestatus.

Saken Colak og Tsakiridis mot Tyskland²⁷ gjaldt spørsmålet om legen som Colak og hennes samboer benyttet, skulle ha brutt taushetsplikten overfor samboeren for å informere Colak om at samboeren var hivpositiv, slik at Colak kunne ha unngått å bli smittet eller i alle fall kommet tidligere til behandling. Nasjonale domstoler hadde ikke funnet grunnlag for erstatning. EMD vurderte blant annet om Tyskland skulle hatt nærmere regler for når leger skal gjøre unntak fra taushetsplikten i situasjoner hvor andre hensyn tilsier at det gis opplysninger. EMD bemerket at det ikke er mulig for lovgiver å regulere alle tenkelige tilfeller hvor det må foretas en slik avveining. EMD fant at det ikke forelå brudd på verken EMK art. 2 om retten til liv, art. 6 nr. 1 om retten til en rettferdig rettergang eller art. 8 om beskyttelse av privatlivet og familielivet.

EMDs sak Z mot Finland²⁸ gjaldt spørsmålet om vitneplikt for Zs leger og fremleggelse av Zs pasientjournal i straffesak vedrørende seksuelle overgrep begått av Zs ektefelle mot tredjepart. Formålet var å belyse tidspunktet for tiltaltes (kunnskap om) hivsmitte, noe som var av betydning i straffesaken. Z selv hadde benyttet seg av sin rett til ikke å vitne i saken mot ektefellen. Saken gjaldt også offentliggjøring av dom i saken med Zs navn og hivstatus, samt det forhold at straffesaksdokumentene kun var unntatt fra offentlighet i ti år. EMD kom til at det forelå brudd på art. 8, men bare med hensyn til de to sistnevnte forholdene. Legenes vitnemål og fremleggelse av journal var således ikke uforenlig med konvensjonen.

²⁶ International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights 2006 Consolidated version s. 90–91 og 95–96.

²⁷ EMDs dom 5. mars 2009 i sak Colak og Tsakiridis mot Tyskland (sak nr. 77144/01 og 35493/05).

²⁸ EMDs dom 25. februar 1997 i sak Z mot Finland (sak nr. 9/1996/627/811).

²⁵ Se f.eks. EMDs dom 31. juli 2000 i sak A.D.T. mot Storbritannia (sak nr. 35765/97), særlig avsnitt 37–38.

8.2.7 Forbudet mot diskriminering

Forbudet mot diskriminering i EMK art. 14 lyder:

Utøvelsen av de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status.

ØSK art. 2 fastsetter også at konvensjonsrettighetene skal sikres uten forskjellsbehandling, mens SP art. 26 slår fast:

Alle er like for loven og har uten noen form for forskjellsbehandling rett til lik beskyttelse av loven. I dette øyemed skal lovgivningen forby enhver form for forskjellsbehandling og sikre alle likeverdig og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling på noe slikt grunnlag som rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller stilling for øvrig.

Diskrimineringsforbudet innebærer at en direkte eller indirekte forskjellsbehandling av personer i sammenlignbare situasjoner ikke er lovlig såfremt forskjellsbehandlingen er usaklig eller ikke er proporsjonal i forhold til et saklig grunnlag.

Forbudet er omtalt i generelle kommentarer fra ØSK-komiteén²⁹ og Menneskerettskomiteén³⁰.

FNs Menneskerettskommisjon har uttalt at begrepet «stilling for øvrig/annen status» omfatter helsestatus, herunder hiv/aids.³¹ I følge retningslinjene om hiv/aids og menneskerettigheter utgitt av OHCHR og UNAIDS, innebærer dette at statene ikke må diskriminere personer som har hiv/aids eller tilhører risikogrupper, på grunnlag av faktisk eller antatt smittestatus. Det pekes også

²⁹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights: General Comment No. 20 – Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) Forty-second session, Geneva, 4–22 May 2009, se særlig avsnitt 33 hvor diskriminering på grunnlag av hivstatus er nevnt som eksempel.

³⁰ CESCR general comment No. 14, se særlig avsnitt. 12(b), 18, 28 og 29.

³¹ Se Commission on Human Rights resolusjon 1995/44 av 3. mars 1995 og resolusjon 1996/43 av 19. april 1996. Se også resolusjon 2005/84 av 21. april 2005.

på at diskriminering på andre grunnlag kan føre til økt sårbarhet for å bli smittet.³²

I en sak, *Kiyutin mot Russland*³³, om oppholdstillatelse som var avslått på grunnlag av positiv hivstatus, kom EMD til at avslaget utgjorde et brudd på EMK art. 14 sett i sammenheng med art. 8 om retten til familieliv. Klageren hadde kone og barn i Russland og oppholdt seg der da han ble diagnostisert. EMD la til grunn at helsetilstand, herunder hivstatus, kan utgjøre «annen status» etter art. 14, og at et forbud mot å gi hivpositive personer oppholdstillatelse innebar forskjellsbehandling som ikke kunne rettferdiggjøres som nødvendig og proporsjonal for å oppnå et saklig formål, selv om folkehelsehensyn i utgangspunktet er et legitimt hensyn. EMD viste blant annet til at hivpositive er en sårbar gruppe som har vært utsatt for omfattende stigmatisering og diskriminering, og at statenes skjønnsmargin med hensyn til forskjellsbehandling da er liten. Det ble også vist til at den aktuelle loven ikke ga rom for individuell vurdering av den enkelte hivpositive atferd og forhold for øvrig, og at få andre blant Europarådets medlemsland har tilsvarende forbud.

Om FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, se punkt 8.2.1 ovenfor. Likestillings- og diskrimineringsombudets og Likestillings- og diskrimineringsnemndas oppgaver er knyttet til norsk regelverk som gjennomfører forbud mot diskriminering blant annet på grunnlag av kjønn, etnisitet, religion eller nedsatt funksjonsevne. Det er lagt til grunn at diskriminerings- og tilgjengelighetsloven verner hivpositive mot diskriminering på grunnlag av sykdommen, herunder også diskriminerende handlinger som har sitt utspring i uberettiget smittefrykt. Se punkt 6.11 om diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og punkt 6.12 om diskrimineringsombudsloven.

8.2.8 Retten til helse

Retten til helse er i ØSK art. 12 formulert slik:

1. Konvensjonspartene anerkjenner retten for enhver til den høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk.
2. De tiltak som konvensjonspartene treffer for å oppnå full virkeliggjørelse for denne rettighet, skal omfatte tiltak som er nødvendige for å:

³² International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights 2006 Consolidated version s. 83–84.

³³ EMDs dom 10. mars 2011 (sak nr. 2700/10).

- a. Minske foster- og spebarndødeligheten og fremme barnets sunne utvikling,
- b. Forbedre alle sider ved hygienen i miljø og industri,
- c. Forebygge, behandle og kontrollere epidemiske, endemiske, yrkesmessige og andre sykdommer,
- d. Skape vilkår som trygger alle legebehandling og pleie under sykdom.

WHO's definisjon av helse som «en tilstand av komplett fysisk, psykisk og sosialt velvære og ikke bare fravær av sykdom eller lyte» ble ikke tatt inn i ØSK, men det er klart at retten til helse innebærer mer enn bare tilgang til helsetjenester.

Retten til helse innebærer ikke at alle har krav på å være friske eller ha god helse; dette er noe statene ikke kan sikre individene. Retten innebærer derimot at statene plikter å legge til rette for at individene kan bevare eller oppnå best mulig helse. Staten kan ikke påvirke alle faktorer av betydning for individenes helsetilstand, for eksempel genetisk disposisjon, men kan arbeide for optimale forhold når det gjelder ytre forhold som vannkvalitet, mattrygghet, bo- og arbeidsforhold, miljø og annet av betydning for folkehelsen. Videre innebærer retten at statene må gjøre tilgjengelig informasjon om helse og sunn livsførsel og iverksette andre forebyggende tiltak. Staten må også sørge for undersøkelse, behandling og pleie ved sykdom eller skade.

Art. 12 inneholder komponenter av sosio-økonomiske forpliktelser som er gjenstand for progressiv realisering avhengig av de tilgjengelige ressursene. Retten til helse omfatter imidlertid også forpliktelser som krever umiddelbar realisering, herunder statenes plikt til å respektere, beskytte og oppfylle retten til helse uten diskriminering av noe slag, jf. art. 2 nr. 2. Det samme gjelder prinsipper som at helsehjelp som hovedregel bare skal ytes etter samtykke, at pasienter ikke skal underkastes medisinsk forskning uten etter samtykke mv.

Retten til helse må sees i sammenheng med en rekke andre menneskerettigheter, blant annet retten til liv, retten til frihet og sikkerhet, ikke-diskriminering, og retten til utdanning. Rettighetene må tolkes og praktiseres slik at de ikke strider mot hverandre. Dette innebærer blant annet at adgangen til å benytte tiltak som isolert sett kunne være nyttige for å oppnå helseformål, for eksempel isolering av smitteførende personer, vil kunne være begrenset av andre menneskerettigheter, jf. punkt 8.2.5 om retten til personlig frihet og sikkerhet. Det kan etter omstendighetene være vanskelig å

avveie folkehelsehensyn mot individets rett til frihet, selvbestemmelse og verdighet.³⁴

ØSK overvåkes av en egen ekspertkomité³⁵ etter delegasjon fra FNs økonomiske og sosiale råd. I generelle kommentarer sammenfatter komiteen sitt syn på hvordan konvensjonens ulike bestemmelser på generelt grunnlag skal forstås, og kommentarene er en viktig kilde til forståelsen av bestemmelsens rettslige innhold. Innholdet i ØSK art. 12 er utdypet i komiteens General Comment no. 14³⁶.

ØSK-komiteen understreker at retten til helse inneholder både krav og friheter, jf. avsnitt 8. Av frihetene nevnes særlig retten til å kontrollere egen kropp og helse, vernet mot tortur, og retten til å være fri fra medisinsk og eksperimentell behandling uten eget samtykke. På den annen side har individene etter art. 12 krav på tilgang til nødvendige helsetjenester med tanke på å gi alle personer lik mulighet til å nyte den høyest oppnåelige helsestandard. Tjenestene skal være av god kvalitet og tilpasset mottageren. Staten skal aktivt sørge for å sikre nødvendige tilbud om forsvarlig helsehjelp, også til dem som ikke selv har evne til å utøve sine rettigheter, jf. avsnitt 37. Retten til helse innebærer også at staten må avstå fra å gripe negativt inn i individens helsesituasjon ved å påføre dem helseskade eller ved å nekte tilgang til helsetjenester, jf. avsnitt 50–51.

ØSK-komiteen skriver om art. 12 nr. 2 bokstav c:

«16. The prevention, treatment and control of epidemic, endemic, occupational and other diseases» (art. 12.2 (c)) requires the establishment of prevention and education programmes for behaviour-related health concerns such as sexually transmitted diseases, in particular HIV/AIDS, and those adversely affecting sexual and reproductive health, and the promotion of social determinants of good health, such as environmental safety, education, economic development and gender equity. The right to treatment includes the creation of a system of

³⁴ Se bl.a. Asbjørn Eide: *The Health of the World's Poor – a Human Rights Challenge*, utgitt som Helsedirektoratets rapport IS-0337, s. 29–32 og 35.

³⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR).

³⁶ Substantive issues arising in the implementation of the international covenant on economic, social and cultural rights - General Comment No. 14 (2000) - The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) - E/C.12/2000/4, 11 August 2000. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.En](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.En)

urgent medical care in cases of accidents, epidemics and similar health hazards, and the provision of disaster relief and humanitarian assistance in emergency situations. The control of diseases refers to States' individual and joint efforts to, inter alia, make available relevant technologies, using and improving epidemiological surveillance and data collection on a disaggregated basis, the implementation or enhancement of immunization programmes and other strategies of infectious disease control.»

Plikten for statene til å forebygge epidemiske sykdommer vil blant annet omfatte tiltak som setter befolkningen i stand til å beskytte seg selv og andre mot smitte. Tiltakene kan bestå i å sørge for informasjon og utdanning, tilby vaksiner, tilveiebringe forebyggende midler som kondomer og rent injeksjonsutstyr. Videre må det gis tilbud om behandling for om mulig å kurere sykdommen eller smittebæretilstanden, samt veiledning og støtte til smitteførende personer med tanke på å unngå videre smitte. Forholdene kan tilsi særlige tiltak overfor marginaliserte grupper som ikke i tilstrekkelig grad nås med de alminnelige forebyggende tiltakene og tjenestetilbudene.

Det må antas at statene etter omstendighetene også vil kunne være forpliktet til å sette i verk mer inngripende smitteverntiltak, om nødvendig med tvang, for å verne befolkningen mot utbrudd av smittsomme sykdommer. Folkehelsehensyn og andre offentlige hensyn må avveies mot det inngrep tiltaket vil utgjøre overfor individene, og de ulike menneskerettighetene må som nevnt avveies mot hverandre. ØSK-komiteen uttaler i avsnitt 34 at statene må avstå fra å anvende tvangstiltak for eksempel i forbindelse med smittsomme sykdommer, unntatt i helt særlige tilfelle, og da etter spesifikke og strenge regler.

Om begrensninger eller inngrep i rettigheter skriver ØSK-komiteen også:

«28. Issues of public health are sometimes used by States as grounds for limiting the exercise of other fundamental rights. The Committee wishes to emphasize that the Covenant's limitation clause, article 4, is primarily intended to protect the rights of individuals rather than to permit the imposition of limitations by States. Consequently a State party which, for example, restricts the movement of, or incarcerates, persons with transmissible diseases such as HIV/AIDS, refuses to allow doctors to treat persons believed to be opposed to a govern-

ment, or fails to provide immunization against the community's major infectious diseases, on grounds such as national security or the preservation of public order, has the burden of justifying such serious measures in relation to each of the elements identified in article 4. Such restrictions must be in accordance with the law, including international human rights standards, compatible with the nature of the rights protected by the Covenant, in the interest of legitimate aims pursued, and strictly necessary for the promotion of the general welfare in a democratic society.

29. In line with article 5.1, such limitations must be proportional, i.e. the least restrictive alternative must be adopted where several types of limitations are available. Even where such limitations on grounds of protecting public health are basically permitted, they should be of limited duration and subject to review.»

ØSK-komiteen uttaler også at retten til helse innebærer at statene ikke må utelukke eller begrense adgang til forebyggende tiltak og helsehjelp for visse grupper, herunder innsatte i fengsler, minoriteter, asylsøkere og personer uten lovlig opphold, jf. avsnitt 34. Sett i sammenheng med forbudet mot diskriminering og andre rettigheter, kan dette blant annet tilsi at smitteverntiltak bør gjøres tilgjengelig for innsatte i fengsel på lik linje med befolkningen for øvrig, se også punkt 8.3.9 om smittevern i fengsler.

Forbudet mot diskriminering innebærer videre at smitteførende personer har krav på helsetjenester mv. uten å bli diskriminert på grunn av sin smittestatus. Saklig forskjellsbehandling er imidlertid ikke i strid med menneskerettighetene dersom også proporsjonalitetskravet er oppfylt.

Komiteen påpeker også at statene må respektere retten til å ha tilgang til prevensjonsmidler og andre midler til å bevare seksuell og reproduktiv helse, jf. avsnitt 14 og 34. For å oppfylle retten til helse må statene også sørge for informasjon på dette og andre områder, herunder opplysningskampanjer om blant annet hiv/aids, jf. avsnitt 36.

Europarådets parlamentarikerforsamling har i en erklæring om seksuell og reproduktiv helse og rettigheter³⁷ uttalt at retten til helse på dette feltet innebærer at

³⁷ Resolution 1399 (2004) European strategy for the promotion of sexual and reproductive health and rights.

«[...] people are able to enjoy a mutually satisfying and safe relationship, free from coercion or violence and without fear of sexually transmitted infections (STIs), including HIV/Aids, or unwanted pregnancies. Individuals and couples should be able to regulate their fertility without adverse or dangerous consequences.»

Forsamlingen anmoder medlemsstatene om å samarbeide om en europeisk strategi på området og å sørge for gjennomføring av omfattende nasjonale strategier. Statene oppfordres også til å sikre tilgang til hjelpemidler og tjenester, å sørge for alders- og kjønnstilpasset informasjon og utdanning samt særskilte tiltak for sårbare grupper. Videre oppfordres til å «increase STI screening, treatment and voluntary counselling and testing (VCT) for HIV and subsequent treatment for those found to be HIV positive». Statene oppfordres også til å «encourage the whole of society, particularly the public sector, and international organisations to adopt, in response to the HIV/Aids issue, humane, constructive and non-discriminatory policies and practices, which protect the rights of individuals who have been infected». Erklæringen ble fulgt opp med en anbefaling til Ministerkomiteen.³⁸

Se også punkt 8.3.6 om OHCHR og UNAIDS' internasjonale retningslinjer om hiv/aids og menneskerettigheter³⁹, og punkt 8.3.8 om rapport fra spesialrapportøren for helse om forholdet mellom retten til helse og kriminalisering av frivillig seksuell omgang mellom voksne på tre områder, herunder overføring av hivsmitte, jf. også punkt 8.2.3.

8.3 De forente nasjoner (FN)

8.3.1 Innledning

FNs menneskerettskonvensjoner er omtalt i punkt 8.2 med noe nærmere omtale av enkelte av rettighetene.

En rekke FN-organer er på sine felt involvert i arbeid rettet mot smittsomme sykdommer, særlig hiv/aids. Overordnede prinsipper og mål er fastsatt på høyt nivå, og det utøves arbeid på mange plan i en rekke ulike former. I dette punktet omtales noen av organene og deres erklæringer eller andre dokumenter som har relevans for utvalgets arbeid.

8.3.2 Tusenårsmålene

På et eget Tusenårstoppmøte i forkant av FNs generalforsamling i 2000, ble det med tilslutning fra alle verdens land vedtatt en Tusenårserklæring med felles mål for det globale arbeidet mot fattigdom m.m. Erklæringen omfatter mange sider ved FNs virksomhet, som fred, sikkerhet, nedrustning, fattigdom og menneskerettigheter. Det ble fastsatt åtte Tusenårsmål som skal nås innen 2015, herunder å utrydde ekstrem fattigdom og sult, sikre utdanning for alle, styrke kvinners stilling, redusere barnedødelighet, redusere svangerskapsrelatert dødelighet, bekjempe hiv/aids, malaria og andre dødelige sykdommer, sikre miljømessig bærekraftig utvikling og bygge et globalt partnerskap for utvikling.

Tusenårsmål 6, som er å bekjempe hiv/aids, malaria og andre sykdommer, har som delmål å stoppe, og begynne å reversere, spredningen av hiv/aids innen 2015, å sikre at alle som trenger det, får tilgang til behandling for hiv/aids, og å stoppe, og begynne å reversere, spredningen av malaria og andre dødelige sykdommer.

8.3.3 FNs spesialsesjon om hiv/aids og politiske erklæringer fra FNs generalforsamling

FNs generalforsamling hadde i 2001 en spesialsesjon (UNGASS⁴⁰) om hiv/aids hvor det ble vedtatt en erklæring (Declaration of Commitment on HIV/AIDS «Global Crisis – Global Action»⁴¹) som blant annet angir hva statene i samarbeid med internasjonale organisasjoner og sivil samfunn skal gjøre for å reversere hiv-/aidsepidemien. Erklæringen er ikke rettslig bindende, men gir uttrykk for hva statene er kommet til enighet om, også med tidsfrister for visse mål. Målene omfatter forebygging, behandling og en rekke andre aspekter ved epidemien. Erklæringen inneholder også uttalelser knyttet til stigmatisering, diskriminering, menneskerettigheter og grunnleggende friheter, se for eksempel punktene 13, 16, 21, 37 og 58.

I 2006 holdt FNs generalforsamling et høynivåmøte om hiv/aids for å gjennomgå oppnåelsen av målene satt i 2001, og for å fornye forpliktelsene. Generalforsamlingen vedtok en erklæring (Political Declaration on HIV/AIDS⁴²) som viderefører erklæringen fra 2001, men som også satte nye

³⁸ Recommendation 1675 (2004) European strategy for the promotion of sexual and reproductive health and rights.

³⁹ International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights 2006 Consolidated version.

⁴⁰ United Nations General Assembly Special Session.

⁴¹ A/RES/ S-26/2.

⁴² 60/262.

mål. Det pekes på at full realisering av menneskerettigheter og grunnleggende friheter er et viktig element, og at det også er viktig å arbeide mot stigmatisering og diskriminering for å kunne bekjempe epidemien. Det pekes videre på viktigheten av å fjerne rettslige og andre barrierer for forebygging og behandling, samt å skape et sosialt og rettslig miljø som er støttende og trygt med tanke på å informere andre om smittestatus. Se blant annet erklæringens punkt 11, 15, 24, 25 og 29.

På et høynivåmøte i 2011 vedtok FN's generalforsamling en ny erklæring (Political Declaration on HIV/AIDS: Intensifying our Efforts to Eliminate HIV/AIDS⁴³) under henvisning til erklæringene fra 2001 og 2006. Erklæringen fornyer forpliktelsene til å arbeide for å bekjempe epidemien og nå Tusenårs mål 6. Når det gjelder menneskerettigheter, stigmatisering, diskriminering m.m. vises særlig til erklæringens punkt 77, 78 og 80:

«77. Commit to intensify national efforts to create enabling legal, social and policy frameworks in each national context in order to eliminate stigma, discrimination and violence related to HIV and promote access to HIV prevention, treatment, care and support and non-discriminatory access to education, health care, employment and social services, provide legal protections for people affected by HIV, including inheritance rights and respect for privacy and confidentiality, and promote and protect all human rights and fundamental freedoms, with particular attention to all people vulnerable to and affected by HIV;

78. Commit to review, as appropriate, laws and policies that adversely affect the successful, effective and equitable delivery of HIV prevention, treatment, care and support programmes to people living with and affected by HIV and to consider their review in accordance with relevant national review frameworks and time frames;

79. Encourage Member States to consider identifying and reviewing any remaining HIV-related restrictions on entry, stay and residence in order to eliminate them;

80. Commit to national HIV and AIDS strategies that promote and protect human rights, including programmes aimed at eliminating stigma and discrimination against people living with and affected by HIV, including their families, including by sensitizing the police and jud-

ges, training health-care workers in non-discrimination, confidentiality and informed consent, supporting national human rights learning campaigns, legal literacy and legal services, as well as monitoring the impact of the legal environment on HIV prevention, treatment, care and support;»

8.3.4 WHO

Verdens helseorganisasjon (WHO) har ansvaret for koordinering av arbeid på helsefeltet innen FN-systemet. Organisasjonen arbeider bredt på feltet ved blant annet å sette globale standarder i helsespørsmål, formidle informasjon og retningslinjer, fremme forskning og koordinere arbeidet for å bedre internasjonal helse, herunder overvåke helsetilstanden og analysere trender. Se WHO's program *Engaging for Health – 11th General Programme of Work, 2006-2015 – A Global Health Agenda*.

Smittsomme sykdommer er ett blant mange av WHO's arbeidsområder, og da ikke minst de sykdommene som er særskilt omtalt i Tusenårs målene, det vil si hiv/aids og malaria, jf. punkt 8.3.2. WHO er en av medeierorganisasjonene til UNAIDS, jf. punkt 8.3.5.

WHO har gitt ut en rekke retningslinjer etc. vedrørende smittsomme sykdommer, herunder hiv og hepatitt, som behandler ulike aspekter ved forebygging og behandling mv. Mange av anbefalingene har et globalt siktemål eller retter seg i hovedsak mot høyendemiske land eller lav-/mid-delinntektsland, og må tilpasses forholdene i det enkelte land.⁴⁴

Forebygging av smitte i fengsler er omhandlet i noen av WHO's dokumenter, som da i noen tilfeller er gitt ut i samarbeid med UNODC og UNAIDS, jf. punkt 8.3.9.

Det er lang tradisjon for internasjonalt samarbeid om vern mot smittsomme sykdommer, med bestemmelser om hvilke tiltak landene kan og skal iverksette for å hindre spredning av epidemier. Internasjonale karantenereglementer har vært fastsatt og revidert flere ganger siden 1851, fra 1951 av WHO. Det internasjonale helsereglement av 1969 omfattet i hovedsak kun navngitte sykdommer som pest, asiatisk kolera, gulfeber, flekktyfus, tilbakefallsfeber og kopper.⁴⁵

⁴⁴ Se for eksempel *Guidance on Couples HIV Testing and Counselling including Antiretroviral Therapy for Treatment and Prevention in Serodiscordant Couples – Recommendations for a public health approach* (april 2012).

⁴⁵ NOU 1990: 2 *Lov om vern mot smittsomme sykdommer (Smitteloven)* s. 185.

⁴³ A/RES/65/277.

WHO vedtok i 2005 et nytt internasjonalt helsereglement (IHR)⁴⁶ som omfatter alle former for alvorlige hendelser av betydning for internasjonal folkehelse uavhengig av årsak eller kilde. Dette kan være både smittespredning og spredning av andre helseskadelige faktorer av for eksempel kjemisk, nukleært eller radiologisk utspring. Helsetruslene kan skyldes naturlige prosesser, naturkatastrofer, ulykker eller vilde handlinger. IHR tar sikte på å forebygge, varsle, beskytte mot, kontrollere, og sikre en helsemessig respons ved alvorlige hendelser som truer internasjonal folkehelse. Samtidig legges det visse begrensninger på medlemsstatenes handlingsfrihet for å unngå unødvendig forstyrrelse av internasjonal handel og trafikk. Statene må varsle WHO om alle hendelser som kan være «alvorlige hendelser av betydning for internasjonal folkehelse», og statene må styrke eller sikre sin kapasitet for overvåking av og respons på slike hendelser. WHO kan samle informasjon, anbefale tiltak, samt sørge for teknisk assistanse om nødvendig. IHR etablerer også prosedyrer som WHO må følge i sitt arbeid for å opprettholde global helsesikkerhet. WHO har nært samarbeid med medlemslandene og andre partnere, for å sørge for teknisk rådgivning og støtte for å mobilisere de ressursene som kreves for å implementere og gjennomføre IHR på en effektiv og god måte.⁴⁷

Et eksempel på bruk av IHR er at WHO 25. april 2009 erklærte utbruddet av influensa A (H1N1) for en «hendelse av betydning for internasjonal folkehelse», hvilket iverksatte reglementet fullt ut nasjonalt og internasjonalt.

IHR er på smittevernområdet gjennomført i norsk rett gjennom smittevernloven, lov om helsemessig og sosial beredskap og helseregisterloven samt forskrift 21. desember 2007 nr. 1573 om varsling av og tiltak ved alvorlige hendelser av betydning for internasjonal folkehelse (IHR-forskriften) som gir utfyllende bestemmelser, blant annet varslingsregler. I forbindelse med folkehelseloven ble gjennomføringen av IHR vurdert, også på smittevernområdet, jf. Prop. 90 L (2010–2011) *Lov om folkehelsearbeid (folkehelseloven)* s. 162–164. Det ble innført hjemmel i smittevernloven § 2-2 åttende ledd for å opprette utbruddsregistre. Se også smittevernloven § 4-3 som gir Kongen hjemmel til å gi forskrifter om ulike tiltak for å motvirke at smittsomme sykdommer føres inn i landet

eller spres til andre land (karantenetiltak). Etter smittevernloven § 1-2 fjerde og femte ledd gjelder lovens bestemmelser for øvrig med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat, og Kongen kan gi regler til gjennomføring av avtale med fremmed stat om forhold som omfattes av loven.

8.3.5 UNAIDS

UNAIDS (FNs aidsprogram, The Joint United Nations Program on HIV/AIDS) ble etablert i 1996 og har ti medeierorganisasjoner: UNICEF, UNDP, UNFPA, UNESCO, UNHCR, WHO, UNODC, ILO, WFP og Verdensbanken. UNAIDS har et sekretariat og ledes av et styre (Programme Coordinating Board) med representanter fra en rekke medlemsland, medeierorganisasjonene og ikke-statlige organisasjoner. Norge deler en styreplass med Danmark og Finland.

UNAIDS' mandat er å sikre en integrert og helhetlig tilnærming til bekjempelsen av hiv og aids innen FN-familien, herunder å bedre koordineringen av FN-organisasjonenes arbeid på landnivå.⁴⁸ Mandatet omfatter blant annet målsetninger om å fremme global enighet om politikk og programtilnærming på feltet, styrke nasjonale myndigheters kapasitet til å utvikle helhetlige nasjonale strategier og gjennomføre effektive hiv- og aidstiltak, fremme bred politisk og sosial mobilisering for å forebygge og respondere på hiv og aids på landnivå, og arbeide for økt politisk forpliktelse på globalt og nasjonalt nivå, herunder å sikre tilstrekkelige ressurser til hiv-/aidsarbeid.

Norge yter store økonomiske bidrag til UNAIDS som en del av arbeidet for tusenårsmålene, jf. punkt 8.3.2.

I Utenriksdepartementets profilark⁴⁹ om UNAIDS heter det i punkt 3 om norsk politikk overfor UNAIDS blant annet:

«Norge ønsker å styrke UNAIDS som hovedorgan for normutvikling og overvåking av aids-epidemien og å videreutvikle UNAIDS sin rolle som rådgiver for land om optimal forebygging, gitt til enhver tid tilgjengelig teknologi og kunnskap, og tilpasset epidemiens profil i hvert land.

⁴⁶ International Health Regulations (2005), <http://www.who.int/ihr/en/>

⁴⁷ Prop. 90 L (2010–2011) Lov om folkehelsearbeid (folkehelseloven) s. 156.

⁴⁸ Utenriksdepartementets brosjyre «UNAIDS» (E-885 B).

⁴⁹ Utenriksdepartementet har publisert profilark med vurdering av 29 multilaterale organisasjoner, herunder UNAIDS. http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/tema/fn/fn_vurdering.html?id=662328; http://www.regjeringen.no/upload/UD/Vedlegg/FN/profilark2011/fn_unaids2011.pdf

Norge støtter UNAIDS i arbeidet med å sette søkelys på svake helsesystemer og kritisk mangel på personell for å sikre integrerte og robuste tjenester for aidsbehandling, herunder tenke alternative tjenestemodeller og ytterligere involvering av det sivile samfunnet.

Norge legger vekt på at UNAIDS skal ha et menneskerettighets- og likestillingsperspektiv i sitt arbeid, og støtter prioriteringen av arbeid for lovgivning som sikrer rettigheter til kvinner og jenter, til utsatte grupper som injiserende sprøytebrukere og seksuelle minoriteter, samt arbeid for å redusere lovgivning som kriminaliserer hivsmitte.»

Norge har også ytt økonomisk støtte til et prosjekt i regi av UNAIDS knyttet til kriminalisering av hivsmitte i høyinntektsland (se nedenfor), som det også er vist til i utvalgets mandat.

UNAIDS' arbeid er globalt, men er i hovedsak rettet mot land der forekomsten av hiv og aids er stor. UNAIDS har ikke noe Europa-kontor, slik for eksempel WHO har, og anbefalinger mv. har et globalt siktemål og er i liten grad tilrettelagt for skandinaviske eller europeiske forhold.

Utvalgets vurderinger vil i hovedsak være basert på vår kulturelle kontekst, som kan være svært ulik den globale. Den kulturelle konteksten varierer for øvrig også innen regioner og kategorier som høyinntektsland.

UNAIDS har gitt ut en rekke publikasjoner, også sammen med andre FN-organer, herunder internasjonale retningslinjer om hiv/aids og menneskerettigheter sammen med FNs høykommissær for menneskerettigheter (OHCHR), se punkt 8.3.6, og om forebygging av smitte i fengsler sammen med UNODC og WHO, jf. punkt 8.3.9.

Virkeområder og mål er definert i UNAIDS' strategi for 2011–2015 *Getting to Zero*. Blant målene for perioden er å redusere seksuell overføring av hivsmitte med en halvdel, også blant ungdom, menn som har sex med menn og i forbindelse med sexarbeid, og eliminere smitteoverføring fra mor til barn og blant injiserende rusmiddelbrukere. Andre mål er å sikre universell tilgang til antiretroviral behandling, og å halvere antallet land som har «punitive laws and practices around HIV transmission, sex work, drug use or homosexuality that block effective responses». UNAIDS' rapport *Together we will end AIDS*⁵⁰ (2012) inneholder oppdatert oversikt over antall

nydiagnostiserte, personer under behandling, aidsrelaterte dødsfall mv., samtidig som det pekes på mulige vitenskapelige fremskritt og samfunnsutvikling som kan bidra til å nå visjonen «zero new HIV infections, zero discrimination and zero AIDS-related deaths». I rapporten omtales også bruk av straff for smitteoverføring (s. 68).

UNAIDS og UNDP (United Nations Development Programme) avholdt i 2007 en *International Consultation on the Criminalization of HIV Transmission* hvor deltagerne blant annet understreket viktigheten av å sikre menneskerettighetene i tråd med retningslinjene fra OHCHR og UNAIDS, jf. særlig retningslinje nr. 4. Som oppfølging av dette ga UNAIDS i 2008 ut *Policy Brief – Criminalization of HIV Transmission*.

I sitt Policy Brief oppfordrer UNAIDS statene til å begrense (anvendelsen av) straffelovgivningen til å omfatte tilfeller av smitteoverføring med hensikt («intention»), det vil si der en person som vet at han eller hun er hivpositiv, handler i den hensikt å overføre smitte, og overføring faktisk skjer.

Det uttales at det ikke er opplysninger som indikerer at en bred anvendelse av straffelovgivning på feltet vil «achieve either criminal justice or prevent HIV transmission». Det heter videre at man derimot risikerer å undergrave folkehelsen og menneskerettighetene.

Lovgivere, påtalemyndigheter og dommere oppfordres i UNAIDS' Policy Brief til å avvise bruk av straff i andre tilfeller enn der smitte er overført med hensikt. Især bør man avstå fra å bruke straff i tilfeller der det ikke forelår en betydelig («significant») smittefare, og der vedkommende ikke var kjent med sin smittestatus eller hvordan hiv smitter, hadde opplyst om smittestatus eller trodde den andre var kjent med denne, eller unnlot å opplyse om smittestatus på grunn av frykt for vold eller andre alvorlige negative konsekvenser. Det samme gjelder der vedkommende iverksetter rimelige tiltak for å redusere smittefaren, herunder praktiserer sikrere sex ved å bruke kondom eller på andre måter unngår handlinger med høyere risiko for smitte, eller tidligere hadde blitt enig med den andre parten om et gjensidig akseptabelt risikonivå.

Statene anbefales å unngå å innføre særskilte lover/straffebestemmelser om hiv, og heller bruke generell strafferett ved smitteoverføring med hensikt. Det anbefales også å utstede retningslinjer for politi og påtalemyndighetene for å sikre at straffefølgningen begrenses til saker hvor smitte er overført med hensikt. Videre anbefaler UNAIDS at statene sikrer at eventuell anvendelse av de generelle straffelovene ved tilfeller av hivoverføring, er forenlig med menneskerettslige forpliktelser.

⁵⁰ http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/epidemiology/2012/20120718_togetherwewillendaids_en.pdf

Det uttales at straff kan motarbeide effektiv forebygging ved at folk blir mindre villig til å la seg teste, noe som både er uheldig for den enkelte og har betydning for risikoen for å smitte andre, blant annet fordi hivbehandling påvirker smittsomheten. Videre fremheves at anvendelse av straff plasserer ansvaret bare hos den som allerede er smittet, og på den måten utvanner folkehelseoppfordringene om delt ansvar for seksuell helse. Folk kan også feilaktig tro at den som ikke opplyser å være hivpositiv, er hivnegativ. Det pekes dessuten på at tilliten til helsepersonell og forskere vil kunne skades fordi folk kan frykte at opplysninger om smittestatus kan bli brukt mot dem i en straffesak.

Statene oppfordres til heller å øke forebyggingsinnsatsen og støtte frivilling testing og rådgivning for par, frivillig informasjon om smittestatus til partner og «ethical partner notification». Med det sistnevnte siktes til rett, men ikke plikt, for helsepersonell til å opplyse en pasients seksualpartner om smittestatus til tross for hovedregelen om taushetsplikt overfor pasienten. Med henvisning til retningslinjene om hiv/aids og menneskerettigheter, oppstilles kriterier for når dette kan være aktuelt, jf. kommentarene til retningslinje 3, gjengitt i punkt 8.3.6.

UNAIDS peker på en etisk forpliktelse til ikke å skade andre, men uttaler at hivpositive ikke bør ha rettslig opplysningsplikt overfor seksualpartnere eller helsepersonell. Når det gjelder helsepersonell, vises til muligheten for å iverksette «universal precautions» mot blodsmitte, noe som også er anbefalt i retningslinjene for hiv/aids og menneskerettigheter, omtalt i punkt 8.3.6.

Som ledd i det nevnte prosjektet vedrørende kriminalisering av overføring av hivsmitte i høyinntektsland, arrangerte UNAIDS i 2011 et ekspertmøte⁵¹ og i februar 2012 et høynivåmøte om temaet.⁵² UNAIDS har pr. 1. august 2012 ikke publisert noen møterapport eller annen oppfølg-

ning etter høynivåmøtet eller prosjektet i sin helhet. Etter det utvalget forstår, tar UNAIDS sikte å gi ut reviderte anbefalinger med hensyn til strafferegulering og straffefølgning av overføring av hiv og smittefare mv.

I dokumentet «Non-discrimination in HIV responses»⁵³ til UNAIDS' styremøte i juni 2010, omtales en rekke spørsmål knyttet til hivrelatert diskriminering og stigma og arbeidet for å redusere dette. Her nevnes også *The People Living with HIV Stigma Index*⁵⁴ som er et verktøy utarbeidet for å måle og registrere endringer i stigma og diskriminering, jf. punkt 10.4. Noen av resultatene fremgår i UNAIDS' rapport *Together we will end AIDS*.⁵⁵

8.3.6 FNs høykommissær for menneskerettigheter

OHCHR (FNs høykommissær for menneskerettigheter) har som mandat å arbeide for universell implementering av menneskerettighetene og å samordne menneskerettighetsarbeid i FN-systemet. OHCHR er også sekretariat for de konvensjonsbaserte tilsynskomiteene og FNs Menneskerettsråd.

OHCHR og UNAIDS utga i 1998 internasjonale retningslinjer om hiv/aids og menneskerettigheter. Retningslinjene skulle være et verktøy for stater og andre i arbeid knyttet til hiv/aids, og vise hvordan menneskerettigheter har betydning på feltet og kan implementeres eller sikres i praksis. En konsolidert, revidert versjon av retningslinjene ble gitt ut i 2006.⁵⁶ Dokumentets del I inneholder 12 retningslinjer rettet mot statene med tanke på å iverksette eller sikre rettslige og administrative tiltak samt praksis som fremmer menneskerettighetene og hivrelaterte folkehelse mål.

Retningslinje 3 gjelder folkehelse-/smittevernlovgivning, mens retningslinje 4 retter seg mot straffelovgivning og straffefølgning blant annet

⁵¹ Expert Meeting on the Scientific, Medical, Legal and Human Rights Aspects of Criminalisation of HIV Non-disclosure, Exposure and Transmission, Geneva, Switzerland, 31 August – 2 September 2011. Møterapport og (revidert) bakgrunnsdokument til møtet: http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/document/2012/ReportUNAIDSExpertMeetingOnCriminalisationHIV_Final.pdf http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/document/2012/KeyScientificMedical-LegalIssuesCriminalisationHIV_final.pdf

⁵² High Level Policy Consultation on Criminalisation of HIV Non-disclosure, Exposure and Transmission, Oslo, Norway, 14–15 February 2012. Issues Paper til møtet: http://www.aidsdatahub.org/dmdocuments/criminalisation_of_nondisclosure_exposure_and_transmission_issue_paper_OSLO_2012_cat_19.1.pdf

⁵³ 26th Meeting of the UNAIDS Programme Coordinating Board, Geneva, Switzerland, 22-24 June 2010, Non-discrimination in HIV responses (UNAIDS/PCB(26)/10.3, 3 May 2010), http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/priorities/20100526_non_discrimination_in_hiv_en.pdf

⁵⁴ <http://www.stigmaindex.org/>

⁵⁵ UNAIDS: Together we will end AIDS. (2012) s. 69. http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/epidemiology/2012/20120718_togetherwewillendaids_en.pdf

⁵⁶ International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights 2006 Consolidated version http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub07/jc1252-internguidelines_en.pdf

for overføring av hiv. Med kommentarer lyder disse:

«GUIDELINE 3: PUBLIC HEALTH LEGISLATION

19. States should review and reform public health laws to ensure that they adequately address public health issues raised by HIV, that their provisions applicable to casually transmitted diseases are not inappropriately applied to HIV and that they are consistent with international human rights obligations.

20. Public health legislation should include the following components:

(a) Public health law should fund and empower public health authorities to provide a comprehensive range of services for the prevention and treatment of HIV and AIDS, including relevant information and education, access to voluntary testing and counselling, STD and sexual and reproductive health services for men and women, condoms and drug treatment, services and clean injection materials, as well as adequate treatment for HIV and AIDS-related illnesses, including pain prophylaxis.

(b) Apart from surveillance testing and other unlinked testing done for epidemiological purposes, public health legislation should ensure that HIV testing of individuals should only be performed with the specific informed consent of that individual. Exceptions to voluntary testing would need specific judicial authorization, granted only after due evaluation of the important considerations involved in terms of privacy and liberty.

(c) In view of the serious nature of HIV testing and in order to maximize prevention and care, public health legislation should ensure, whenever possible, that pre-and post-test counselling be provided in all cases. With the introduction of home-testing, States should ensure quality control, maximize counselling and referral services for those who use such tests and establish legal and support services for those who are the victims of misuse of such tests by others.

(d) Public health legislation should ensure that people not be subjected to coercive measures such as isolation, detention or quarantine on the basis of their HIV status. Where the liberty of persons living with HIV is restricted, due process protection (e.g. notice, rights of review/appeal, fixed rather than indeterminate periods of orders and rights of representation) should be guaranteed.

(e) Public health legislation should ensure that HIV and AIDS cases reported to public health authorities for epidemiological purposes are subject to strict rules of data protection and confidentiality.

(f) Public health legislation should ensure that information relative to the HIV status of an individual be protected from unauthorized collection, use or disclosure in the health-care and other settings and that the use of HIV-related information requires informed consent.

(g) Public health legislation should authorize, but not require, that health-care professionals decide, on the basis of each individual case and ethical considerations, whether to inform their patients' sexual partners of the HIV status of their patient. Such a decision should only be made in accordance with the following criteria:

- (i) The HIV-positive person in question has been thoroughly counselled;
- (ii) Counselling of the HIV-positive person has failed to achieve appropriate behavioural changes;
- (iii) The HIV-positive person has refused to notify, or consent to the notification of his/her partner(s);
- (iv) A real risk of HIV transmission to the partner(s) exists;
- (v) The HIV-positive person is given reasonable advance notice;
- (vi) The identity of the HIV-positive person is concealed from the partner(s), if this is possible in practice; and
- (vii) Follow-up is provided to ensure support to those involved, as necessary.

(h) Public health legislation should ensure that the blood/tissue/organ supply is free of HIV and other blood-borne diseases.

(i) Public health law should require the implementation of universal infection control precautions in health-care and other settings involving exposure to blood and other bodily fluids. Persons working in these settings must be provided with the appropriate equipment and training to implement such precautions.

(j) Public health legislation should require that health-care workers undergo a minimum of ethics and/or human rights training in order to be licensed to practise and should encourage professional societies of health-care workers to develop and enforce codes of conduct based on human rights and ethics, including HIV-related issues such as confidentiality and the duty to provide treatment.

GUIDELINE 4: CRIMINAL LAWS AND CORRECTIONAL SYSTEMS

21. States should review and reform criminal laws and correctional systems to ensure that they are consistent with international human rights obligations and are not misused in the context of HIV or targeted at vulnerable groups.

(a) Criminal and/or public health legislation should not include specific offences against the deliberate and intentional transmission of HIV but rather should apply general criminal offences to these exceptional cases. Such application should ensure that the elements of foreseeability, intent, causality and consent are clearly and legally established to support a guilty verdict and/or harsher penalties.

(b) Criminal law prohibiting sexual acts (including adultery, sodomy, fornication and commercial sexual encounters) between consenting adults in private should be reviewed, with the aim of repeal. In any event, they should not be allowed to impede provision of HIV prevention and care services.

(c) With regard to adult sex work that involves no victimization, criminal law should be reviewed with the aim of decriminalizing, then legally regulating occupational health and safety conditions to protect sex workers and their clients, including support for safe sex during sex work. Criminal law should not impede provision of HIV prevention and care services to sex workers and their clients. Criminal law should ensure that children and adult sex workers who have been trafficked or otherwise coerced into sex work are protected from participation in the sex industry and are not prosecuted for such participation but rather are removed from sex work and provided with medical and psycho-social support services, including those related to HIV.

(d) Criminal law should not be an impediment to measures taken by States to reduce the risk of HIV transmission among injecting drug users and to provide HIV-related care and treatment for injecting drug users. Criminal law should be reviewed to consider:

- the authorization or legalization and promotion of needle and syringe exchange programmes;
- the repeal of laws criminalizing the possession, distribution and dispensing of needles and syringes.

(e) Prison authorities should take all necessary measures, including adequate staffing, effective surveillance and appropriate discipli-

nary measures, to protect prisoners from rape, sexual violence and coercion. Prison authorities should also provide prisoners (and prison staff, as appropriate), with access to HIV-related prevention information, education, voluntary testing and counselling, means of prevention (condoms, bleach and clean injection equipment), treatment and care and voluntary participation in HIV-related clinical trials, as well as ensure confidentiality, and should prohibit mandatory testing, segregation and denial of access to prison facilities, privileges and release programmes for HIV-positive prisoners. Compassionate early release of prisoners living with AIDS should be considered.»

Se punkt 8.2.3 for utvalgets merknader til kommentaren i punkt (a) til retningslinje 4.

I dokumentets del III kommenteres hvordan en rekke ulike rettigheter kan ha betydning i forbindelse med hiv/aids. Blant annet omtales retten til liv, retten til helse, retten til frihet og sikkerhet, retten til likebehandling og frihet fra diskriminering, retten til frihet, retten til å danne familie, retten til arbeid og forbudet mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Se punkt 8.2.4 til 8.2.8 om enkelte av rettighetene.

OHCHR og UNAIDS har også gitt ut andre dokumenter, blant annet håndbøker om hiv og menneskerettigheter for ulike målgrupper.

8.3.7 UNDP og The Global Commission on HIV and the Law

FNs utviklingsprogram, UNDP (United Nations Development Program), er det største av FNs fond og programmer, med hovedmandat knyttet til godt styresett, kriseforebygging og fattigdomsreduksjon. Innenfor UNAIDS-fellesskapet har UNDP et særlig ansvar for lovgivning relatert til hiv.

The Global Commission on HIV and the Law

UNDP oppnevnte i 2010 The Global Commission on HIV and the Law i samarbeid med UNAIDS. Kommisjonen skulle «develop actionable, evidence-informed and human rights-based recommendations for effective HIV responses that promote and protect the human rights of people living with and most vulnerable to HIV». Formålet var blant annet å bidra til å belyse forhold av betydning for oppnåelsen av Tusenårsmålene, jf. punkt 8.3.2.

Kommisjonen så blant annet på «(1) punitive laws and practices that effectively criminalize lives; (2) law and practices that sustain violence and discrimination as lived by women; and (3) laws and practices that impede treatment access». Kommisjonen avholdt regionale dialogmøter i flere verdensdeler, herunder også et i høyinntektsland.⁵⁷ Det ble avholdt møter hvor det deltok representanter for myndigheter og sivilt samfunn, og det var i forkant inngitt skriftlige innspill. Se nærmere om dialogen for høyinntektsland i punkt 10.3. I sin rapport⁵⁸, avgitt i juli 2012, peker kommisjonen på en rekke ulike faktorer vedrørende lov og rett (lovgivning, praktisering og «access to justice» (rett til rett⁵⁹)) som har eller kan ha betydning for hivpositive og arbeidet med forebygging og behandling av hiv/aids – i positiv eller negativ retning. Kriminalisering av smitteoverføring og smittefare er ett av flere temaer. Kapitlet⁶⁰ om dette temaet avsluttes med følgende anbefalinger:

«To ensure an effective, sustainable response to HIV that is consistent with human rights obligations:

2.1. Countries must not enact laws that explicitly criminalise HIV transmission, HIV exposure or failure to disclose HIV status. Where such laws exist, they are counterproductive and must be repealed. The provisions of model codes that have been advanced to support the enactment of such laws should be withdrawn and amended to conform to these recommendations.

2.2. Law enforcement authorities must not prosecute people in cases of HIV non-disclosure or exposure where no intentional or malicious HIV transmission has been proven to take place. Invoking criminal laws in cases of adult private consensual sexual activity is disproportionate and counterproductive to enhancing public health.

2.3. Countries must amend or repeal any law that explicitly or effectively criminalises vertical transmission of HIV. While the process

of review and repeal is under way, governments must place moratoria on enforcement of any such laws.

2.4. Countries may legitimately prosecute HIV transmission that was both actual and intentional, using general criminal law, but such prosecutions should be pursued with care and require a high standard of evidence and proof.

2.5. The convictions of those who have been successfully prosecuted for HIV exposure, non-disclosure and transmission must be reviewed. Such convictions must be set aside or the accused immediately released from prison with pardons or similar actions to ensure that these charges do not remain on criminal or sex offender records.»

Kommisjonens rapport inneholder også en rekke andre anbefalinger, blant annet knyttet til ulike risikogrupper for hivsmitte. Herunder anbefales at landene avkriminaliserer narkotikabruk og besittelse til eget forbruk, kjøp og salg av seksuelle tjenester og homoseksuelle handlinger.

8.3.8 Menneskerettsrådet og spesialrapportøren for helse

FNs Menneskerettsråd (som fra 2006 erstattet Menneskerettskommisjonen⁶¹ av 1946) har i 2009 og 2011 avgitt erklæringer om *The protection of human rights in the context of human immunodeficiency virus (HIV) and acquired immunodeficiency syndrome (AIDS)*⁶². Erklæringene henviser til flere av de ovennevnte dokumentene og inneholder en rekke oppfordringer knyttet til menneskerettsaspekter ved hiv/aids, herunder følgende:

«Urges all States to consider taking steps towards the elimination of criminal and other laws that are counterproductive to HIV prevention, treatment, care and support efforts, including laws directly mandating disclosure of HIV status or that violate the human rights of people living with HIV and members of key populations, and also urges States to consider the enactment of laws protecting these persons from discrimination, abuse and violence in HIV

⁵⁷ <http://www.hivlawcommission.org/index.php/hicrd-dialogue-documentation>

⁵⁸ HIV and the Law: Risks, Rights & Health, juli 2012. <http://www.hivlawcommission.org/resources/report/FinalReport-Risks,Rights&Health-EN.pdf>

⁵⁹ Om innholdet i begrepet, se for eksempel NOU 2002: 18 *Rett til rett*.

⁶⁰ Chapter 2 – Punishing Vulnerability – Criminalisation of HIV Transmission, Exposure and Non-Disclosure (s. 20–25).

⁶¹ Se også Menneskerettskommisjonens resolusjon nr. 1995/44 av 3. mars 1995 («The protection of human rights in the context of HIV and AIDS») og resolusjon nr. 2005/84 av 21. april 2005.

⁶² A/HRC/RES/12/27 punkt 13 og A/HRC/RES/16/28 punkt 20.

prevention, treatment, care and support efforts;»

En tilsvarende oppfordring til statene er tatt inn i Menneskerettsrådets erklæring⁶³ om forlengelse av mandatet for spesialrapportøren for helse i 2010. Menneskerettsrådet utpeker uavhengige spesialrapportører på ulike felt for å undersøke situasjonen i bestemte land eller særskilte temaer ut fra et menneskerettsperspektiv. Spesialrapportørene er ikke ansatt i FN, men innehar en honorær stilling, og uttaler seg på egne vegne. Det er blant annet oppnevnt en spesialrapportør for helse (Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health). Fra august 2008 er dette Anand Grover fra India.

Spesialrapportøren for helse avga 27. april 2010 en rapport⁶⁴ om forholdet mellom retten til helse og kriminalisering knyttet til frivillig seksuell omgang mellom voksne på tre områder: (1) sex mellom personer av samme kjønn, seksuell orientering og kjønnsidentitet, (2) sexarbeid og (3) overføring av hiv. Rapportens del IV (punkt 51–75) omhandler hivsmitte, og det konkluderes med at kriminalisering ikke oppfyller de ønskede folkehelse mål, men tvert imot ofte motarbeider dem og realisering av retten til helse. Det heter at kriminalisering dessuten bryter mot en rekke andre menneskerettigheter, slik som retten til privatliv og rettigheter vedrørende diskriminering samt retten til likhet for loven og til lik beskyttelse for loven, noe som i sin tur har betydning for retten til helse. Spesialrapportøren slutter seg til synspunktene i UNAIDS' Policy Brief fra 2008, jf. punkt 8.3.5.

Spesialrapportøren uttaler også at den frihetsberøvelsen fengselsstraff medfører, ikke hindrer overføring av hiv til andre idet det finner sted høyrisikoatferd i fengsler verden over, både i form av ubeskyttet sex og i forbindelse med sprøytenarkomani. Videre hevder han at det er tvilsomt om fengselsopphold har noen rehabiliterende effekt på personer som bryter straffebestemmelser om smitteoverføring, særlig når det gjelder overføring uten hensikt, eller påvirker fremtidig atferd og derved reduserer smittefare.

Spesialrapportøren anbefaler statene i punkt 76 blant annet:

«(c) To immediately repeal laws criminalizing the unintentional transmission of or exposure

to HIV, and to reconsider the use of specific laws criminalizing intentional transmission of HIV, as domestic laws of the majority of States already contain provisions which allow for prosecution of these exceptional cases;

(d) To introduce monitoring and accountability mechanisms so as to ensure their obligations to safeguard the enjoyment of the right to health through legislative, judicial and administrative mechanisms, including policies and practices to protect against violations;

(e) To provide human rights education for health professionals, and to create an environment conducive to collective action and participation.»

Rapporten ble behandlet i Menneskerettsrådet i juni 2010. Rådet avga ikke noen erklæring i sakens anledning. Under den interaktive dialogen med spesialrapportøren for helse og to andre spesialrapportører var det en rekke land som tok ordet, og en del av disse berørte den nevnte rapporten. Flere av kommentarene gjaldt det kontroversielle spørsmålet om seksuell orientering. Enkelte land kom også inn på spørsmålet om kriminalisering av overføring av hiv, men få ga uttrykk for at de sluttet seg til spesialrapportørens vurderinger.

I en rapport⁶⁵ fra 2011 om straffelover og andre rettslige begrensninger som påvirker aspekter vedrørende retten til seksuell og reproduktiv helse, omtaler spesialrapportøren for helse blant annet perinatal overføring av hiv. Han peker da særlig på det problematiske ved straffebestemmelser som rammer kvinner dersom de ikke gjør det som er mulig for å forebygge smitteoverføring i forbindelse med svangerskap og fødsel, samtidig som de samme landene ikke oppfyller sine forpliktelser til å sikre befolkningen nødvendige helse-tjenester, herunder nettopp behandling som kan redusere faren for slik smitteoverføring.

Se punkt 8.2.3 om bruk av straff i saker om smitteoverføring, og punkt 8.2.8 for omtale av retten til helse.

8.3.9 UNODC og smittevern i fengsler

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) er en av de ti medeierorganisasjonene til UNAIDS. UNODC har blant annet overordnet ansvar for UNAIDS' arbeid med hivforebygging og -omsorg blant sprøytenarkomane og i fengsler. UNODC overvåker oppfyllelsen av FN's *Standard*

⁶³ A/HCR/RES/15/22

⁶⁴ A/HRC/14/20

⁶⁵ A/66/254, se særlig avsnitt 40–43.

Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, og bistår landene med å implementere FN-resolusjoner om helsetjenester til innsatte i fengsler, herunder også hivforebyggende tiltak.

UNODC viser til at andelen hivpositive i mange land er atskillig høyere blant innsatte enn i befolkningen for øvrig. På grunn av sprøytedeling, usikker sex og flere andre forhold er også smittefaren stor i mange fengsler, både for hiv, hepatitt og tuberkulose.

Smittevern i fengsler

Menneskerettskonvensjonene har enkelte bestemmelser som særskilt retter seg mot personer under soning i fengsel og andre former for frihetsberøvelse, for eksempel EMK art. 5 og SP art. 10, jf. punkt 8.2.5.

Det legges til grunn at innsatte beholder alle menneskerettigheter som ikke fratras dem som en direkte følge av frihetsberøvelsen. Se generell kommentar til SP art. 10⁶⁶ fra FNs Menneskerettskomité⁶⁷ som overvåker statenes gjennomføring av SP. Dette er også nedfelt i en anbefaling fra Europarådets ministerkomité om europeiske fengselsregler⁶⁸. For eksempel vil innsatte på linje med andre ha grunnleggende rettigheter som retten til liv og retten til å bli behandlet med respekt og verdighet og ikke utsettes for tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Det samme gjelder retten til helse, som også omfatter retten til forebyggende tiltak mot smittsomme sykdommer, jf. punkt 8.2.8.

I henhold til FNs grunnleggende prinsipper for behandling av fanger⁶⁹ skal innsatte ha tilgang til landets helsetjenester uten å bli diskriminert (prinsipp 9).

Flere FN-organer har engasjert seg i arbeid for å bedre forholdene for innsatte i fengsler, også med tanke på å forebygge overføring av hiv og andre smittsomme sykdommer. UNODC, WHO og UNAIDS har utarbeidet anbefalinger og retningslinjer. Disse er ikke bindende, men gir vei-

ledning for implementering av de generelle prinsippene og rettighetene.

WHO ga i 1993 ut *Guidelines on HIV infection and AIDS in prisons*⁷⁰. Vedrørende helsetjenester og forebygging av smitteoverføring, understrekes det i retningslinjene at alle innsatte har rett til helsehjelp, herunder forebyggende tiltak, tilsvarende det som er tilgjengelig for den alminnelige befolkningen. Det uttales at «in countries where clean syringes and needles are made available to injecting drug users in the community, consideration should be given to providing clean injection equipment during detention and on release».

Slike anbefalinger ble gjentatt i *HIV/AIDS Prevention, Care, Treatment and Support in Prison Settings – A Framework for an Effective National Response*⁷¹, gitt ut i 2006 av UNODC, WHO og UNAIDS i fellesskap.

De samme tre organisasjonene ga i 2007 ut *Evidence for action technical papers – Interventions to address HIV in prisons – Needle and syringe programmes and decontamination strategies*⁷² i serien *Evidence for action technical papers of Effectiveness of Interventions to address HIV in prisons*. Her redegjøres for innsamlet kunnskap/dokumentasjon om effekten av blant annet å gi innsatte tilgang til henholdsvis desinfeksjonsmidler for rensing av sprøyter, og rene sprøyter og annet injeksjonsutstyr. Det konkluderes med at tilgang til rene sprøyter medfører færre tilfeller av sprøytedeling og at dette synes å redusere smitteoverføring i fengsler. Samtidig er det ikke funnet at tilgangen til sprøyter har alvorlige negative konsekvenser som økt narkotikabruk eller bruk av sprøyter som våpen. Videre pekes på at tilgang til desinfeksjonsmidler heller ikke utgjør noe sikkerhetsproblem, men at denne metoden ikke er dokumentert tilstrekkelig effektiv verken i eller utenfor fengsler. Det anbefales derfor at innsatte gis tilgang til rent injeksjonsutstyr, og uttales at desinfeksjonsmidler er et mindre effektivt alternativ som bare bør velges dersom myndighetene motsetter seg sprøyteprogram som gir tilgang til rent injeksjonsutstyr.

Se også *Evidence for action on HIV/AIDS and injecting drug use – Policy Brief: Reduction Of HIV Transmission In Prisons* fra 2004 og *HIV and AIDS in places of detention – A toolkit for policymakers*,

⁶⁶ General Comment No. 21: Replaces general comment 9 concerning humane treatment of persons deprived of liberty (Art. 10) : 10.04.1992. CCPR General Comment No. 21. (General Comments).

⁶⁷ Human Rights Committee (CCPR).

⁶⁸ Recommendation (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules (adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies) Part I Basic principles no. 2.

⁶⁹ FNs hovedforsamling, A/RES/45/111, 68th plenary meeting, 14 December 1990, <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r111.htm>

⁷⁰ http://www.who.int/hiv/idu/WHO-Guidel-Prisons_en.pdf

⁷¹ http://data.unaids.org/pub/Report/2006/20060701_hiv-aids_prisons_en.pdf

⁷² http://whqlibdoc.who.int/publications/2007/9789241595810_eng.pdf

*programme managers, prison officers and health care providers in prison settings*⁷³ fra 2008, begge gitt ut av de samme tre organisasjonene.

Andre tiltak som i dokumentene anbefales for å forebygge smitte i fengsler, er tilgang til kondomer, smittevernveiledning og helsetjenester blant annet rettet mot hiv og andre seksuelt overførbare infeksjoner.

I sine retningslinjer om hiv/aids og menneskerettigheter anbefaler OHCHR og UNAIDS at fengselsmyndighetene blant annet iverksetter tiltak for å forhindre voldtekt og andre seksuelle overgrep, og sørger for informasjon og veiledning om smittefare, tilbud om frivillig testing, tilgang til forebyggende midler som kondomer, desinfeksjonsmidler og rent injeksjonsutstyr, jf. retningslinje nr. 4 med kommentarer, gjengitt i punkt 8.3.6.

Smittevern i fengsler er også tatt opp i rapporten⁷⁴ fra The Global Commission on HIV and the Law, som er omtalt i punkt 8.3.7.

Se punkt 8.4.2 og 8.4.3 om relevante anbefalinger fra Europarådets ministerkomité og parlamentarikerforsamling.

8.4 Europarådet

8.4.1 Innledning

Europarådet arbeider særlig for styrking av menneskerettighetene, det parlamentariske demokratiet og rettsstaten i medlemslandene.

Om sentrale Europarådskonvensjoner om menneskerettigheter og relevante saker behandlet av EMD, se punkt 8.2. Her i punkt 8.4 behandles andre dokumenter fra organer under Europarådet.

Utvalget er ikke kjent med at den europeiske menneskerettskommisjonen har avgitt relevante uttalelser.

8.4.2 Europarådets ministerkomité

Europarådets ministerkomité har avgitt flere anbefalinger til medlemslandene vedrørende hiv og aids, blant annet om felles europeisk helsepolitikk for bekjempelse av aids⁷⁵ og om etiske spørsmål knyttet til hiv ved helsehjelp og i sosiale sam-

⁷³ <http://www.unodc.org/documents/hiv-aids/V0855768.pdf>

⁷⁴ HIV and the Law: Risks, Rights & Health, juli 2012. <http://www.hivlawcommission.org/resources/report/FinalReport-Risks,Rights&Health-EN.pdf>

⁷⁵ Recommendation No. R (87) 25 concerning a common European public health policy to fight Aids (adopted by the Committee of Ministers on 26 November 1987)

menhenger⁷⁶. Blant anbefalingene er at det ikke bør iverksettes isolering av hivpositive, at testing bør være frivillig og ledsaget av rådgivning, og at personvern hensyn tilsier taushetsplikt som hovedregel, men at det under visse omstendigheter kan være aktuelt å gi opplysninger til partner hvis pasienten selv ikke informerer om smittestatus.

I vedlegget til *Recommendation No. R (93) 6 of the Committee of Ministers to member states concerning prison and criminological aspects of the control of transmissible diseases including aids and related health problems in prison*⁷⁷ heter det i del II. Criminological aspects:

«27. The priority in controlling transmissible diseases, including HIV/Aids, is the introduction of preventive measures and information designed to develop awareness and a sense of responsibility among the public.

28. Sanctions relating to the transmission of transmissible diseases and HIV/Aids should be envisaged within the context of existing offences, and the institution of criminal proceedings should be considered as a last resort.

29. Such criminal proceedings should be aimed at sanctioning those who, in spite of information and awareness-building campaigns to prevent the spread of HIV/Aids, have nevertheless endangered the lives, physical integrity or health of others.

30. Health care officials or practitioners who have violated norms and practices designed to prevent the spread of transmissible diseases, or who do not fulfil their duty to treat individuals infected by HIV/Aids, should be liable to disciplinary sanctions and, if appropriate, be subject to the criminal laws in force.»

Når det gjelder smittevern i fengsler, anbefales i vedlegget del I blant annet at innsatte informeres om behovet for desinfeksjon av injeksjonsutstyr og at desinfeksjonsmiddel gjøres tilgjengelig. Se også punkt 8.3.9 om FN-organers anbefalinger vedrørende smittevern i fengsler.

⁷⁶ Recommendation No. R (89) 14 of the Committee of Ministers to member states on the ethical issues of hiv infection in the health care and social settings (adopted by the Committee of Ministers on 24 October 1989 at the 429th meeting of the Ministers' Deputies).

⁷⁷ Recommendation No. R (93) 6 of the Committee of Ministers to member states concerning prison and criminological aspects of the control of transmissible diseases including aids and related health problems in prison (adopted by the Committee of Ministers on 18 October 1993 at the 500th meeting of the Ministers' Deputies).

Ministerkomiteen har etter det utvalget er kjent med, ikke senere avgitt anbefalinger eller andre uttalelser av direkte relevans for de sentrale spørsmålene i utvalgets arbeid.

8.4.3 Europarådets parlamentarikerforsamling

Europarådets parlamentarikerforsamling har avgitt flere resolusjoner og anbefalinger vedrørende hiv og aids.⁷⁸

I *Recommendation 1080 (1988) on a co-ordinated European health policy to prevent the spread of Aids in prisons* anbefaler parlamentarikerforsamlingen Ministerkomiteen å invitere medlemsstatene til blant annet å informere så vel fengselsansatte som innsatte om hiv, ha tilbud om hivtesting for innsatte, gjøre kondomer tilgjengelig for innsatte, forebygge ulovlig innføring av rusmidler og injeksjonsutstyr i fengslene, tilby rusmiddelavhengige hjelp og, som en siste utvei, gi tilgang til rent injeksjonsutstyr. Det ble også anbefalt at European Committee on Crime Problems (CDPC) skulle utarbeide standard minimumsregler for behandling av hivpositive i fengsel med utgangspunkt i anbefalingen. Det ble etablert en ekspertkomité⁷⁹ som skulle se nærmere på flere av spørsmålene som ble tatt opp i anbefalingen. Utkommet av CDPCs og ekspertkomiteens arbeid var en anbefaling til medlemsstatene, vedtatt av Ministerkomiteen 18. oktober 1993 (R (93)6), jf. punkt 8.4.2. Se også punkt 8.3.9 om smittevern i fengsler.

I *Recommendation 1116 (1989) on Aids and human rights* punkt 8 D heter det at parlamentarikerforsamlingen

«D. invite the member states of the Council of Europe:

1. to make all necessary arrangements for protecting the confidentiality and/or anonymity of seropositive persons and AIDS victims ;

⁷⁸ Se bl.a. Resolution 812 (1983) on the acquired immune deficiency syndrome (Aids), Recommendation 1080 (1988) on a co-ordinated European health policy to prevent the spread of Aids in prisons, Recommendation 1116 (1989) on Aids and human rights, Resolution 1399 (2004), Resolution 1399 (2004) on a European strategy for the promotion of sexual and reproductive health and rights, Recommendation 1675 (2004) on a European strategy for the promotion of sexual and reproductive health and rights og Resolution 1536 (2007) on HIV/Aids in Europe.

⁷⁹ Select Committee of Experts on Criminological and Prison Aspects of the Control of Transmissible Diseases, including AIDS and related Health Problems in Prison (including the problems of treating prisoners who are drug addicts or AIDS victims (PC-R-SI).

2. not to apply Article 5, paragraph 1.e, of the European Convention on Human Rights to justify automatic isolation or hospitalisation solely on grounds that the applicant or holder is infected by the HIV virus ;
3. not to refuse the right of asylum on the sole ground that the asylum-seeker is contaminated by the HIV virus or suffers from AIDS ;
4. where appropriate, to apply only in conformity with the principles of common law the concept of criminal liability to persons who, while knowing that they carry the virus, have transmitted it to other persons by having sexual relations with them, provided that no coercion was involved and the other persons are adults and duly informed.»

I *Resolution 1536 (2007) HIV/Aids in Europe* viser forsamlingen blant annet til at stigma og diskriminering kan hindre arbeidet med å bekjempe hivepidemien, og til viktigheten av å sørge for at menneskerettighetene oppfylles, både for hivpositive og for mennesker i marginaliserte eller sårbare grupper med tanke på å redusere faren for å bli smittet. Det vises til en rekke av de ovennevnte dokumentene fra Europarådet og FN.

I resolusjonens punkt 11 heter det:

«11. The Assembly calls upon parliaments to:

11.1. draw up laws or amend existing legislation to define national standards of protection for those suffering from HIV/Aids, especially for people in vulnerable groups, such as women and children, with particular attention being paid to the situation of anyone having lost a close family member as a result of HIV/Aids;

11.2. review and adjust legislation to ensure that it conforms to the International Guidelines on HIV/Aids and Human Rights;

11.3. enact legislation to punish those who wilfully transmit HIV/Aids.»

8.4.4 Den europeiske komiteen for sosiale rettigheter (ECSR)

Den europeiske komiteen for sosiale rettigheter (ekspertkomiteen) (European Committee of Social Rights – ECSR), som overvåker gjennomføringen av den Europeiske sosialpakten (ESP), vurderte i en sak⁸⁰ om seksualundervisningen i

⁸⁰ ECSR's avgjørelse 30. mars 2009 i sak INTERRIGHTS v Kroatia (sak nr. 45/2007).

Kroatia var i strid med ESP art. 11 nr. 2, 16 eller 17. ECSR kom til at seksualundervisningen ikke var i strid med grunnleggende krav til helseopplæring eller var kjønnsdiskriminerende, men at noe av undervisningsmaterialet i tekst og bilde var diskriminerende overfor homofile, og i strid med art. 11 nr. 2 sett i sammenheng med diskrimineringsforbudet i fortalen til ESP. Komiteen viser i avgjørelsens punkt 45 til en tidligere uttalelse om at art. 11 nr. 2 krever at det skal gis helseopplæring gjennom hele skoletiden, og i sær i emner som forebygging av røyking og alkoholmisbruk, trafikksikkerhet, sunne spisevaner samt seksuell og reproduktiv helse, særlig forebygging av seksuelt overførbare infeksjoner og aids. I punkt 48 heter det blant annet at ikke-diskrimineringsprinsippet i fortalen innebærer at undervisningen ikke må

«[...] be used as a tool for reinforcing demeaning stereotypes and perpetuating forms of prejudice which contribute to the social exclusion of historically marginalised groups and others that face embedded discrimination and other forms of social disadvantage which has the effect of denying their human dignity».

8.5 EU

8.5.1 Innledning

Helse står på dagsorden i EU-samarbeidet i ulike sammenhenger, noe som blant kommer til uttrykk gjennom målet om «Health in all policies». Overvåking og bekjempelse av smittsomme sykdommer er én side av dette. EU er på en rekke måter involvert i arbeid for å forebygge og bekjempe særlig hiv og aids, både i regionen og globalt. Så vel Kommisjonen, Rådet og Europaparlamentet som en rekke andre EU-organer har engasjert seg i feltet.

Traktaten om opprettelsen av Den Europeiske Union (EU-traktaten) artikkel 6 slår fast at unionen skal respektere de grunnleggende rettigheter slik de er sikret i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). EU-traktaten er ikke del av EØS-avtalen.

I en uttalelse fra EU og medlemslandene på Verdensdagen for aids 2011 vises det til pågående arbeid, mål og forpliktelser, herunder Tusenårs-målene, FN's politiske erklæring juni 2011 og mål fastsatt av UNAIDS når det gjelder forebygging og bekjempelse av hiv og aids.

Avsnitt 11 og 16 lyder:

«11. The EU underlines the importance of paying special attention towards key populations at higher risk including men who have sex with men, people who inject drugs, migrants, prisoners, ethnic minorities, sexworkers and their clients. Often, these populations are marginalized and hard-to-reach, which increases their vulnerability to HIV. In this regard, we also note with concern that most young people still have limited access to sexual and reproductive health programmes that provide information, skills, services and social support. It is vital to ensure a wide access to carefully tailored programmes, services and commodities for prevention, including confidential HIV testing and counseling, affordable and high quality male and female condoms, comprehensive sex education and information, harm reduction programmes and all other available preventive measures.

[...]

16. The EU reaffirms that all people living with HIV or AIDS, especially children and young people, should benefit from the best available standards of care, treatment and support. We reiterate a need to integrate HIV/AIDS and sexual and reproductive health and rights (SRHR) into policies and programs at local, national, regional and international levels. The Member States should protect people living with HIV or AIDS from discrimination, stigmatization and deprivation of their rights and freedoms. The EU also reaffirms its involvement and support to the removal of restrictions on entry, stay and residence for people living with HIV as well as decriminalisation of homosexuality and the removal of punitive laws, which are neither the adequate response to the epidemic nor the right support to vulnerable groups.»

Utvalget har ikke kjennskap til bindende EU-regelverk (forordninger eller direktiver) som berører spørsmål av direkte relevans for utvalgets arbeid.

Av en annen karakter er den ordningen⁸¹ man i EU/EØS har for å yte helsehjelp som personer får behov for det under opphold i et annet land

⁸¹ Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger, som erstatter rådsforordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse av trygdeordninger på arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og deres familiemedlemmer som flytter innenfor Fellesskapet.

enn der de har sin faste tilknytning. Dette er også aktuelt for smittevern hjelp.⁸²

8.5.2 Charter of Fundamental Rights of the European Union

EUs charter om grunnleggende rettigheter (Charter of Fundamental Rights of the European Union)⁸³ «brings together into a single text all the personal, civic, political, economic and social rights enjoyed by people within the EU».

Rettighetene som er nedfelt i charteret, tilsvarende i stor grad de rettighetene som følger av menneskerettskonvensjonene, jf. punkt 8.2.

Charteret ble rettslig bindende innen EU da Lisboa-traktaten trådte i kraft. EU-organene må respektere rettighetene som er nedfelt i charteret. Charteret gjelder også for EU-land, men bare i gjennomføringen av EU-rett. Charteret utvider ikke EUs kompetanse utover det som følger av EU-traktaten, og EU kan ikke gripe inn mot brudd på charteret med mindre det faller innenfor EUs kompetanseområde. Charteret er ikke bindende for Norge etter EØS-avtalen.

8.5.3 Kommisjonen

Europakommisjonen vedtok i 2007 en helsestrategi for EU for perioden 2008–2013⁸⁴ som blant annet omfatter smittsomme sykdommer.

Kommisjonen kom i 2009 med en meddelelse om bekjempelse av hiv og aids i EU og nabolandene⁸⁵ og en tilknyttet handlingsplan for perioden 2009–2013⁸⁶. Handlingsplanen fastsetter som mål å bidra til å redusere antallet nye infeksjoner i alle europeiske land innen 2013, å bedre tilgang til forebygging, behandling, pleie og støtte samt å forbedre livskvaliteten for hivpositive og andre som er berørt av eller sårbare overfor hiv. Det pekes på tiltak innen politisk lederskap og involvering av sivilt samfunn, herunder å opprettholde

HIV/AIDS Civil Society Forum⁸⁷ og HIV/AIDS Think Tank⁸⁸. Videre foreslås tiltak som sikring av menneskerettigheter og motarbeidelse av stigmatisering og diskriminering, blant annet gjennom opplysningskampanjer og opplæring i sosial- og helsesektoren.

HIV/AIDS Civil Society Forum og HIV/AIDS Think Tank er etablert av Kommisjonen for å bidra med politikkgjennomføring og styrke samarbeidet mellom land, sivilt samfunn og internasjonale organisasjoner. HIV/AIDS Think Tank er et forum for informasjonsutveksling og styrking av samarbeid, og har representanter fra EUs medlemsland og naboland. HIV/AIDS Civil Society Forum er en gruppe av sentrale europeiske nettverk og ikke-statlige organisasjoner på feltet, som gir råd til HIV/AIDS Think Tank om politikkkutforming og -gjennomføring.

Kommisjonen vedtok i 2009 en tiltaksplan⁸⁹ vedrørende sikkerhet knyttet til kjemiske, biologiske, radiologiske og nukleære trusler. Dette omfatter blant annet smittespredning i terrorøye-med.

Kommisjonen fremmet i desember 2011 forslag til bedre ordninger for å møte alvorlige grenseoverskridende helsetrusler⁹⁰. Initiativet omfatter beredskap mot en rekke helsetrusler og skal sikre en gjennomkoordinert innsats i Europa i kritesituasjoner. Dette omfatter både smittsomme sykdommer og andre helsetrusler av biologisk, kjemisk eller miljømessig opprinnelse, men ikke radioaktiv stråling. Ordningen skal blant annet samordne eksisterende beredskapsordninger i EU og sikre koordinert gjennomføring av IHR (se punkt 8.3.4) i EUs medlemsstater.

Innen rammen av EUs helseprogram (tidligere folkehelseprogram) er det gitt støtte til en rekke hivrelaterede prosjekter. Noen av dem er omtalt i publikasjonen «Joining together to tackle HIV/AIDS in Europe» fra Kommisjonens generaldirektorat for helse- og forbrukersaker (DG Sanco) og Executive Agency for Health and Consumers (EAHC)⁹¹.

⁸² Se for øvrig punkt 4.3.2.2 om smittevern hjelp til utlendinger i Norge.

⁸³ 2000/C 364/01.

⁸⁴ Commission of the European Communities: White Paper - Together for Health: A Strategic Approach for the EU 2008–2013 (presented by the Commission), 23. oktober 2007 (COM(2007) 630 final).

⁸⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 26 October 2009 – Combating HIV/AIDS in the European Union and neighbouring countries, 2009–2013 [COM(2009) 569 final – Not published in the Official Journal].

⁸⁶ EU 2009–2013 Action Plan – Combating HIV/AIDS in the European Union and neighbouring countries.

⁸⁷ http://ec.europa.eu/health/sti_prevention/hiv_aids/civil_society_forum/index_en.htm

⁸⁸ http://ec.europa.eu/health/sti_prevention/hiv_aids/think_tank/index_en.htm

⁸⁹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of 24 June 2009 on Strengthening Chemical, Biological, Radiological and Nuclear Security in the European Union – an EU CBRN Action Plan

⁹⁰ Proposal for a Decision of the European Parliament and of the Council on serious cross-border threats to health, 8. desember 2011 (COM(2011) 866 final; 2011/0421 (COD))

⁹¹ Se liste over prosjekter siden 2003 på http://ec.europa.eu/health/sti_prevention/projects/index_en.htm

8.5.4 Rådet for Den europeiske union (Rådet)

EU Statement on HIV Prevention for an AIDS Free Generation⁹², godkjent av Rådet, ble gitt ut i anledning Verdens aidsdag 2005. Det vises i uttalelsen til UNGASS, jf. punkt 8.3.3, og annet arbeid på feltet. Det fokuseres på viktigheten av forebyggende arbeid for å nå målet om en aidsfri generasjon. Det uttales at de forebyggende tiltakene må tilpasses forholdene i de enkelte land, men blant annet bør omfatte flere beskrevne elementer, herunder informasjon om seksuell helse og tilgang til kondomer m.m., og helsefremmende og skadereuserende tiltak for rusmiddelbrukere, herunder substitusjonsbehandling og tilgang til rent injeksjonsutstyr.

8.5.5 Europaparlamentet

I en resolusjon⁹³ fra 2008 fokuserer Europaparlamentet på viktigheten av at flere hivpositive blir diagnostisert tidlig og kommer under behandling. Europaparlamentet oppfordrer Kommisjonen og Rådet til å utarbeide en strategi for tidlig testing og behandling. Ulike aktører oppfordres blant annet til å arbeide for å fremme menneskerettighetene og motarbeide stigmatisering og diskriminering samt å sørge for god informasjon og tilgang til gratis, anonym testing.

Europaparlamentet anmoder i en resolusjon⁹⁴ fra 2010 Kommisjonen og Rådet om å følge opp sine forpliktelser og trappe opp innsatsen for hiv/aids som et prioritert område innen global folkehelse, med menneskerettigheter som et sentralt aspekt i forebygging og behandling av hiv og aids, også i utviklingsarbeid. Det vises til en rekke tidligere dokumenter både fra EU-organer og andre organisasjoner. Under henvisning til UNAIDS' Policy Brief (se punkt 8.3.5) oppfordres Kommisjonen og Rådet til å «promote efforts towards the decriminalisation of unintentional HIV/AIDS transmission and exposure, including by encouraging the recognition of HIV/AIDS as a disability

for the purposes of existing and future non-discrimination legislation», også i politisk dialog på globalt plan og landnivå. Videre oppfordres Kommisjonen og medlemslandene blant annet til å støtte skadereduksjonsprogram for innsatte i fengsler og injiserende rusmiddelbrukere. I resolusjonen oppfordres også European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) til å samle mer kunnskap om menneskerettssituasjonen for hivpositive i Europa.

8.5.6 European Union Agency for Fundamental Rights (FRA)

European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), som ble opprettet i 2007⁹⁵, har som mandat å gi EU-institusjoner, andre organer og medlemsstater evidensbaserte råd om fundamentale rettigheter i implementeringen av EU-rett. Det heter at når FRA viser til fundamentale rettigheter, er dette i den betydning som fremgår av art. 6 nr. 2 i Traktaten om den Europeiske Union, herunder EMK, og som reflektert i Charter of Fundamental Rights of the European Union. FRAs arbeid, som fastlegges av Rådet i et femårig rammeverk, utføres som et komplement til arbeidet i andre EU-organer, Europarådet og andre internasjonale organisasjoner på menneskerettsfeltet. FRA har en særskilt samarbeidsavtale⁹⁶ med Europarådet. Fundamental Rights Platform (FRP) er et nettverk for samarbeid og informasjonsutveksling mellom FRA og sivilt samfunn.

FRA viste til Europaparlamentets resolusjon fra 2010 (se punkt 8.5.5) i et fakta-ark⁹⁷ hvor det også refereres til UNAIDS' Policy Brief når det gjelder kriminalisering av hivsmitte. FRA viser i fakta-arket til en rekke bestemmelser i Charter of Fundamental Rights of the European Union, art. 4, 8, 21, 24, 26, 35 og 45. Dette er i hovedsak rettigheter og friheter som tilsvarer de menneskerettighetene som er omtalt i punkt 8.2. Det heter at det er avgjørende for en effektiv respons overfor hiv i og utenfor EU at hivpositive sikres likebehandling og at deres fundamentale rettigheter respekteres.

⁹² World AIDS Day – EU Statement on HIV Prevention for an AIDS Free Generation, 24. november 2005 (14925/05). Se også henvisning til en rekke andre relevante dokumenter i dokumentets fotnote 1.

⁹³ European Parliament resolution of 20 November 2008 on HIV/AIDS: early diagnosis and early care (P6_TA(2008)0566; 2010/C 16 E/13).

⁹⁴ European Parliament resolution of 8 July 2010 on a rights-based approach to the EU's response to HIV/AIDS (P7_TA(2010)0284).

⁹⁵ Council regulation (EC) no. 168/2007.

⁹⁶ Agreement between the European Community and the Council of Europe on cooperation between the European Union Agency for Fundamental Rights and the Council of Europe (Official Journal of the European Union L 186/7, 15.7.2008).

⁹⁷ A rights-based approach to the EU's response to HIV/AIDS in the European Union. Contribution of the European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) to the International AIDS Conference 2010, Vienna 18–23 July.

8.5.7 The European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC)

The European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC) er et EU-byrå som ble opprettet i 2005 med det mål å styrke Europas smittevern. ECDC skal identifisere, vurdere og formidle trusler mot menneskers helse som skyldes smittsomme sykdommer.⁹⁸ Norge deltar i smittevernbyråets virksomhet etter EØS-avtalens regler om samarbeid på særlige områder utenom de fire friheter.⁹⁹

ECDC samarbeider med nasjonale folkehelseorganer i Europa for å styrke og utvikle overvåking og varslingssystemer, og driver sammen med WHO Europa epidemiologisk overvåking. ECDC og Kommisjonen samarbeider om særskilte overvåkningsprosjekter, herunder gjennomføringen av Dublin-erklæringen om bekjempelse av hiv/aids i EU og Sentral-Asia¹⁰⁰. ECDC har gitt ut en rekke rapporter og andre publikasjoner om forebygging og kontroll med smittsomme sykdommer.

ECDC uttaler i en rapport¹⁰¹ om implementeringen av Dublin-erklæringen, at Europakommisjonen bør vurdere å gi FRA i oppdrag å utføre grundig forskning og analyse vedrørende hivrelatert diskriminering i Europa.

ECDC legger i en rapport om hivtesting¹⁰² til grunn frivillighet, informert samtykke og konfidensialitet som hovedprinsipper for testing. Rapporten omtaler også en rekke andre temaer, herunder stigmatisering og fordommer hos helsepersonell som barriere for testing, samt rettslige og økonomiske dissentiver. Det heter at rettslige barrierer for testing blant annet kan være strafferegulering av homoseksuell omgang, og videre:

«In particular, criminal prosecutions for HIV transmission or exposure are unlikely to serve the interests of public health and may create a situation where remaining undiagnosed constitutes a defence for the individual.»

ECDC og European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) har i en publikasjon om forebygging og kontroll med smittsomme sykdommer blant injiserende rusmiddelbrukere¹⁰³, blant annet pekt på viktigheten av tilgang til rent injeksjonsutstyr i fengsler for å forebygge spredning av hiv, hepatitt B og hepatitt C.

8.5.8 Erklæringer fra konferanser i Dublin, Vilnius og Bremen

Norge har tatt del i avgivelsen av flere erklæringer om hiv og aids under konferanser i EU-regi.¹⁰⁴

Deltagerne på konferansen «Partnership to fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia» i Dublin i 2004 avga den såkalte Dublin-erklæringen¹⁰⁵. Der vises blant annet til relevante FN-erklæringer, jf. punkt 8.3.2 og 8.3.3. Erklæringen omfatter en rekke tiltak, blant annet å fremme universell tilgang til informasjon, veiledning og tjenester innen forebygging og behandling, overvåking og utveksling av erfaringer, økt engasjement innen forskning og utvikling samt eliminering av diskriminering og stigmatisering. Det er et rapporteringssystem knyttet til Dublin-erklæringen.

Senere samme år kom Vilnius-erklæringen¹⁰⁶ om å styrke innsatsen mot hiv og aids i Europa og nabolandene, som en oppfølging av Dublin-erklæringen. Erklæringen ble avgitt på en europeisk høynivåkonferanse i Vilnius hvor det deltok helseministre og andre representanter fra medlemslandene, medisinske eksperter, representanter for industri og sivilt samfunn.

Under konferansen «Responsibility and Partnership – Together Against HIV/AIDS» i Bremen i mars 2007 ble det avgitt en erklæring om

⁹⁸ Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr.851/2004/EF om skiping av eit europeisk senter for forebygging av og kontroll med sjukdommar (smittevernbyrået) art. 3.

⁹⁹ St.prp. nr. 45 (2004–2005) Om samtykke til godkjenning av ei avgjerd i EØS-komiteen nr. 23/2005 av 8. februar 2005 om innlemming i EØS-avtala av forordning (EF) nr. 851/2004/EF om skiping av eit europeisk senter for forebygging av og kontroll med sjukdommar (smittevernbyrået), se særlig s. 2.

¹⁰⁰ Dublin Declaration on Partnership to fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia, 24. februar 2004.

¹⁰¹ ECDC SPECIAL REPORT – Implementing the Dublin Declaration on Partnership to Fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia: 2010 progress report, September 2010, s. 177.

¹⁰² European Centre for Disease Prevention and Control: HIV testing: increasing uptake and effectiveness in the European Union. Stockholm: ECDC; 2010. Se også tilleggsrapporten ECDC Technical Report – HIV testing: increasing uptake and effectiveness in the European Union - Evidence synthesis for Guidance on HIV testing.

¹⁰³ European Centre for Disease Prevention and Control and European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction: Prevention and control of infectious diseases among people who inject drugs. Stockholm: ECDC; 2011, se særlig s. 29.

¹⁰⁴ Se omtale i departementenes strategi «Aksept og mestring – Nasjonal hivstrategi (2009–2014)» s. 49–50.

¹⁰⁵ Declaration on Partnership to fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia, Dublin, 23–24 February 2004, http://www.unicef.org/ceecis/The_Dublin_Declaration.pdf

¹⁰⁶ «Vilnius Declaration» on Measures to Strengthen Responses to HIV/AIDS in the European Union and in the Neighbouring Countries from the Ministerial Conference «Europe and HIV/AIDS – New Challenges, New Opportunities», 16 – 17 September 2004.

bekjempelse av hiv og aids (Bremen-erklæringen)¹⁰⁷. Konferansen ble arrangert av formannskapet¹⁰⁸ for Rådet for Den europeiske union, og blant deltagerne var representanter for helsemyndigheter i EU-stater og naboland, internasjonale partnere og Europakommisjonen. Det ble vist til de to ovennevnte erklæringene fra Dublin og Vilnius, flere FN-erklæringer samt Europakommisjonens handlingsplan for bekjempelse av hiv og aids i EU og nabolandene for perioden 2006–2009. Det ble blant annet fokusert på universell tilgang til kunnskapsbasert hivforebygging, utveksling av erfaringer i forebyggingsarbeid, bedring av opplysningsarbeid om seksuell helse mv. Arbeid for å fremme menneskerettighetene, herunder å motarbeide diskriminering, var også blant temaene. Deltakerne forpliktet seg til å involvere partnerorganisasjoner som WHO, UNAIDS, the Global Fund to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria (GFATM), ECDC, EMCDDA, samt sivilt samfunn og privat sektor, blant annet for å bedre samarbeidet for å sikre behandling til overkommelig kostnad. Erklæringen inneholder også oppfordringer til Kommisjonen, sivilt samfunn og privat sektor (media, arbeidsgivere, fagforeninger¹⁰⁹ og farmasøytisk industri).

8.6 Oppsummering

Fremstillingen ovenfor viser at en rekke internasjonale organer har avgitt uttalelser som på ulike måter har relevans for temaer innen utvalgets mandat.

Det kan også nevnes at ILO (International Labour Office) har utarbeidet *An ILO code of practice on HIV/AIDS and the world of work*¹¹⁰ (2001) som berører en rekke temaer, blant annet ikke-diskriminering, testing, konfidensialitet, forebygging og opplysningsvirksomhet.

Videre har Verdensbanken gitt ut *Legal Aspects of HIV/AIDS – A Guide for Policy and Law Reform*¹¹¹ (2007) som kommenterer en rekke

aspekter, herunder også strafferegulering knyttet til smitteoverføring og smittefare.

I folkeretten – som på andre rettsområder – er visse kilder bindende eller skal tillegges stor vekt (i folkeretten ofte omtalt som «hard law»), mens andre kilder er av mindre betydning, selv om de kan være tolkningsmomenter og også på andre måter vil kunne ha betydning utover den begrensede vekt de tillegges rent rettslig («soft law»). Blant annet vil rekommandasjoner og annen «soft law» kunne bli brukt av håndhevingsorganer for å belyse og/eller klargjøre det nærmere innholdet av mer bindende tekster.

Som nevnt i punkt 8.2.1 er konvensjonene det eneste folkerettslig bindende regelverket på menneskerettsfeltet.¹¹² EMDs dommer i medhold av EMK er en tung rettskilde ved tolkning av konvensjonen, og den enkelte stat er forpliktet etter konvensjonen til å respektere dommer som går staten imot. Det legges også stor vekt på uttalelser fra andre konvensjonsorganer, for eksempel de generelle kommentarene (General Comments) til de ulike FN-konvensjonene.

«Soft law» er ikke bindende for landenes tolkning og gjennomføring av menneskerettighetene. Erklæringer som landene har vært med på å avgi, kan imidlertid være forpliktende på andre måter, selv om de ikke er rettslig bindende, for eksempel ved at landene har påtatt seg en politisk forpliktelse til å øke innsatsen og ressursene på et felt.

Mange erklæringer og uttalelser har et globalt siktemål og reflekterer ikke nødvendigvis de store kulturelle forskjellene mellom regioner og stater. Statene står ganske fritt når det gjelder hvilken vekt de tillegger «soft law» i sine vurderinger av hva som er forenlig med menneskerettighetene. De vil derfor i stor utstrekning kunne ta hensyn til nasjonale forhold, så lenge forståelsen er forenlig med konvensjonstekstene med kommentarer fra konvensjonsorganene og praksis fra EMD.

I EU-sammenheng er det særlig traktaten og rettsakter i form av forordninger og direktiver, samt vedtak i medhold av disse, som er bindende. For Norges del er dette begrenset til EØS-avtalen, herunder de rettsakter som er gjort til en del av EØS-avtalen. Rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen har også stor betydning.

Utvalget konstaterer at det ikke foreligger «hard law» av direkte betydning for spørsmålet om det er forenlig med menneskerettighetene å

¹⁰⁷ Bremen Declaration on Responsibility and Partnership – Together Against HIV/AIDS, 13. mars 2007.

¹⁰⁸ Tyskland første halvår 2007.

¹⁰⁹ Under henvisning til *An ILO code of Practice on HIV/AIDS and the world of work*, International Labour Organization 2001.

¹¹⁰ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_protect/-protrav/-ilo_aids/documents/normativeinstrument/kd00015.pdf

¹¹¹ <http://siteresources.worldbank.org/INTHIVAIDS/Resources/375798-1103037153392/LegalAspectsOfHIVAIDS.pdf>

¹¹² EUs charter om grunnleggende rettigheter er bindende i EU, jf. punkt 8.5.2, men gjelder ikke for Norge gjennom EØS-avtalen.

anvende straff for smitteoverføring og det å utsette andre for smittefare. Verken konvensjoner som Norge har ratifisert, konvensjonsorganenes kommentarer eller dommer fra EMD berører dette temaet direkte. Det kan heller ikke utledes noe sikkert om dette av konvensjonene. Det samme gjelder EØS-retten. De uttalelser som foreligger om temaet, har klart karakter av «soft law».

Utvalget legger således til grunn at det ikke i seg selv er i strid med menneskerettighetene at et

land har straffebestemmelser som enten direkte retter seg mot smitteoverføring og smittefare, eller rammer dette på annen måte, jf. punkt 8.2.3.

De fleste erklæringer, uttalelser mv. som har en viss relevans for dette spørsmålet og utvalgets arbeid for øvrig, gjelder hiv og aids. Utvalget har i svært liten grad funnet uttalelser vedrørende andre smittsomme sykdommer, selv om tuberkulose, malaria og hepatitt er nevnt i noen sammenhenger, i første rekke sammen med hiv/aids.

Kapittel 9

Medisinsk og samfunnsvitenskapelig kunnskapsgrunnlag

9.1 Innledning

I henhold til mandatet skal utvalget blant annet «samle og vurdere kunnskap om hvorvidt det er hensiktsmessig å bruke straffeloven for å rettsforfølge smittefarlig adferd, og i så fall hva slags adferd som bør kunne straffefølges, jf smittevernlovens formål om å beskytte samfunnet mot overføring av smittsomme sykdommer». I dette arbeidet skal utvalget blant annet vurdere «kunnskapsgrunnlaget om eventuelle individual- eller allmennpreventive virkninger av strafferegulering når det gjelder hiv, herunder hvorvidt gjeldende regulering virker diskriminerende, har negativ betydning for den enkeltes atferd, beskyttelsesstrategier og villighet til test», samt vurdere og drøfte «ny kunnskap om risiko for overføring av smitte fra en hivpositiv under effektiv behandling (med lave eller ikke påvisbare celletall¹) ved ubeskyttet sex, i forhold til hvilken juridisk vekt dette aspektet bør tillegges». Det heter at eventuelle kunnskapshull på området skal synliggjøres.

Dette kapitlet behandler flere sider ved faktagrunnlaget for utvalgets vurderinger. Det dreier seg om medisinske aspekter, noe om hvordan seksualitet kan forstås og utøves, også i lys av faren for seksuelt overførbare sykdommer, og noe om smittevernens organisering. Dette gir kapitlet et heterogent preg, ikke bare innholdsmessig, men fordi det er ulike fagvinklinger som er benyttet i de ulike avsnittene. Deler av stoffet er basert på biologisk kunnskap slik situasjonen er i dag, deler er basert på empirisk baserte studier og forsøk på å forklare funnene i disse. Samtidig er da en kritisk vurdering av disse studiene av stor interesse. Atter andre avsnitt er mer beskrivende.

I og med at hiv er spesielt nevnt i mandatet, og det i hovedsak er overføring eller fare for overføring av hivsmitte som har ført til straffefølgning de siste tiårene, finner utvalget at det er viktig med et godt kunnskapsgrunnlag om de medi-

sinske sidene ved hiv. En redegjørelse for sykdommens årsaker, forløp, behandling og visse andre aspekter, utarbeidet av professor emeritus dr. med. Stig S. Frøland, som er medlem av utvalget, er derfor inntatt som vedlegg 1 til utredningen. Enkelte hovedtrekk gjengis i punkt 9.2 sammen med kortfattede opplysninger om en del andre smittsomme sykdommer og forekomsten av disse i Norge.

I punkt 9.3 redegjøres for det samfunnsvitenskapelige kunnskapsgrunnlaget utvalget bygger på. Punkt 9.3.2 omhandler studier som kan belyse betydningen av strafferegulering for folks atferd når det gjelder usikker sex, villighet til test og beskyttelsesstrategier, jf. mandatet. I punkt 9.3.3 redegjøres for ulike studier om seksualvaner som er av interesse som et mer generelt bakteppe hva gjelder befolkningens atferd av betydning for sykdommer som overføres ved seksuell omgang. Risikogrupper når det gjelder hiv, omtales kort i punkt 9.3.4. I punkt 9.3.5 redegjøres for noen betraktninger og teorier rundt seksualvaner og smittebeskyttelse. I punkt 9.3.6 fremsetter utvalget enkelte hypoteser om betydningen av kulturkrets m.m. I punkt 9.3.7 omtales kort en undersøkelse av befolkningens kunnskap om og holdninger vedrørende hiv.

I punkt 9.4 redegjøres kort for smittevernarbeidet, både hva gjelder primærforebygging, smittevernhjelp i helsetjenesten og organiseringen av smittevernarbeidet i kommunene. Om lovgrunnlaget for smittevernarbeidet vises til kapittel 4 om smittevernloven.

9.2 Medisinsk kunnskap og opplysninger om sykdomsforekomst

Smittevernloven omfatter alle smittsomme sykdommer, men fastsetter særlige plikter og hjemler for tiltak vedrørende det som regnes som allmennfarlige smittsomme sykdommer. Loven har en definisjon av begrepet, og det er i forskrift fast-

¹ Det siktes her trolig til virusmengde i blodet (ikke celletall).

satt hvilke sykdommer som er å anse som allmennfarlige smittsomme sykdommer, se punkt 4.3.2.3 og vedlegg 2. Begrepet er brukt også i straffeloven 1902 § 155 og den vedtatte straffeloven 2005 § 237, men som nevnt i punkt 5.2.2.5 og 5.3.6, vil smittevernlovens definisjon og forskriftsfastsatte liste ikke være avgjørende i straffesaker selv om det er naturlig å ta utgangspunkt i disse kildene. I straffeloven 1902 § 154 brukes begrepet «farlig smittsom sykdom», jf. punkt 5.2.3.

Listen over allmennfarlige smittsomme sykdommer omfatter sykdommer som smitter på ulike måter.

En del av sykdommene smitter ved direkte kontakt mellom mennesker (hud eller slimhinner), og flere av disse særlig ved seksuell omgang (i hovedsak samleie), men kan for eksempel også smitte fra mor til barn under svangerskap, fødsel eller amming (vertikal smitte).

Listen omfatter også en rekke sykdommer som smitter ved dråpesmitte, luftbåren smitte eller indirekte kontakt, og derved smitter ved vanlig sosial omgang eller ferdsel på offentlige steder. Dråpesmitte er en spesiell form for kontaktsmitte hvor smittestoffet slynges ut med større dråper, for eksempel ved hoste, nysing eller snakking. Dråpene har ikke lenger radius en ca. en meter. Luftbåren smitte skyldes smitte med infiserte støvpartikler eller med dråper som er mye mindre enn ved dråpesmitte, såkalte dråpekjerner via aerosoldannelse i tekniske innretninger. Disse kan holde seg mye lenger i luften enn de større dråpene ved dråpesmitte, og kan derfor smitte over mye lengre distanser enn dråpesmitte. Indirekte kontaktsmitte er det tale om når smitte overføres via gjenstander som håndklær, instrumenter, termometre, spisebestikk etc.

Videre omfatter listen visse sykdommer som smitter ved at smittestoff fra en persons tarm via vann, matvarer eller på annen måte inntas av andre. Slike sykdommer kan for eksempel spres ved uhell eller dårlig hygiene i næringsmiddelindustri eller serveringssteder.

Listen omfatter videre enkelte sykdommer hvor smitte skjer for eksempel fra dyr til menneske eller fra vann eller jordsmonn. Slike sykdommer kan også i noen tilfeller spres ved uhell eller dårlig arbeid. Noen sykdommer kan også spres med hensikt som sabotasje eller terror.

Enkelte andre smitemåter kan dessuten være aktuelle for noen av sykdommene, for eksempel gjennom overføring av blod eller blodprodukter eller ved overføring ved insekt eller lignende dyr (vektorbåren smitte).

Smittsomme sykdommer forårsakes i hovedsak av bakterier og virus, men kan også skyldes protozoer (bevegelige, encellede organismer) og sopparter. Visse sykdommer i sentralnervesystemet kan også forårsakes av en type proteiner, såkalte prioner.

Nedenfor følger en kort omtale av en del alvorlige smittsomme sykdommer som et medisinsk kunnskapsgrunnlag. Opplysningene er i hovedsak hentet fra Nasjonalt folkehelseinstituttets publikasjon *Smittevernboka*. Sykdommene omtales i alfabetisk rekkefølge. De seksuelt overførbare infeksjonene klamydia, gonoré og syfilis omtales ikke separat, men se samlet omtale til slutt.

Som det fremgår i punkt 11.2.2.3, 11.2.3 og 11.3.2, finner utvalget det ikke hensiktsmessig med en kobling mellom smittevernlovens liste over allmennfarlige smittsomme sykdommer og straffebestemmelsene som utvalget foreslår.

Omtalen nedenfor omfatter visse av de allmennfarlige smittsomme sykdommene, men de følgende omtales ikke enten fordi de ikke forekommer i Norge og det er lite aktuelt med spredning etter importtilfeller, eller fordi de smitter på en måte som er lite aktuell som grunnlag for straffeforfølgning (vektorbåren smitte, for eksempel mygg, og dråpesmitte):

Alvorlig, akutt luftveissyndrom – SARS

Difteri

Flekktufus

Gulfeber

Hemoragisk feber

Hepatitt E-virusinfeksjon

Kikhoste

Kolera

Kopper

Lepa

Meningokokksykdom

Pest

Rabies

Tilbakefallsfeber

Tuberkulose

Sykdom forårsaket av meticillin-resistente gule stafylokokker

Sykdom forårsaket av multiresistente pneumokokker

Sykdom forårsaket av vancomycin-resistente enterokokker

Enkelte sykdommer som ikke regnes som allmennfarlige i henhold til den forskriftsfastsatte listen, omtales derimot fordi de har forårsaket sykdomsutbrudd i Norge siste tiår og straffeforfølgning kan være aktuelt. Hva gjelder sykdommer som kan spres via vann og mat, se også *Årsrapport*

– *Næringsmiddelbårne infeksjoner og utbrudd i 2011 – Meldingssystem for smittsomme sykdommer (MSIS) og Vevbasert system for utbruddsvarsling (Vesuv)* fra Nasjonalt folkehelseinstitutt.

Se punkt 11.2 om utvalgets vurderinger av hvilke typer sykdommer som kan være aktuelle for straffeforfølgning og under hvilke omstendigheter. I punkt 11.2.2 omtales smitteoverføring (direkte eller indirekte) mellom mennesker, se særlig punkt 11.2.2.3 om aktuelle sykdommer. I punkt 11.2.3 omtales smittespredning gjennom luft, vann og næringsmidler mv.

Botulisme

Botulisme er en nevroparalytisk sykdom som forårsakes av toksiner produsert av bakterien *Clostridium botulinum*, en sporedannende anaerob stavbakterie. Bakteriesporene forekommer i jordsmonn, søle og sediment og i tarmkanalen hos fisk og andre dyr. Botulisme smitter ikke fra person til person. Tre forskjellige former av botulisme er beskrevet. Botulisme forårsakes som oftest av næringsmidler som inneholder toksiner. Spedbarn kan bli smittet gjennom inntak av sporer i maten – særlig i honning – som på grunn av spedbarns spesielle tarmmiljø spirer og danner toksiner. Sårbotulisme smitter gjennom jordforurenset sår ved for eksempel injiserende rusmiddelbruk. I Norge forekommer alle tre typene av botulisme. Utbrudd av botulisme i Norge forårsakes i dag vanligvis av inntak av forurenset, hjemprodusert rakefisk og spekemat. I perioden 1977 til 2011 er det til MSIS totalt meldt 48 tilfeller av botulisme, hvorav 35 næringsmiddelbårne. Botulisme er vanskelig å kurere, det er i første rekke tale om støttebehandling. Botulintoksinet er en av de mest kjente potente naturlige gifter og har et potensial som biologisk stridsmiddel ved at toksinet spres gjennom næringsmidler som med hensikt blir forurenset.

E. coli – sykdom forårsaket av entero patogen *E. coli* (enterohemoragisk *E. coli*/EHEC, enteroinvasiv *E. coli*/EIEC, enteropatogen *E. coli*/EPEC, enterotoksigen *E. coli*/ETEC, enteroaggregativ *E. coli*/EAggEC)

Escherichia coli (*E. coli*) finnes i tarmens normalflora hos alle mennesker og varmblodige dyr. Disse bakteriene er vanligvis ufarlige så lenge de oppholder seg i tarmen. Det finnes imidlertid noen grupper av *E. coli* (som ikke er del av normalfloraen) som er beskrevet som årsak til ulike typer tarminfeksjoner hos mennesker. De fire van-

ligste er enterohemoragiske (EHEC), enteroinvasive (EIEC), enteropatogene (EPEC), som deles inn i typiske EPEC (tEPEC) og atypiske EPEC (aEPEC), og enterotoksigene (ETEC) *E. coli*. Sykdommen forårsakes av bakterier som kan spres via mat eller vann eller overføres ved direkte kontakt (fekal-oral). Sykdommen kan ikke kureres. Langvarig bærertilstand av tarmpatogene *E. coli* er sjelden, med unntak av EPEC. Langvarig bærertilstand hos barn med EHEC-infeksjon sees fra tid til annen. I 2011 ble det meldt 303 tilfeller av *E. coli*-enteritt til MSIS. Det er registrert tre dødsfall (2004, 2006, 2009) som følge av EHEC-infeksjon i Norge. Alle tre var barn som hadde utviklet hemolytisk uremisk syndrom.

Giardiasis

Giardiasis er en protozoainfeksjon forårsaket av *Giardia lamblia* (også kalt *Giardia duodenalis*) som er den hyppigst forekommende tarmflagellat i Norge. Infeksjon er vanligvis asymptomatisk og gir ofte langvarig bærerskap. Mennesker blir antagelig hovedsaklig smittet direkte eller indirekte fra andre personer, men smitteoverføring kan også i sjeldne tilfeller forekomme gjennom forurenset drikkevann og matvarer. Protozoen kan også overføres seksuelt gjennom oral-anal kontakt. I Norge påvises protozoen vanligvis ved rutineundersøkelser hos innvandrere, flyktninger, asylsøkere og adoptivbarn. Også en betydelig del av pasienter av norsk opprinnelse er smittet utenlands. De siste 20 årene har man i Norge sett en gradvis økende insidens av giardiasis. Dette skyldes trolig økt innvandring og økt reiseaktivitet til endemiske områder. Mindre utbrudd i barnehager er også rapportert i Norge, og det forekommer ofte sekundært tilfeller innen barnehager og familier. Det er tilstrekkelig med en lav smittedose. Pasientene er smitteførende så lenge det er cyster i avføringen, det vil si opptil seks måneder. Det ble i 2011 meldt 234 tilfeller til MSIS. Sykdommen kan behandles med legemidler.

Giardia er resistent mot klor, og den drepes derfor ikke ved vannbehandlingen i de fleste store norske vannverk. Parasitten holdes derimot effektivt tilbake av membranfilteranlegg og anlegg med kjemisk felling på sandfiltre under forutsetning av at driften er god. UV-bestråling av drikkevann inaktiverer cystene. Det var i 2004 et utbrudd av giardiasis som følge av spredning fra en drikkevannskilde i Bergen. Et stort antall personer ble syke, noen med langvarige plager.

Hepatitt A-virusinfeksjon

Hepatitt A er en virusinfeksjon som kan forårsake leverbetennelse. Hepatitt A-viruset (HAV) er et virus i slekten hepatovirus som tilhører familien picornaviridae. Sykdommen kan ikke kureres med medisinsk behandling, men de aller fleste pasienter blir friske etter et naturlig sykdomsforløp. Smitte med hepatitt A-virus fører ikke til kronisk infeksjon, bærertilstand eller kronisk lever sykdom. Gjennomgått infeksjon hindrer sykdom ved nysmitte.

Det finnes vaksine mot hepatitt A, og sykdom kan forebygges etter smitte ved tilførsel av immunglobulin i de første 14 dager etter smitteoverføringen.

Hepatitt B-virusinfeksjon

Hepatitt B er en sykdom forårsaket av hepatitt B-virus (HBV) som er et virus i familien hepadnaviridae. Smitte kan gi akutt hepatitt (leverbetennelse), men kan også føre til en kronisk infeksjon som kan forårsake alvorlig leversykdom, eventuelt levercirrhose («skrumplever»). Det er også økt risiko for leverkreft, og kroniske revmatiske sykdommer med alvorlig forløp sees i enkelte tilfeller som reaksjon på viruset.

Sykdommen spres ved direkte kontaktsmitte gjennom seksuell kontakt eller blodkontakt. Inokulasjonssmitte kan skje gjennom kontaminerte sprøytespisser ved sprøytedeling og stikkuehell og gjennom kontaminerte blodprodukter. Transmisjonsraten etter stikkskade med smittet blod regnes til 10–30 %. Det er stor risiko for perinatal overføring fra smitteførende mor til barn under svangerskap og fødsel. Uten neonatal profylakse vil 90 % av barn født av smittede mødre som er HBeAg-positive, bli kroniske bærere i løpet av første leveår. Spytt kan inneholde virus, men spiller antagelig en liten rolle i overføring av virus. Sykdommen smitter ikke fekal-oralt eller gjennom næringsmidler. Alle er smitteførende i inkubasjonstiden (45–180 dager, vanligvis 60–90 dager).

Ved akutt infeksjon gis vanligvis kun symptomatisk behandling. Kronisk hepatitt B kan behandles med immunstimulerende og antivirale midler. Mål for behandlingen er å redusere viruskonsentrasjonen i blod og dermed risikoen for å utvikle leverskade. Behandling kan være nødvendig i mange år, og resistens er ikke uvanlig. Man regner med at kronisk hepatitt B kan behandles tilfredsstillende i ca. 90 % av tilfellene. Gjennom mutasjoner har viruset stor evne til å utvikle resis-

tens mot antivirale medikamenter og samtidig opprettholde høy produksjon.

Det finnes vaksine som tilbys særlig utsatte grupper. Posteksposisjonsprofylakse med spesifikt immunglobulin kan anvendes etter stikkskader, slimhinneeksponering og seksuell eksposisjon.

Hepatitt B-smitte i Norge forekommer spesielt blant injiserende rusmiddelbrukere og deres seksualkontakter. I perioden 1995 til 2008 var det et landsomfattende utbrudd blant injiserende rusmiddelbrukere. Bærertilstand med HBV er hyppigst hos adoptivbarn og innvandrere fra mellom- og høyendemiske områder. I 2011 ble det til MSIS meldt 56 tilfeller av akutt hepatitt B-infeksjon, de fleste smittet ved injeksjon av rusmidler eller seksuell omgang, og 706 tilfeller av hepatitt B-bærertilstand, de fleste hos personer av utenlandsk herkomst.

Hepatitt C-virusinfeksjon

Hepatitt C er en sykdom forårsaket av hepatitt C-virus (HCV) som er et virus i familien flaviviridae. Infeksjonen får hos 50–85 % av de smittede et kronisk forløp der en del utvikler en kronisk aktiv hepatitt med risiko for utvikling av levercirrhose («skrumplever»). Det er også en økt risiko for leverkreft som særlig sees hos pasienter med cirrhose. I enkelte tilfeller sees kroniske revmatiske sykdommer som reaksjon på viruset. Hepatitt C utgjør størstedelen av antall meldte hepatitttilfeller i Norge, og smitte forekommer i dag i all hovedsak blant injiserende rusmiddelbrukere.

Inokulasjonssmitte kan skje gjennom kontaminerte sprøytespisser o.l. ved sprøytedeling og stikkuehell og gjennom kontaminerte blodprodukter. Smitteoverføring i rusmiddelbrukermiljøer ved deling av annet brukerutstyr som kokekar og filter, er mulig. Det er risiko for perinatal overføring fra smitteførende mor til barn under svangerskap og fødsel. Smitte gjennom seksuell omgang eller blodkontakt forekommer, men transmisjonsraten er svært lav. Seksuell smitte er blitt rapportert i miljøer med seksuell praksis som kan medføre slimhinneskader i rektum blant annet ved bruk av sexleketøy og ved innføring av fingre og hånd i rektum. Helsepersonell er utsatt for smitte ved stikk- og kuttskader. Smitteoverføring av HCV i forbindelse med helsehjelp er påvist, blant annet gjennom kontaminerte immunglobulinpreparater inkludert anti-D immunglobulin. Transmisjonsraten ved stikkuehell er lav (ca. 3–5 %), ved perinatal smitte ca. 10 %. Reinfeksjon

forekommer. Det finnes ikke vaksine eller posteksponeringsprofylakse mot hepatitt C.

Hovedmålet med medikamentell behandling er å eradikere viruset og dermed stanse utvikling av leverbetennelse. Et flertall av dem som får slik behandling, blir varig virusfrie. Behandlingen kan gi hyppige og til dels alvorlige bivirkninger.

I 2011 ble det til MSIS meldt 1676 tilfeller av hepatitt C. Det er ikke mulig å si hvor mange av disse som var akutte tilfelle. De fleste (86 %) var antatt smittet i Norge. Av de 42 % av tilfellene hvor antatt smittevei er meldt til MSIS, var 83 % smittet ved sprøytebruk. Innvandrere antatt smittet i opprinnelig hjemland utgjør en liten del (12 % i 2011) av de diagnostiserte tilfellene av hepatitt C.

Hepatitt D-virusinfeksjon

Hepatitt D-virus (HDV) er et inkomplett RNA-virus og kan bare overføres sammen med HBV eller smitte personer som allerede er kroniske bærere av HBV. Infeksjon med HDV hos en hepatitt B-smittet gir vanligvis en alvorligere akutt hepatitt eller alvorligere utvikling av kronisk hepatitt. Infeksjon med HDV gir kronisk bærerskap, såfremt kronisk HBV også er til stede. Hepatitt D spres gjennom kontaminerte sprøytespisser ved sprøytedeling og gjennom kontaminerte blodprodukter. Hepatitt D er sjelden blant kroniske hepatitt B-bærere som er seksuelt smittet. Ved alvorlig leversvikt hos personer med HDV bærerskap (også HBV bærerskap) kan immunstimulerende midler og eventuelt antiviral behandling være aktuelt. Hepatitt D var nominativt meldingspliktig i MSIS i perioden 1991–2002. I denne perioden ble det meldt 13 tilfeller av hepatitt D, alle hos injiserende rusmiddelbrukere.

Hivinfeksjon

Hivinfeksjon er en virussykdom som i hovedsak smitter seksuelt, ved blodsmitte og fra mor til barn. Infeksjonen forårsakes av humant immunsviktivirus (hiv) som er et virus i familien retroviridae. Det finnes flere typer av viruset. Sykdommen vil over tid medføre redusert immunforsvar slik at opportunistiske infeksjoner og spesielle kreftsykdommer opptrer. Hivinfeksjon kan resultere i hivsykdom og aids. Sykdommen kan ikke kureres, men det er utviklet en rekke legemidler som har redusert sykkeligheten og dødeligheten vesentlig. Behandlingen må følges kontinuerlig og kan gi betydelige bivirkninger. Se for øvrig vedlegg 1.

Ifølge tall fra Nasjonal folkehelseinstitutt er det meldt nesten 5000 tilfeller av hivinfeksjon til MSIS (Meldingssystem for smittsomme sykdommer) i perioden 1984 til og med 2011, hvorav ca. to tredeler menn og en tredel kvinner. Rundt halvparten er smittet heteroseksuelt, av disse er ca. to tredeler smittet før ankomst til Norge. Dessuten er en del personer som er bosatt i Norge, smittet i utlandet. Nesten en tredel av det totale antallet er smittet homoseksuelt. Blant de øvrige er infisert injeksjonsutstyr ved rusmiddelbruk den vanligste årsaken, men det siste tiåret har det bare vært i overkant av 100 slike tilfeller. Smitte via overføring av blod/blodprodukter har nesten ikke forekommet det siste tiåret. Smitteoverføring fra mor til barn har skjedd i ca. 40 tilfeller siste tiår. Det siste tiåret har antallet nye hivdiagnoser årlig ligget mellom 200 og 300, det vil si betydelig høyere enn i 1990-årene. Dette skyldes i hovedsak et økt antall personer som er smittet før ankomst til Norge, og økning i smitte blant menn som har sex med menn.

Legionellose

Legionellose er en bakteriell sykdom som forårsakes av legionellabakterien. Det er en rekke arter og underarter av legionellabakterien, hvorav minst 20 arter er sykdomsframkallende hos mennesker. Den viktigste er *Legionella pneumophila*. Legionellose kan manifestere seg som to ulike sykdomsbilder. Legionærsykdom kan gi alvorlig pneumoni (lungebetennelse) med høy dødelighet. Sykdommen behandles med antibiotika. Pontiacfeber gir et mildt sykdomsbilde uten pneumoni og som vanligvis ikke trenger behandling. Sykdommen spres ved luftbåren smitte, og smitter ikke fra person til person. Bakterien overføres ved å puste inn aerosoler fra varmt- eller kaldtvannssystemer, ofte forbundet med kjøletårn, dusjanlegg, boblebad og andre innretninger som avgir aerosoler (f.eks. sprinkleranlegg, innendørs fontener, befuktningssystemer for frukt og grønnsaker, bilvaske maskiner og luftfuktere som lager vanntåke uten temperaturheving). Legionellabakterier er vanlig forekommende i naturen og finnes i overflatevann og i jordsmonn, men konsentrasjonen er gjennomgående lav. Innretninger som gir betingelser for oppvekst av legionellabakterier, og som sprer aerosol til omgivelsene, innebærer risiko for legionellasmitte. Legionellabakterier i aerosoler kan fraktes langt fra selve utslippspunktet (flere km) via luften, avhengig av vind og andre klimatiske forhold. Det ble i 2011 meldt 33 tilfeller av legionellose til MSIS, hvorav 21 tilfeller var opp-

stått i utlandet. Det var i perioden 2000 til 2010 flere utbrudd av legionellose i Norge, jf. punkt 5.2.3. Under det største utbruddet var det ca. 55 personer som ble syke og ti som døde.

Listeriose

Listeriose er en næringsmiddelbåren zoonose (infeksjonssykdom som overføres fra dyr til mennesker og omvendt, direkte eller via mat, vann mv.) som forårsakes av bakterien *Listeria monocytogenes*. Bakterien er utbredt overalt i naturen og finnes hos de fleste dyrearter. Bakterien kan formere seg i næringsmidler ved kjøleskapstemperatur. Enkelte bearbejdede matvarer med lang holdbarhetstid, og som spises uten videre varmebehandling, er mulige risikoprodukter. Det er også en økt risiko for at myke modningsoster kan inneholde listeriabakterier, selv om de ikke er laget av upasteurisert melk. Listeriabakterier er i hovedsak et produksjonshygienisk problem i virksomheter. Mennesker kan også smittes direkte fra infiserte dyr.

De fleste mennesker inntar av og til matvarer som inneholder listeriabakterier, uten å bli syke. Personer med nedsatt immunforsvar kan utvikle alvorlig sykdom, særlig meningitt (hjernehinnebetennelse) og sepsis (blodforgiftning). Tilstander som predisponerer for listeriose, er blant annet høy alder, immunsuppressiv behandling, graviditet, alkoholisme samt underliggende sykdom som kreft og diabetes. Bakterien kan overføres fra mor til foster/nyfødt under graviditet eller i fødselskanalen, og kan medføre livstruende sykdom hos barnet. Gravide kan smitte sitt barn uten selv å bli syk. Sykdommen behandles med antibiotika. Det finnes ingen vaksiner.

I Norge opptrer sykdommen vanligvis som sporadiske tilfeller. Tre utbrudd er beskrevet i Norge. I 1992 (seks verifiserte tilfeller, smittekilden var kjøttpålegg), i 2005 (tre tilfeller, smittekilden var pålegg på sykehus) og i 2007 (15 sykehuspasienter, smittekilden var økologisk camembert). Ved utbruddet i 2007 døde tre pasienter, hvorav én med sikkerhet av listeriose. I tillegg ble det påvist listeriose hos to dødfødte tvillinger.

Listeriose har vært nominativt meldingspliktig i MSIS siden 1991. Det har i perioden 2004 til 2011 vært meldt mellom 14 og 50 tilfeller per år, de fleste hos personer over 50 år.

Miltbrann

Miltbrann (også kalt anthrax) er en bakteriell zoonose som forårsakes av den sporedannende gram-positive staven, *Bacillus anthracis*. Sporene

er svært levedyktige og kan ligge inaktive i jordsmonnet i flere tiår for så å utløse sykdom ved kontakt med mennesker eller dyr. Mennesker smittes hovedsakelig gjennom direkte kontakt med kontaminert bein, hud, dyrehår/ull eller dyreskrotter/kjøtt. Inntak av kjøtt fra dyr som har hatt miltbrann, kan gi alimentær miltbrann. Ved spesielle forhold som eksplosjoner eller utslipp til luft, kan miltbrannsporer gi luftbåren smitte og forårsake lungemiltbrann. Injeksjon av sporeholdig materiale i bløtvev, for eksempel i forbindelse med rusmiddelbruk, kan gi injeksjonsmiltbrann. Smitte mellom mennesker er aldri dokumentert. Sykdommen kan kureres med antibiotika. De siste tiårene har miltbrann vært en svært sjelden sykdom i Norge. Sannsynlig hudmiltbrann pådratt ved håndtering av tilfelle hos storfe forekom hos en veterinær i 1967. De tre siste tilfellene hos dyr var i 1993, 1990 og 1981. Det første kjente sikre tilfellet i verden av systemisk miltbrann overført gjennom injiserende rusmiddelbruk ble diagnostisert i Oslo i 2000. Miltbrannsporer har et potensiale som et biologisk stridsmiddel ved å spre smitte til dyr og ved luftbåren spredning blant mennesker i en krigs- eller terrorsituasjon.

Paratyfoidfeber

Paratyfoidfeber (tidligere kalt paratyfus) er en infeksjon med bakterien *Salmonella paratyphi* som smitter fekalt-oralt (dvs. via avføring), som oftest ved fekal forurensing av næringsmidler. Smitte ved direkte kontakt fra person til person kan forekomme, også ved seksuell omgang. Sekundærtillfeller er ikke uvanlig, spesielt når barn er smittet. Infeksjon gir vanligvis bare en kortvarig bærertilstand over noen uker. Hos noen få vil bærertilstanden kunne vare utover tre måneder, men en varighet utover et år er ytterst sjelden. Ved eventuell gjennomgått antibiotikabehandling vil bærertilstanden kunne forlenges. Det er tilstrekkelig med en svært lav smittedose. Det har i de senere år vært meldt mellom 10 og 20 tilfeller til MSIS årlig. De fleste er blitt smittet i utlandet.

Poliomyelitt

Poliomyelitt er en virussykdom som forårsakes av poliovirus som tilhører slekten enterovirus i familien picornaviridae.

Etter utvikling av vaksiner i 1956 er sykdommen utryddet i industrialiserte land, men sykdommen eksisterer fortsatt i enkelte utviklingsland.

Sykdommen smitter ved direkte eller indirekte kontaktsmitte fra person til person ved fekal-oral kontakt, men også dråpesmitte gjennom sekret fra svelg ved hosting kan forekomme. Virusene kan også overføres med kontaminerte vannkilder. Næringsmiddelbårne utbrudd kan forekomme, men er mindre vanlig.

Akutt poliomyelitt er i 90 % av tilfellene asymptomatisk eller med svært lette symptomer. Mindre enn 1 % av de smittede utvikler pareser (delvis lammelse). De resterende utvikler et klinisk bilde med lette symptomer som feber, muskelsmerter, kvalme og oppkast i 1–2 uker. Av alle som blir smittet, utvikler 5–10 % meningitt. Ved utvikling av slappe pareser vil ca. 50 % av tilfellene gå tilbake i løpet av uker eller måneder. Større nevrologiske komplikasjoner som lammelser av svelg og respirasjonsmuskulatur kan opptre i ca. 10 % av tilfellene av paralytisk sykdom. Det finnes ingen spesifikk medisinsk behandling.

Poliomyelitt har vært nominativt meldingspliktig i MSIS siden 1975. I perioden 1975–2011 er det til MSIS meldt fem tilfeller forårsaket av vilt poliovirus. Alle disse var importtilfeller i perioden fram til 1992. Tre av pasientene var smittet i Pakistan. To av tilfellene var hos voksne, to hos innvandrerbarn etter besøk i foreldrenes hjemland, og ett tilfelle var hos et adoptivbarn fra utlandet. Ingen av disse tilfellene førte til videre innenlands spredning. Det siste innenlandstilfellet smittet med vilt poliovirus ble rapportert i 1969.

Selv om Norge og Europa lenge har vært poliofritt, foreligger i dagens globale samfunn fortsatt reell risiko for at poliosmitte kan komme til Norge.

Pseudomonasinfeksjon

Ulike arter av pseudomonasbakterier kan forårsake infeksjoner hos mennesker. Slekten *Pseudomonas* består av flere humanpatogene arter, men mest vanlig som årsak til sykdom hos mennesker er *Pseudomonas aeruginosa*, som har både toksiner og endotoksin, og kan forårsake svært alvorlige infeksjoner. De alvorligste sykdomsformene sees vanligvis hos individer med svekket immunforsvar. *Pseudomonas aeruginosa* har høy resistens mot desinfeksjonsmidler og antibiotika, bare spesielle antibiotika virker på den.

Pseudomonas er jord- og vannbakterier som finnes overalt i naturen og trives best i fuktige omgivelser. *Pseudomonas aeruginosa* finnes i tarmen i små mengder hos relativt mange mennesker. Der fuktighet får stå, vil den kunne formere seg, også i bortimot rent vann. Den finnes i liten

grad ellers i den normale flora hos mennesker, men tilførsel fra omgivelsene skjer jevnlig. *Pseudomonas* kan overføres ved direkte eller indirekte kontaktsmitte. Ettersom alle disse bakteriene trives i vann, vil fuktige steder inneholde slike mikrober, i sykehus ofte assosiert med vaskeservanter, vannkraner, vannkolber, katetre og teknisk utstyr som respiratorer etc. Legemidler som infusjonsvæsker, øyedråper, linsevæske, og til og med visse desinfeksjonsmidler kan være kontaminert.

I 2002 ble det identifisert et større pseudomonasutbrudd i Norge. Til sammen 231 pasienter i 24 ulike helseinstitusjoner fikk påvist samme utbruddsstamme av *Pseudomonas aeruginosa*. Av disse døde 71 pasienter mens de lå på sykehus. Alle disse hadde alvorlige underliggende sykdommer, men for 34 av dem var pseudomonasinfeksjonen sannsynligvis en medvirkende årsak til død. Kilden til utbruddet var forurensete munnpensler som særlig ble brukt til stell av pasienter ved intensivavdelinger.

Shigellose

Shigellose er en sykdom forårsaket av *Shigella*-bakterien. *Shigella*-genus har fire species; *S. dysenteriae* (tidligere også kalt *S. shigae*), *S. boydii*, *S. flexneri* og *S. sonnei*. De to førstnevnte er de alvorligste (den mest alvorlige er *S. dysenteriae* type 1) og forekommer oftest i utviklingsland. De to sistnevnte gir vanligvis mildere sykdomsbilder og er de hyppigst forekommende i Norge. Sykdommen rammer hovedsakelig tykktarmen og kalles også bakteriell dysenteri. I utviklingsland forekommer flest tilfeller hos barn under ti år, mens i de industrialiserte land er sykdom hos voksne vanligere. Reservoar for bakterien er kun mennesker. Sykdommen spres ved kontaktsmitte ved fekal-oral kontakt under uhygieniske forhold eller vehikkelsmitte gjennom kontaminert vann eller matvarer. Mat kan være kontaminert som følge av at de er håndtert av smitteførende personer eller blitt vasket med kontaminert vann. Sekundærttilfeller forekommer relativt ofte når barn er smittet. Den infeksjøs dose er liten. Smitteoverføring kan også skje gjennom seksuell praksis som medfører oral-anal kontakt. Bærertilstand er sjelden, men kan forekomme og kan være langvarig. Smittede er smitteførende under akutt sykdom og mens bakterien finnes i avføringen. I dag opptre sykdommen i Norge vanligvis som importtilfeller. Innenlands smitte kan forekomme, enten som sekundærttilfeller til pasienter som er smittet i utlandet eller i forbindelse med importerte, forurensete næringsmidler. I 2011

ble 163 tilfeller meldt til MSIS, hvorav 66 med Norge som oppgitt smittested. Tidligere år har denne andelen vært mindre. Sykdommen kan kureres med antibiotika.

Tyfoidfeber

Tyfoidfeber er en alvorlig systemisk bakteriell sykdom som smitter fekalt–oralt, vanligvis ved vann kontaminert med fekalt materiale eller gjennom kontaminerte matvarer som er håndtert av smitteførende personer eller som er behandlet med kontaminert vann. Smitte kan forekomme ved direkte kontakt fra person til person, også ved seksuell omgang. Sykdommen forårsakes av bakterien *Salmonella typhi*. Reservoar for bakterien er kun mennesker. Tyfoidfeber og paratyfoidfeber kan gi liknende sykdomsbilde, men tyfoidfeber er mer alvorlig og kan ubehandlet ha en dødelighet på ca. 10 %. (Eldre betegnelse på tyfoidfeber er tyfus.)

I dag forekommer tyfoidfeber i Norge hovedsakelig som importtilfeller. Tyfoidfeber kan også opptre som innenlands smitte, da vanligvis etter intrafamiliar smitteoverføring. Smittedosen er svært liten, og sekundært tilfeller er forholdsvis vanlig, spesielt når barn er smittet. Bakterien er vanligvis til stede i avføringen en uke etter symptomfrihet. *Salmonella typhi* kan av og til gi langvarig, eventuelt livsvarig bærertilstand. Kronisk bærertilstand, det vil si lenger enn et år, utvikles hos 2–5 % av de smittede. Sykdommen kan kureres med antibiotika. Det ble i 2011 meldt 15 tilfeller til MSIS, hvorav ett med smittested i Norge.

Tre seksuelt overførbare infeksjoner

Noen av de sykdommene som er omtalt ovenfor, kan overføres ved seksuell omgang.

Listen over allmennfarlige smittesomme sykdommer omfatter de tre sykdommene *chlamydia-infeksjon*, *genital (klamydia)*, *gonoré* og *syfilis*, som i Norge i dag i hovedsak smitter seksuelt.

Det har vært en økning i antallet diagnostiserte tilfeller av disse sykdommene de siste årene. Det ble i 2011 diagnostisert 22 530 tilfeller av klamydia, 368 tilfeller av gonoré og 130 tilfeller av syfilis. Det er flere kvinner enn menn som diagnostiseres med klamydia, mens det er en stor overvekt av menn blant dem som diagnostiseres med gonoré eller syfilis, og økningen i forekomsten av disse to sykdommene er i første rekke påvist blant menn som har sex med menn.

Risikoen for smitteoverføring ved en enkelt smittefarlig handling er for de tre nevnte sykdommene vesentlig større enn for hiv. Forekomst av

disse seksuelt overførbare infeksjonene vil medføre økt fare for overføring av hivsmitte, hva enten det er den hivpositive eller den hivnegative parten som har infeksjonen.

De tre sykdommene, som forårsakes av bakterier, kan kureres med antibiotika. Blant annet av den grunn faller de utenfor rammene for utvalgets avgrensning av smitteoverføring som bør kunne strafferettslig forfølges, jf. punkt 11.2.2.3 om smitteoverføring mellom mennesker, og sykdommene omtales ikke nærmere her.

9.3 Samfunnsvitenskapelig kunnskap

9.3.1 Innledning

I henhold til mandatet skal utvalget vurdere blant annet «kunnskapsgrunnlaget om eventuelle individual- eller allmennpreventive virkninger av strafferegulering når det gjelder hiv, herunder hvorvidt gjeldende regulering virker diskriminerende, har negativ betydning for den enkeltes atferd, beskyttelsesstrategier og villighet til test». Utvalget skal også «drøfte betydningen av strafferegulering for ikke-smittet/hivnegativ partner jf. den enkeltes ansvar for forebygging, og i hvilken grad straffbarhet for den som er smittet, utilsikket/indirekte blir oppfattet som et fritak for ansvar for egen helse»

Mandatet er på disse punktene direkte knyttet til hiv. Informasjonen i punkt 9.3 vil i noen grad gjelde eller ha relevans også for andre seksuelt overførbare infeksjoner, men vil ikke være relevant for andre former for smitteoverføring/smittefare direkte eller indirekte mellom mennesker eller smittespredning gjennom luft, vann, mat mv.

Utvalget har søkt å finne relevant vitenskapelig dokumentasjon for virkningene av strafferegulering som gjelder smitteoverføring og smittefare, se punkt 9.3.2.

Som et bakteppe for utvalgets drøftelser er det i punkt 9.3.3 redegjort for tallbasert kunnskap fra norske seksualvaneundersøkelser o.l.

I punkt 9.3.4 omtales risikogrupper hva gjelder hiv.

Noen publiserte slutninger fra seksualvaneundersøkelsene og andre teorier om seksualvaner, smittebeskyttelse i forbindelse med seksuell omgang mv. er omtalt i punkt 9.3.5.

I punkt 9.3.6 fremsetter utvalget enkelte hypoteser om betydningen av kulturkrets m.m.

I punkt 9.3.7 redegjøres for en undersøkelse om kunnskap og holdning i befolkningen når det gjelder hiv.

9.3.2 Kunnskapsgrunnlag om betydningen av straffetrussel vedrørende smitteoverføring og smittefare

Utvalget har søkt å finne vitenskapelig dokumentasjon for «eventuelle individual- eller allmennpreventive virkninger av strafferegulering når det gjelder hiv, herunder hvorvidt gjeldende regulering virker diskriminerende, har negativ betydning for den enkeltes atferd, beskyttelsesstrategier og villighet til test» og betydningen av straffetrussel mot den smittede for så vidt gjelder ikke-smittedes holdninger, jf. utvalgets mandat.

Effekten av en straffetrussel som retter seg mot smitteoverføring og smittefare er trolig avhengig av kultur og subkulturer i befolkningen. Utvalget har søkt å finne relevant materiale fra Norge, men også fra andre land i Europa og Nord-Amerika, blant annet fordi det norske materialet er svært begrenset. Det bemerkes for øvrig at det generelt er vanskelig å finne gode forskningsdesign og -metoder for å besvare spørsmål om tilsiktede og ikke tilsiktede virkninger av lover, jf. punkt 3.3.

Hiv og straffereguleringsproblematikk har ingen sentral plass være seg i norsk eller internasjonal forskning om «sikrere sex», seksuelt overførbare infeksjoner og hivtestingsatferd eller hivpositives levekår og livskvalitet. Rett nok finnes det en del forskningslitteratur som omhandler åpenhet, diskriminering, seksualitet og levekår blant mennesker som lever med hivsmitte, men de aller fleste av disse studiene belyser ikke spørsmål knyttet til strafferegulering.

Kunnskapsgrunnlaget er i tillegg sjelden forskningsbasert og består ofte i erfaringer fra brukere og praksisfeltet – eksempelvis i form av uttalelser fra ekspertpanel eller menneskerettsaktivister. Den forskningsbaserte kunnskapen er ofte forankret i ikke-representative miljøbaserte studier, dette gjelder også EMIS-studien fra 2010 (EMIS, 2010).

Få eller ingen studier har på en fullgod måte dokumentert direkte sammenhenger mellom strafferegulering og hivpositives opplevelse av diskriminering/stigmatisering eller sammenhenger mellom strafferegulering og villighet til test eller hivnegatives valg av beskyttelsesstrategier. De fleste studiene har betydelige innslag av selvseleksjon og opererer med egenrapporterte mål på sikrere sexatferd og egenrapportert diskriminering. Fra et vitenskapelig siktepunkt er det særlig problematisk at teorier om straffereguleringens negative effekter ikke kan la seg empirisk tilbakevise. Det er klart at en del hivpositive opp-

lever det gjeldende lovverket som belastende. Samtidig letes det i den foreliggende litteraturen ikke etter alternative eller utfyllende forklaringer på hvorfor hivpositive kan oppleve diskriminering. Det samme gjelder teorien om manglende villighet til å la seg teste for hiv og hivnegative personers manglende kondombruk.

Det foreligger lite forskningsbasert kunnskap om bakenforliggende faktorer som kan forklare variasjoner i hivtestatferd. Det som finnes av forskningslitteratur, antyder at testaktivitet varierer med en rekke psykososiale levekårsvariabler. Rapporten *Sentestere – en undersøgelse av hivsmittede i Danmark* (Dahl & Eiersted, 2010), som er utarbeidet i samarbeid med sentrale fagmiljøer og interesseorganisasjoner for hivpositive, beskriver psykososiale barrierer som kan få mennesker med risikoatferd til å avstå fra test. Strafferegulering eller redsel for straffesanksjoner angis ikke som en slik barriere. Blant de fire viktigste personlige barrierene som oppgis, er opplevelsen av å ikke tilhøre risikogruppe, det å ikke ha symptomer på hiv, redselen for å få et positivt testresultat og redselen for å bli møtt med negative reaksjoner. Blant menn som har sex med menn kan det synes som om lav testaktivitet kan ha sammenheng med livsform og manglende åpenhet om seksuell orientering (Dahl & Eiersted, 2010).

Et indirekte mål på hivpositives opplevelse av diskriminering i forbindelse med strafferegulering av risikoatferd og smitteoverføring er hvorvidt dette temaet blir problematisert i levekårsstudier hvis design er forankret i målgruppen og aktører med god kjennskap til praksisfeltet. Det svenske Smittskyddsinstitutet presenterte i 2012 en internasjonal kunnskapsoversikt over livssituasjonen til personer som lever med hiv i industrialiserte land (Eriksson, 2012). Kunnskapsoversikten omfatter 58 vitenskapelige artikler og 17 rapporter eller bredt anlagte nasjonale/multinasjonale studier. Stigma, sosial avvisning og diskriminering er et gjennomgående tema i disse levekårsstudiene. Det er ikke uvanlig at hivpositive opplever negativ forskjellsbehandling i nære sosiale relasjoner som i familien eller blant venner og bekjente. Et betydelig problem er at hivpositive opplever uprofesjonell behandling i helsevesenet, sosialtjenesten og tannhelsetjenesten.

To unntaksvis eksempler på studier av hivpositives livssituasjon som omfatter også strafferegulering, er en dansk og en norsk levekårsundersøkelse fra henholdsvis 2008 (Carstensen & Dahl, 2008) og 2009 (Grønningsæter, Mandal, Nuland & Haug, 2009).

I den norske ikke-representative Fafo-undersøkelsen fra 2009 svarte 35 % at de ikke var bekymret for, og aldri tenkte på, straffelovens bestemmelser. Hele 49 % svarte at de bekymret seg for straffeloven § 155 ofte eller en gang i mellom. På spørsmålet «Har straffelovens bestemmelser hatt innflytelse på ditt seksualliv?» svarte «over halvparten [...] at paragrafen har hatt innflytelse på seksuallivet. De fleste sier også at det har påvirket deres atferd i mer «preventiv» retning – mindre og sikrere sex.» (Grønningsæter et al., 2009, s. 131).

På det mer generelle spørsmålet «Dersom du har sex med en person som ikke er hivpositiv, hvor bekymret er du for å smitte vedkommende med hiv?» svarte «[n]oe over halvparten av respondentene, enten de er smittet homoseksuelt eller heteroseksuelt, er ganske eller svært bekymret for å smitte andre.» (Grønningsæter et al., 2009, s. 128).

I den danske undersøkelsen av hivpositives levekår og livskvalitet, med respondenter fra samtlige poliklinikker og behandlingssentra i Danmark, inngikk et spørsmål om hivpositive i Danmark tror at «[...] you can receive a prison sentence if you, as someone who is HIV-positive, have unsafe sex with a person who is not HIV-positive?»

Bare 55 % besvarte spørsmålet korrekt, noe som kan indikere at det i det danske utvalget, i motsetning til det norske, var liten kjennskap til eksistensen av en lovparagraf som gir muligheten for straffereguleringen av usikker sex blant hivpositive personer. Den manglende kjennskapen til den eksisterende lov kan forstås på bakgrunn av at det i Danmark, som i Norge, er få saker om smitteoverføring som ender i rettssystemet.² Resultatet kan også forstås på bakgrunn av at den danske levekårsstudien har rekruttert bredere og har mer preg av en totalpopulasjonsundersøkelse da den har rekruttert respondenter fra samtlige hivbehandlingssentra i Danmark (Carstensen & Dahl, 2008).

Selv om hiv og straffereguleringsproblematikk ytterst sjelden er et tema i forskning som omhandler hivpositive og deres livssituasjon, finnes det en del studier som tematiserer hivpositives ulike erfaringer med det å leve med hiv. Det svenske Smittskyddsinstitutet oppsummerte, i 2012, kunnskapen om hivpositives levekår og livskvalitet slik (Eriksson, 2012):

«Generellt kan konstateras att även om många skattade sin generella hälsa som god så hade många personer som lever med hiv i den industrialiserade delen av världen en negativt påverkad livskvalitet. Detta var särskilt uttalat när det gäller psykisk hälsa och socialt liv. En övervägande majoritet angav att de hade ett negativt påverkat sexualliv och många vittnade om sexuella problem eller att de helt avstod från sexuella kontakter på grund av rädsla för att smitta andre, rädsla för diskriminering, rädsla för att bli avvisade eller rädsla för represalier. Ett genomgående tema var stigma och diskriminering både inom och utanför familjen inklusive negativ särbehandling inom hälso- och sjukvården och socialtjänsten. Vidare pekade data på att många lever under ekonomisk pressade förhållanden och en hög andel lever utanför arbetsmarknaden – det gäller särskilt dem som fick sin diagnos före 1996.» (s. 7–8).

Dette er funn som er i overensstemmelse med resultatene fra den norske Fafo-undersøkelsen om hivpositives levekår (Grønningsæter et al., 2009). Om lag syv av ti deltakere i denne undersøkelsen vurderte sin egen helse som svært god eller god. I alt 60 % opplevde at de følte seg opplagte og hadde hatt overskudd de siste 14 dagene. Samtidig svarte 21 % at de hadde følt seg plaget av nervøsitet og uro samt 24 % at de hadde hatt en følelse av hjelpeløshet og bekymring med tanke på fremtiden. De fleste deltakerne – om lag syv av ti – var fornøyde med den behandlingen de fikk på norske sykehus og poliklinikker. Det var 39 % som oppga at deres tannhelse hadde forverret seg etter at de ble hivpositive.

Som eksempler på levekårsundersøkelser som – i følge det svenske Smittskyddsinstitutet – utpeker seg ved bruk av validerte mål, god svarprosent og bedre representativitet, kan nevnes den danske levekårsundersøkelsen ved Carstensen og Dahl i 2008, «HIV in East London» og den franske levekårsstudien ANSR-EN12-VESPA (Eriksson, 2012).

I den franske levekårsstudien fra 2002/2003 ble respondentene rekruttert fra et strategisk sammensatt utvalg fra samtlige franske poliklinikker med behandlingsansvar for hivpositive. Denne utvalgsmetoden er optimal da hivpositive flest har kontakt med spesialisthelsetjenesten. Utvalget respondenter i ANSR-EN12-VESPA (2 235 personer) er bredt sammensatt med hensyn til kjønn, etnisitet og seksuell orientering, og undersøkelsen gjør krav på representativitet med en svarprosent på 59 %. Av respondentene oppga

² Se punkt 7.2 om den danske straffebestemmelsen og endringer i rettstilstanden i Danmark etter at undersøkelsen ble foretatt.

25 % at de hadde opplevd å bli utsatt for diskriminering av helsepersonell, 18 % av venner, 8 % av et familiemedlem og 6 % på arbeidsplassen. Det lave omfanget av diskriminering må forstås på bakgrunn av at majoriteten av respondentene oppga at de levde skjult eller selektivt skjult med hensyn til smittestatus (Peretti-Watel et al., 2006). Blant hivpositive menn som har sex med menn, varierer opplevelsen av diskriminering med respondentenes seksuelle livsform. Blant homofile hivpositive var det mest vanlig å bli negativt forskjellsbehandlet av sexpartnere, mens det blant heterofile menn som har sex med menn, var mest vanlig å oppleve negative reaksjoner fra familie og nære venner (Lert et al., 2010). Henholdsvis 53 % og 51 % av respondentene i denne franske undersøkelsen oppga at de hadde en akseptabel fysisk og psykisk livskvalitet. Et mindretall oppga å ha dårlig seksuell helse eller å være plaget av seksuelle vansker (Bouhnik et al., 2008³):

«Sexual difficulties were reported by 33.3% of the selected individuals and were more frequent in those with low sexual activity. [...] it was found that a larger HIV-network, reporting HIV-discrimination from friends and/or sexual partners, suffering from lipodystrophy and reporting very disturbing HIV-related symptoms were all significantly associated with sexual difficulties. HIV and HIV-treatment experience are associated with sexual difficulties.»

I Danmark ble det i 2008 gjennomført en undersøkelse av hivpositives levekår og livskvalitet med respondenter fra samtlige poliklinikker og behandlingssentra i Danmark. Svarprosenten var på 38 %. Den lave svarprosenten kan forklare tendensen til overrepresentasjonen av homofile samt etnisk danske i studien (Carstensen & Dahl, 2008). Som i den franske levekårsundersøkelsen lever majoriteten danske hivpositive skjult eller selektivt skjult. Mens 5 % av deltakerne anga at de levde helt skjult, svarte 14 % at de ikke hadde informert mer enn to personer om sin hivstatus. Hele 58 % var helt skjult på arbeidsplassen. Hivpositive som er blitt diagnostisert etter 1996, det vil si etter at effektiv medikamentell behandling ble introdusert, har en tendens til å være mindre åpne enn de som er blitt diagnostisert på et tidligere tidspunkt. At åpenheten har gått ned, kan skyldes at medisinerne gjør det lettere å skjule sin hivstatus. I den danske levekårsundersøkelsen

svarte 44 % at de levde i ufrivillig ensomhet, og 46 % at de var plaget av nedsatt eller ingen seksuell lyst. Knapt 10 % oppga at mennesker holdt fysisk avstand til dem på grunn av hivinfeksjonen. Totalt oppga 5 % av danske hivpositive i undersøkelsen at de hadde opplevd diskriminering på arbeidsplassen, 1 % i forbindelse med fritidsaktiviteter og 8 % i andre sosiale sammenhenger.

I Elford et al.'s (2006) undersøkelse «HIV in East London» (gjennomført 2004/2005) ble det, som i Danmark og Frankrike, rekruttert respondenter fra klinikker/poliklinikker for hivpositive. Svarprosenten var på 73 % (1 687 av 2 299 mulige respondenter). Nærmere 90 % av respondentene hadde fortalt om sin hivstatus til minst ett menneske. De fleste var åpne om sin hivstatus overfor sin nåværende sexpartner – 85 % av homofile eller bifile menn og litt over 60 % av heterofile med afrikansk bakgrunn (Elford et al., 2008 A). Nesten 30 % av utvalget svarte at de hadde opplevd hivrelatert diskriminering (Elford et al., 2008 B). Som i andre europeiske levekårsundersøkelser var åpenheten på arbeidsplassen lav, og dette gjenspeiles også i få rapporterte erfaringer med diskriminering fra arbeidskolleger. På arenaer hvor hivpositive er åpne, var omfanget av opplevd diskriminering større. Av den tredjedelen som hadde opplevd diskriminering, svarte 50 % at de hadde blitt negativt forskjellsbehandlet av aktører i helsesektoren, hvorav 25 % av tannlege og 17 % av lege («primary care physician») (Elford et al., 2008 B). Dette er i samsvar med funn og resultater fra den franske levekårsstudien.

9.3.3 Seksualvaneundersøkelser

9.3.3.1 Innledning

Kunnskap om seksualvaner er et sentralt bakteppe for utvalgets vurderinger.

Kjennskap til seksualvaner i ulike sosiale grupper av befolkningen, er av stor betydning for identifisering av potensielle risikogrupper og forståelse av underliggende mekanismer i hva som styrer folks seksuelle atferd. Slik kunnskap er essensiell i planlegging av forebyggende arbeid for å hindre overføring av seksuelt overførbare infeksjoner. Dette gjelder blant annet innsikt i antall seksualpartnere, former for og frekvens av seksuell omgang samt bruk av kondom og årsaker til at kondom benyttes eller ikke benyttes.

Det er foretatt flere seksualvaneundersøkelser i Norge. Nasjonalt folkehelseinstitutt (Folkehelseinstituttet) gjennomførte undersøkelser i den voksne befolkningen i 1987, 1992, 1997, 2002 og

³ Se også Bouhnik et al., 2007 A og 2007 B.

2008. De landsrepresentative spørreskjemaundersøkelsene «Ung i Norge 1992» og «Ung i Norge 2002» foretatt av NOVA, inneholdt også spørsmål om seksualvaner. I 2009 ble det i regi av Universitetet i Tromsø og Helsedirektoratet gjennomført en landsomfattende web-panelstudie blant norske 16–24-åringene.

Informasjon basert på tallmateriale fra noen av disse undersøkelsene, er samlet etter tema i punktene 9.3.3.2 til 9.3.3.8. Det er i første rekke vist til Folkehelseinstituttets seksualvaneundersøkelse fra 2002, hvor deltagerne var i alderen 18 til 49 år, og web-panelstudien fra 2009, men det refereres også til enkelte andre undersøkelser.

Om slutninger basert på noen av undersøkelsene og andre teorier knyttet til seksualvaner, se punkt 9.3.5.

9.3.3.2 Samleiedebuten

Når man sammenligner Ung i Norge-undersøkelsene fra henholdsvis 1992 og 2002, sank samleie-debutalderen⁴ blant jentene fra 17,7 år til 16,7 år. Blant guttene sank debutalderen fra 18,5 år til 18,0 år. (Pedersen & Samuelsen, 2003.) I den landsomfattende web-panelstudien i 2009 blant 16–24-åringene ble median samleiedebutalder beregnet til 17,1 år blant jenter og 17,9 år blant gutter (Træen, Štulhofer & Landripet, 2011). Det tyder på at samleiedebutalderen ikke har sunket det siste tiåret.

En relativt liten andel unge samleiedebuterer vesentlig tidligere enn sine jevnaldrende. Mange studier har vist at lav samleiedebutalder ofte har sammenheng med et mønster av ulike typer såkalt problematferd, der blant annet bruk av rusmidler er utbredt (Pedersen, Samuelsen & Wickstrøm, 2003; Pedersen, 2005; Træen, Kvaem & Lewin, 2008).

Majoriteten av heterofile ungdommer⁵ har sitt første samleie fordi de føler seg modne for det. Å føle seg moden for sex henger sammen med å

være forelsket, og å ha vært i et fast forhold over noen måneder. De vanligste motivene for det første samleiet er forelskelse, nysgjerrighet og spenning, og seksuell opphisselse (Træen & Gravnningen, 2011). Det store flertall ungdom debuterer derfor innenfor rammene av et heteroseksuelt kjæresteforhold som har vart noen måneder (Pedersen, 2005; Træen & Lewin, 2008).

Flesteparten av jentene har sitt første samleie med en ett til tre år eldre gutt. De fleste guttene har sitt første samleie med en jevnaldrende eller ett år yngre jente. Trolig speiler dette samfunnsidealet om at gutten i forholdet skal være noen år eldre enn jenta. Gutter i 17-årsalderen som kjenner seg moden for sex, og som ikke får anledning til inngå forhold med en jevnaldrende jente, finner sjelden en to til tre år yngre partner å være sammen med som også føler seg moden for et seksualliv. Derfor må mange gutter som ønsker seg samleieerfaring ta anledningen når den byr seg, også uten forelskelse. Resultatet er at ungdom sent i tenårene samler seksuelle erfaringer langs to ulike mønstre: Jenter har færre samleiepartnere og hyppigere samleie, mens gutter har flere partnere og færre samleier.

9.3.3.3 Antall seksualpartnere m.m.

Hvor mange seksualpartnere man har hatt, er svært skjevt fordelt. De fleste har hatt relativt få partnere, mens noen få har hatt svært mange partnere. De sistnevnte bidrar til å trekke gjennomsnittet oppover. Derfor gir medianen det beste bildet på atferden til «folk flest». Kvinner har gjennomgående hatt noe færre seksualpartnere i løpet av livet enn menn.

I henhold til Folkehelseinstituttets seksualvaneundersøkelse i 2002 blant personer i Norge mellom 18 og 49 år, var median antall partnere syv for menn, og seks for kvinner. Henholdsvis 10 % av mennene, og 13 % av kvinnene hadde hatt bare én partner i løpet av livet. For personer med samboende partner, var median antall partnere seks for menn og fire for kvinner. Blant disse var det 17 % av mennene og 23 % av kvinnene som hadde hatt bare én partner i løpet av livet. (Træen et al., 2003.)

Ifølge web-panelstudien fra 2009 blant 16–24-åringene var median antall samleiepartnere i livet 3,0 blant menn (gjennomsnitt 5,7) og 4,0 blant kvinner (gjennomsnitt 5,5).

En liten minoritet heterofile unge voksne⁶ (3–5 %), har hatt betydelig flere samleiepartnere enn

⁴ Med samleie menes her en seksuell samhandling med vaginal/anal penetrering.

⁵ I de første norske landsomfattende seksualvaneundersøkelsene blant ungdom spurte forskerne ikke om seksuell orientering. Det reises fra tid til annen kritikk mot resultatene fra studiene, all den tid det ikke nødvendigvis er sikkert at de som regner seg som heterofile, atferdsmessig er lik de gruppene som regner seg selv som noe annet enn heterofil. Når man i senere studier inkluderte spørsmål om seksuell orientering, viste det seg at om lag 95 % regnet seg som heterofile, og 5 % som homofile, lesbiske, bifile, transpersoner eller usikker. Den sistnevnte gruppen teller i flertallet av studiene for få individer til at man kan kjøre statistikk og få sikre resultater. Av den grunn er denne samlegruppen utelatt fra analysene, som viser resultater for de som regner seg som heterofile.

⁶ Her definert som personer under 25 år.

gjennomsnittet. Antallet partnere i denne gruppen, som vi her vil kalle «superaktive», har i de ulike studiene vært definert fra femti til flere hundre. Definisjonen av hvilket antall som kvalifiserer til inklusjon i gruppen «superaktive» er avhengig av gjennomsnittet i utvalgene. Det synes likevel klart at om lag to tredeler av denne gruppen består av menn (Træen & Lewin, 1992; Lewin et al., 2000). Selv om gruppen ikke er mange i tallet, påvirker de i høy grad det bildet folk har av unge voksnes seksualitet. Det er oftest den seksualiteten som er typisk for denne lille gruppen som fokuseres i media. Denne gruppen av «superaktive» representerer imidlertid en risikogruppe for seksuelt overførbare infeksjoner, også fordi de finner samleiepartnere sine både innenfor og utenfor det som klassifiseres som deres eget sosiale miljø. En representativ seksualvanestudie fra Oslo 1997 sammenlignet personer som utelukkende hadde hatt heteroseksuelle partnere, med personer som hadde biseksuelle erfaringer, og personer som utelukkende hadde hatt homoseksuelle partnere (Træen, Stigum & Sørensen, 2002). Av disse gruppene rapporterte den biseksuelle gruppen signifikant høyest antall sexpartnere i livet når man ser på mediantall (bifile: median 15,0 og gjennomsnitt 37,8; heterofile: median 7,0 og gjennomsnitt 15,6; homofile: median 7,0 og gjennomsnitt 54,1). Se også punkt 9.3.4 om risikogrupper hva gjelder hiv.

Undersøkelsen viste også at biseksuelle hadde mer oralsex enn heteroseksuelle (henholdsvis 4,3 og 2,8 ganger per måned), og onanerte nesten dobbelt så ofte (11,2 ganger per måned versus 6,4 ganger per måned). Sammenlignet med heteroseksuelle hadde bi- og homoseksuelle hyppigere analsex (henholdsvis 0,2, 1,0 og 1,3 ganger per måned).

9.3.3.4 Parallele seksuelle forhold

I seksualvaneundersøkelsen i 2002 oppga 29 % av mennene og 23 % av kvinnene at de hadde hatt et sidesprang mens de var gift eller samboende (26 % samlet for begge kjønn). I aldersgruppen 18 til 24 år hadde 18 % hatt sidesprang, og blant dem som hadde levd i 40 til 50 år, svarte 31 % at de hadde hatt sidesprang en eller annen gang.

Med hensyn til sidesprang i det daværende ekteskap/samboerforhold oppga 16 % av mennene og 11 % av kvinnene at de hadde hatt det (13 % for begge kjønn samlet). Blant gifte/samboende 18–24-åringer hadde 9 % hatt et sidesprang, mot om lag 18 % av dem i alderen 40 til 50 år.

I alt 16 % menn og 9 % kvinner svarte at de hadde hatt gruppesex (13 % for begge kjønn samlet).

Sidesprangserfaring hadde sammenheng med faktorer som alder, antall år som gift/samboende, antall sexpartnere i livet, og seksuell orientering (Træen, Holmen & Stigum, 2007). Det var også en sammenheng mellom lav selvfølelse og sidesprang. Sidesprang ble oftere rapportert blant de som også rapporterte at de hadde et negativt selv-bilde.

Om lag 50 % av de spurte rapporterte ingen bruk av kondom under det siste samleiet med sidesprangspartneren. Av dem som brukte prevensjon, oppga flere menn (56 %) enn kvinner (36 %) at det ble brukte kondom. Menns sidesprangspartner synes oftest å være en tilfeldig partner. Kvinner synes å være mer følelsmessig knyttet til den parallelle partneren enn menn, idet de oftere har sidesprang med en de allerede kjenner. Blant kvinner kan derfor den manglende beskyttelsen mot seksuelt overførbare infeksjoner sannsynligvis ha sammenheng med valget av sidesprangspartner, mens en slik forklaring ikke i samme grad gjelder menn.

9.3.3.5 Sexkjøp

I seksualvaneundersøkelsen i Norge i 2002 oppga 13 % av mennene at de en eller annen gang i livet hadde kjøpt sex (Træen et al., 2003; Træen, Eek-Jensen & Stigum, 2005). Andelen kvinner som sa de hadde kjøpt sex, var 0,3 %. Om siste sexkjøp oppga to av 17 kvinnelige sexkunder å ha kjøpt sex fra en annen kvinne, og tre av 176 mannlige kunder (1,7 %) at de hadde betalt for homoseksuell kontakt. De fleste som kjøper sex i Norge, kjøper således av en person av motsatt kjønn.

Omlag 40 % av de mannlige sexkundene sa de hadde kjøpt sex bare én gang, mens 8 % rapporterte to til tre ganger. Nesten 5 % sa de hadde kjøpt sex 20 ganger eller mer.

I alt 70 % av mannlige sexkunder rapporterte å ha brukt kondom siste gang de kjøpte sex.

9.3.3.6 Prevensjonsbruk

I seksualvaneundersøkelsen i 2002 oppga 60 % blant ikke samboende personer i alderen 18–49 år å bruke en eller annen form for prevensjon ved sitt siste samleie. Kondombruk ble rapportert av 19 % (Træen et al., 2003). Blant gifte eller samboende personer var kondombruken ved siste samleie med ektefelle eller samboer 9 %. Om lag 60 % av den gifte eller samboende befolkningen brukte en eller annen form for prevensjon.

I den norske web-panelstudien blant 16–24-åringer fra 2009 oppga 19 % av deltakerne i under-

søkelsen ingen bruk av prevensjon ved sitt første samleie, 55 % rapporterte kondombruk, 6 % brukte kondom sammen med et annet prevensjonsmiddel (vanligvis hormonell prevensjon), 14 % brukte bare hormonell prevensjon, og 6 % «annen prevensjonsmetode» (Træen & Gravningen, 2011). Ungdommene som ikke brukte kondom ved sitt første samleie, ble bedt om å oppgi årsakene til at de ikke gjorde dette. De vanligste årsakene var at man ikke hadde kondom for hånden (54 %), var uforberedt på samleiet (48 %), ikke bekymret seg for seksuelt overførbare infeksjoner (38 %), brukte annen type prevensjon (31 %), eller at man var påvirket av alkohol eller andre stoffer (20 %).

I alt 51 % sa de brukte kondom første gang de hadde samleie med sin siste partner (Gravningen & Træen, 2010; Træen & Gravningen, 2011). Denne anledningen representerer for mange typisk en situasjon hvor man ikke kjenner sin partners smittestatus, og bør bruke kondom for beskyttelse mot seksuelt overførbare infeksjoner. Flere av de som hadde samleiedebutert etter 2002 enn tidligere, brukte kondom første gang de hadde samleie med sin siste partner. Mens 86 % av menn som har sex med menn sa de brukte kondom, oppga 56 % av «streite»⁷ menn det samme. De vanligst oppgitte årsakene til at kondom ikke ble brukt var at de stolte på at partneren uoppfordret ville informere om eventuell smitte, og at de brukte annen form for prevensjon. Flere menn enn kvinner mente at å dra fram et kondom ville symbolisere at de hadde hatt mange tidligere seksualpartnere, at partneren ville kunne tro at han hadde en kjønnssykdom som han ikke vil fortelle om, og at partneren ville kunne tro at han bare var ute etter å ha sex med ham eller henne.

Av 16–24-åringene oppga 15 % at de ikke brukte noen prevensjon ved sitt siste samleie, mens 23 % brukte kondom, 53 % hormonell prevensjon, og 5 % sa de brukte kondom og annen prevensjon. Flere «skeive»⁸ menn (73 %) enn «streite» menn (23 %) brukte kondom. Andelen som brukte prevensjon ved siste samleie, var større blant dem som samleiedebuterte i 2003 eller senere enn blant dem som debuterte før 2003. De som ikke brukte kondom, begrunnet det med at de brukte annen prevensjon (69 %), ikke bekymret seg for kjønnssykdommer (55 %), og at det er mer nytelsesfullt uten kondom (42 %). Det

siste motivet var spesielt viktig for menn. På bakgrunn av dette kan vi slå fast at unge heterofile voksne tenker mest på å beskytte seg mot uønsket graviditet, og ganske lite på å beskytte seg mot seksuelt overførbare infeksjoner når de velger prevensjonsmiddel. Ved homoseksuell omgang vil derimot smittebeskyttelse være hovedmotivet for kondombruk.

9.3.3.7 Risikovurdering ved sex

I web-panelstudien i 2009 vurderte 78 % av 16–24-åringene som svarte, sin risiko for å smittes med klamydia som lav, og 96 % vurderte at de hadde lav risiko for å smittes med hiv (Træen, Gorecka & Bårdsen, 2011).

I alt 70 % av dem som vurderte sin risiko for å pådra seg klamydia som lav, oppga at årsaken var «har fast partner». Videre oppga 40 % at årsaken var at de stolte på at partneren ville fortelle om han/hun var smittet, 20 % svarte at de alltid brukte kondom ved samleie, og 9 % svarte «annet». Flere av de yngste (16–19 år) enn de eldre (20–24 år), oppga at de alltid brukte kondom ved samleie. Blant dem som aldri hadde hatt en kjæreste, var det klart flere som oppga «klarer å vurdere om partneren er smittet» eller «bruker alltid kondom» enn blant dem som hadde kjæreste.

9.3.3.8 Homoseksuell atferd og seksuell orientering

I seksualvaneundersøkelsen blant 18–49-åringene i Norge i 2002 oppga 11 % menn og 12 % kvinner at de noen gang hadde hatt seksuelt samvær⁹ med en person av samme kjønn som seg selv (Træen et al., 2003). Median alder ved første homoseksuelle kontakt var 15 år for menn og 18 år for kvinner. Flere i de yngre enn eldre aldersgruppene rapporterte å ha homoseksuell erfaring. Andelen som oppga å ha hatt sex med en av samme kjønn siste år, var 4 % av mennene og 2 % av kvinnene. Å ha homoseksuell erfaring er ikke identisk med å ha en homofil/lesbisk/bifil/transseksuell orientering. Homoseksuell atferd er også blitt en del av det seksuelle mangfoldet blant heterofile, som speiles i at 61 % av dem som har hatt sex med en av samme kjønn, regner seg som heterofile (Træen et al., 2003).

⁷ Det vil si personer som regner sin seksuelle orientering som helt heterofil.

⁸ Det vil si personer som regner sin seksuelle orientering som homofil, lesbisk, bifil, transperson eller usikker.

⁹ Seksuelt samvær refererer til en bredere definisjon av seksuell samhandling enn begrepet «samleie», og omfatter for eksempel gjensidig masturbasjon, oral, vaginal eller anal seksuell samhandling.

Om vi oppsummerer funn fra en rekke studier tyder alt på at om lag 95 % av befolkningen regner seg som heterofile, mens om lag 5 % regner sin seksuelle orientering som homofil/lesbisk/bifil eller transperson (Pedersen, 2005; Træen et al., 2003; Træen & Gravningen, 2011). Mange bruker tid i ungdommen på å finne ut av sin seksuelle orientering. Dette kan bidra til å forklare tallene i Folkehelseinstituttets seksualvaneundersøkelse fra 2002 hvor bare 3 % av gutter og 1 % av jenter i alderen 18 til 22 år oppga at de hadde sitt første samleie med en partner av samme kjønn som dem selv. Mange forsøker å leve som «streite» før de «kommer ut av skapet» som homofil/lesbisk/bifil eller transperson.

9.3.4 Risikogrupper hva gjelder hiv

Som i resten av den vestlige verden er levekår og helse ulikt fordelt i den norske befolkningen – dette gjelder også seksuelt overførbare infeksjoner som hiv. Denne sosiale ulikheten gir seg til kjenne ved at hivviruset statistisk sett er underrepresentert hen i mot å være fraværende i den norske heteroseksuelle befolkningen. Det er marginaliserte befolkningsminoriteter – som menn som har sex med menn, personer med ikke-vestlig bakgrunn og injiserende rusmiddelbrukere som dominerer hivstatistikken. Menn som har sex med menn er også kraftig overrepresentert når det gjelder andre seksuelt overførbare infeksjoner som syfilis og gonorré.

Personer som tilhører risikogruppen for hiv, utøver ikke nødvendigvis mer risikoatferd enn befolkningen generelt, men det er betydelig større sannsynlighet for at den samme risikoatferden vil kunne utløse negative konsekvenser da man befinner seg på sosiale arenaer hvor hivprevalensen er langt høyere og tettere enn i befolkningen generelt. Dette gjelder eksempelvis heterofile med bakgrunn fra deler av Asia og Afrika, og menn som har sex med menn.

Se punkt 9.3.3.3 om undersøkelser med hensyn til antall sexpartnere m.m.

I de fleste risikogrupper finnes det risikogrupper innen risikogruppen. Det lever mange titusener menn som har sex med menn i Norge. Av disse befinner antakeligvis noen få tusen seg i «risikogruppens risikogruppe». Blant menn som har sex med menn, er risikoatferd forbundet med det å ha dårlig psykososial helse, misbruk av alkohol eller illegale rusmidler, det å ha mange sexpartnere og tilstedeværelse på saunaer eller andre sexarenaer for menn som har sex med menn. Av Lert et al., 2010 fremgår det at hivpositive menn

som har sex med menn, har en sosial og seksuell biografi som på noen områder skiller seg fra hiv-negative menn som har sex med menn.

Risikoprofilen på den norske hivepidemien avtegner seg i den norske hivstatistikken og helsemyndighetenes hivstrategi – menn som har sex med menn og personer med ikke-vestlig innvandrerbakgrunn peker seg ut som strategiske målgrupper (Aksept og mestring, 2009). I følge MSIS-rapporteringen til Folkehelseinstituttet ble det diagnostisert 269 nye tilfeller med hiv i Norge i 2011. Av disse oppga 97 å ha blitt smittet homoseksuelt, og blant de 155 som ble smittet heteroseksuelt, oppga 109 å ha blitt smittet før ankomst til Norge. Kontrollerer man for etnisk bakgrunn eller fokuserer på de «norske tilfellene» blir risikoprofilen for hivepidemien enda tydeligere: 60 % av de nydiagnostiserte i 2011 oppga at de var menn som har sex med menn, mens 35 % var smittet heteroseksuelt, og av disse hadde majoriteten innvandrerbakgrunn (26 av 46) (Nasjonalt folkehelseinstitutt, 2012).

Deling av injeksjonsutstyr utgjør en risikofaktor, slik at injiserende rusmiddelbrukere er en risikogruppe hva gjelder hiv og andre sykdommer som smitter via blod. Antallet personer som i henhold til MSIS-meldinger er smittet med hiv ved «sprøytemisbruk» ligger på et stabilt lavt nivå sammenlignet med situasjonen i en del andre land. Det har de siste ti årene vært registrert fra syv til 20 slike tilfeller i Norge per år.

9.3.5 Seksualvaner og smittebeskyttelse – betraktninger og teorier

I den hensikt å bedre forståelsen for hvorfor vi mennesker oppfører oss seksuelt slik vi gjør, redegjøres det i dette punktet – basert på forskning og teori – for seksualiteten i et sosialt og kulturelt perspektiv.

Likestillingsideologien står sentralt i det norske samfunn. Denne ideologien innebærer at alle ideelt sett skal ha samme rettigheter og vurderes likt av samfunnet, på det seksuelle området så vel som på andre områder. Det er en av grunnene til at Norge karakteriseres ved en relativt høy toleranse for seksualitet og seksuell utlevelse i grupper av befolkningen som tradisjonelt har hatt underordnede posisjoner (Træen & Lewin, 2008). Det innebærer imidlertid ikke at seksualiteten ikke er underlagt restriksjoner. Seksualiteten er alltid underlagt sosiale og kulturelle føringer. Alle samfunn etablerer normer for hvilke seksuelle uttryksformer som anses akseptable og uakseptable (Gagnon & Simon, 2005).

Menneskets seksualitet er formet og kontrollert gjennom den seksuelle sosialiseringprosessen i barne- og ungdomsårene. Gjennom denne prosessen bestemmes de sosiokulturelle uttrykkene for seksualiteten. En tro på at kulturelt betingede aspekter ved menneskelig atferd faktisk er «naturlig» i biologisk forstand, har konsekvenser for undergrupper av befolkningen som av ulike grunner må eller foretrekker å ha en atferd som avviker fra den heterofile majoritetens, som for eksempel homofile, bifile og transpersoner. Ettersom seksualitetens uttrykksformer er sosialt bestemt, er seksuell atferd som avviker fra det som oppfattes som *normalt og naturlig*, et uttrykk for brudd med sosiale normer snarere enn unaturlig oppførsel.

Ethvert samfunn har regler og normer som regulerer og kontrollerer seksualiteten. Innenfor hvert samfunn oppfatter folk flest disse reglene og normene som uttrykk for den naturlige seksualiteten, og samfunnet reagerer med avsky og/eller formell straff mot medlemmer som ikke opptrer i henhold til reglene og bryter med de sosialt aksepterte normer for atferd. I Norge kontrolleres seksualiteten i liten grad ved hjelp av formelt regelverk. Noen formelle lover har vi, som forbud mot sex med person under den seksuelle lavalder (16 år i Norge), og forbud mot sex med person i nær familie. Samfunnets kontroll av seksualiteten i vårt land er likevel i hovedsak av uformell karakter, og er et resultat av tidlig læring og internalisering av forestillinger om hva som er normalt og naturlig. Dette gjør kontrollen av seksualiteten særdeles effektiv. Man kan alltid motsette seg og bruke rasjonell argumentasjon mot formelle lover, men det er ikke like lett å opponere mot uformelle lover. Å opponere mot det man oppfatter som naturgitt eller naturlig er vanskelig, ikke minst fordi argumentasjonen ikke kan rettes mot en synlig motpart.

Selv om de seksuelle spillereglene er sosiale konstruksjoner, gir ikke dette folk rett til å bryte dem. Den som bryter spillereglene, risikerer utstøtelse fra samfunnet. Men dersom større undergrupper av befolkningen skulle bryte med eksisterende normer og regler i samfunnet, kan normene endres nettopp fordi de er sosiale konstruksjoner. Det er imidlertid bare i sjeldne tilfeller at folk endrer sine meninger om hva som er rett og galt, akseptabelt og naturlig.

I Norge har vi en relativt stor åpenhet om seksualitet. Denne åpenheten bidrar til å kontrollere folks seksualitet, gjennom våre forestillinger om hva som er normalt og naturlig, moralsk og umoralsk, riktig og feil, og godt og dårlig. Vi har et noe

ambivalent forhold til seksualiteten. Vi har en forestilling om at seksualiteten er god dersom bestemte vilkår er oppfylte. Seksualiteten er pålagt en slags kjærlighetsplikt. Forelskelse og kjærlighet legitimerer seksuell samhandling, og seksuell samhandling oppfattes som uttrykk for kjærlighet. Vi ser annerledes på samleie for kjærligheten skyld enn på samleie utelukkende for nytelsens skyld. Samleie som legitimeres med forelskelse og kjærlighet anses å uttrykke «den gode seksualiteten», mens sex for nytelsens skyld alene anses ikke være spesielt høyverdig. Det er derfor noe av et paradoks at den seksualiteten vi idealiserer og synes er god, ofte blir uforenlig med bruk av smittebeskyttelse (Træen & Lewin, 2008), se nærmere nedenfor.

Seksualvanestudier over hele Europa peker i samme retning. Utviklingen går mot økt grad av holdnings- og atferdsmessig likhet mellom de to kjønn (Kontula, 2003; Træen & Lewin, 2008). For hver generasjon som går, blir de to kjønn likere hverandre. Samtidig eksisterer det ennå kjønnsforskjeller. Man skal imidlertid være oppmerksom på at en tilnærming mellom kjønnene i seksuell atferd ikke automatisk innebærer at kvinners og menns virkelighetsopplevelse og vilkår for seksuell samhandling også er blitt likere. Den seksuelle sosialiseringprosessen er fortsatt noe ulik for de to kjønn, og kvinners seksualitet er underlagt flere restriksjoner enn menns seksualitet.

Alle de nordiske land anses ofte å ha relativt liberale holdninger til seksualitet. I denne kulturkretsen er det den ansvarlige, og ikke den lidenskapelige, seksualiteten som er sosialt akseptert og idealisert. En konsekvens av dette er at hvis graviditet ikke er planlagt og ønsket, forventes man å opptre som ansvarlige borgere og bruke prevensjon under samleie. Bruken av prevensjon er ikke sosialt stigmatisert, og anses å være et felles ansvar. De eneste prevensjonsmidlene som er effektive både mot uønsket graviditet og mot seksuelt overførbare infeksjoner, er kondom og femidom. De fleste norske ungdommer har denne kunnskapen, i alle fall hva angår kondom. Likevel er ikke bruken av kondom så utbredt som man skulle ønske i forhold til å forebygge både uønsket graviditet og seksuelt overførbare infeksjoner.

En massiv forskningslitteratur viser at å påvirke folk til å bruke smittebeskyttelse er vanskelig. At det er vanskelig å endre seksualvaner, kan bedre forstås hvis vi prøver å forstå *hva* vi forsøker å endre – nemlig folks oppfatning at hva som er normalt og naturlig. Oppfatningen av hva som er normalt og naturlig er sannsynligvis van-

skelig å rokke ved fordi den er så dypt rotfestet i folks *jeg*-opplevelse. Majoriteten av nordmenn i fertil alder kan sies å være kompetente brukere av svangerskapsforebyggende midler, og de har god kunnskap om hvordan de skal unngå uønsket graviditet. Et resultat av en relativt høy aksept for ungdomsseksualitet – en aksept som hviler på at antallet uønskede tenåringsgraviditeter er lavt – er at ungdom også har relativt lett tilgang på prevensjonsmidler. Etterspørselen etter, og bruken av, prevensjon er ikke stigmatisert. Tvert imot, unge mennesker oppmuntres til å ta sitt ansvar. Ungdomsseksualitet kan sies å være sosialt akseptert på det vilkår at den unge har skaffet seg, og bruker, prevensjon. I de nordiske land er det den ansvarlige, og ikke den lidenskapelige, seksualiteten som er idealet. Til tross for dette idealet om ansvarlighet og det faktum at ungdom i Norden er relativt gode brukere av svangerskapsforebyggende midler og metoder, er det ikke like enkelt å få unge mennesker til å gjennomføre adekvat smittebeskyttelse. Dette er sannsynligvis knyttet til forestillingen om den *naturlige* seksualiteten.

For de fleste unge mennesker er det naturlig å oppfatte seg selv og partnerne som fertile individer. Derfor blir det også for de fleste heteroseksuelle par naturlig å integrere prevensjon i sin seksuelle atferd. Dermed viser de at de tar et felles ansvar for å unngå mulige konsekvenser av den antagelsen at de begge er fertile. Bruk av prevensjonsmidler blir sett på som så naturlig at det faktisk kreves en aktiv beslutningsprosess for å slutte å bruke prevensjon, slik at svangerskap kan inntreffe.

Når det gjelder smittebeskyttelse, er situasjonen betraktelig mer komplisert. Mennesker har sjelden som utgangspunkt for sin atferd – eller aksepterer det som naturlig – at de selv eller deres partnere kan være bærere av seksuelt overførbare infeksjoner. Det å være fertil anses som naturlig; seksuelt overførbare infeksjoner vurderes ikke å være naturlig. Å basere sin atferd i en seksuell sammenheng ut fra en antagelse om at det er naturlig med seksuelt overførbare infeksjoner, vil etter all sannsynlighet av partneren kunne oppfattes som et utslag av det å være unaturlig mistenksom. Å handle i en seksuell situasjon med samme type rasjonalitet med hensyn til seksuelt overførbare infeksjoner som til fertilitet, vil altfor lett kunne oppfattes av partneren som en heller «uvennlig» handling, en handling som setter spørsmålsteget ved dennes helse og moral. Når den samme rasjonalitet utøves i henhold til fertilitet, oppfattes det som en omsorgshandling som springer ut fra et modent ansvar.

Det å være i fast forhold er en årsak til lav risikovurdering for å bli smittet av seksuelt overførbare infeksjoner. Å være i et parforhold innbyr til en opplevelse av trygghet, og denne tryggheten er knyttet til opplevelsen av å ha tillit til, og stole på, partneren. Derfor tester folk i parforhold seg sjeldnere seg for hiv og klamydia (Misovich et al., 1997). I Norge brukes kondom primært som middel til å hindre uønsket graviditet, og ikke som beskyttelse mot seksuelt overførbare infeksjoner (Træen, Štulhofer & Landripet, 2011; Træen & Gravningen, 2011). Hos unge blir kondom etter en tid erstattet med hormonell prevensjon. Når flere unge menn enn unge kvinner oppga «alltid bruk av kondom» som årsaker til lav risikovurdering, henger dette trolig sammen med at flere menn enn kvinner i aldersgruppen er uten fast partner, eller inngår i parforhold hvor skiftet i prevensjonsmetode ennå ikke har funnet sted. Det kan også ha sammenheng med å tilhøre kategorien menn som har sex med menn, og kunnskapen om hvilken risiko for seksuelt overførbare infeksjoner man løper på bakgrunn av sin atferd.

Prosessene involvert i risikovurdering for klamydia og hiv er noe forskjellige. Unge mennesker oppfatter hiv som forskjellig fra andre seksuelt overførbare infeksjoner. De oppfatter ofte ikke sammenhengen mellom risikoatferd og hivsmitte, og bedømmer derfor risikoen for klamydiasmitte som forskjellig fra hiv. Ettersom klamydia er enkel å behandle, oppfattes infeksjonen kanskje som mindre farlig, og folk frykter ikke risikoen. Trolig oppleves hiv som for truende, eller for fjernt, til at man tar denne risikoen på alvor. «Skeive menn» er mer bevisste på at de er i risikozonen enn heterofile menn og kvinner, noe som spiller en viten om at menn som har sex med menn, er mer utsatt for hivsmitte enn andre grupper (Mimiaga et al., 2007). Hiv har lenge vært preget av stigmatisering, og er ofte blitt assosiert med menn som har sex med menn. Som følge av disse stereotype forestillingene vil heteroseksuelle distansere seg fra opplevelsen av å være risikoutsatt, selv når de faktisk er det (Burkholder, Harlow & Washkwich, 1999; Lear, 1995; Prohaska, Albrecht, Levy, Sugrue & Kim, 1990). Jo flere partnere man har hatt, desto høyere anser man sin egen risiko for å bli smittet. Unge oppfatter ofte at de selv er i risikozonen først etter at de har utført risikoatferd (Levinson, Jaccard & Beamer, 1995). Dermed vil trolig risikopersepsjonen øke dess flere seksualpartnere et individ har hatt. Seksuell orientering påvirket risikovurdering for klamydia og hiv indirekte via antall partnere. «Skeive» menn hadde et høyere antall seksualpartnere enn «streite», og et

høyere antall partnere førte i sin tur til høyere risikovurdering for både hiv og klamydia.

Nyere norsk forskning viser at unge voksne i 2009 oftere brukte prevensjonsmidler enn tilsvarende gruppe i 2002 (Træen, Stulhofer & Landripet, 2011; Træen & Gravingen, 2011). Det kan ha sammenheng med at helsemyndighetene i perioden fra 2002 har iverksatt en rekke forebyggende tiltak for å fremme prevensjonsbruken og hindre uønsket graviditet og seksuelt overførbare infeksjoner blant unge mennesker. I perioden 2002 til 2005 fikk ungdom i alderen 15 til 19 år tilgang til gratis p-piller fra lege og helsesøster på helsestasjoner. Fra og med 2006 ble det innført en egenandel på prevensjonen, men den er fremdeles subsidiert av myndighetene. Ordningen er utvidet til også å gjelde 20–24-åringer, ettersom aborttallene er høyest i denne aldersgruppen. Et annet tiltak er at nødprevensjon kan fås uten resept fra lege og er tilgjengelig hos helsesøstre, i butikker og på bensinstasjoner. Dessuten har Helsedirektoratet implementert et program for utdeling av gratis kondomer til ungdom. Disse tiltakene for å øke tilgjengeligheten av kondomer og annen prevensjon, er trolig viktigere for den faktiske prevensjonsbruken enn tradisjonelle helseopplysningskampanjer rettet mot enkeltindividet – som i virkeligheten faktisk forsøker å endre folks oppfatning av det normale og det naturlige.

Se punkt 9.4.2 om studier av effekten av intervensjoner for å forebygge seksuelt overførbare infeksjoner og uønskede graviditeter blant ungdom og unge voksne.

9.3.6 Utvalgets hypoteser om betydningen av kulturkrets m.m.

9.3.6.1 Betydningen av strafferegulering i nordisk kontekst

Effekten av strafferegulering som rammer overføring av smittsomme sykdommer som overføres seksuelt, er trolig avhengig av kultur og subkultur. I Norge (som i de andre nordiske landene) vil et slikt straffebud kunne ha en effekt i den heteroseksuelle konteksten. I vår nordiske kulturkrets er det den ansvarlige, og ikke den pasjonerte eller lidenskapelige, seksualiteten som er idealet. Vi har, blant annet gjennom mange års arbeid med familieplanlegging, utviklet en rasjonell og planmessig måte å forholde oss til seksualiteten vår. I denne kulturelle settingen anses det legitimt å pålegge seksuelle aktører et ansvar for sine handlinger, og vi aksepterer å ha dette ansvaret. I en pasjonskultur gir dette klart mindre mening. I vår

norske og nordiske kultur aksepterer vi at hivpositive har sex, men under (et særskilt) ansvar for ikke å smitte andre. Fordi vi aksepterer dette, vil en lov også aksepteres og etterstrebes overholdt av dem fra vår kultur som kan overføre smitte. Dette vil kanskje kunne stille seg noe annerledes når det gjelder smitteførende personer fra andre kulturer. Se også punkt 9.3.5.

9.3.6.2 Menn som har sex med menn

Flere studier viser at en større andel hivpositive menn som har sex med menn, enn heterofile hivpositive, har ubeskyttet sex.

Et svært sentralt bakenforliggende motiv for menneskers atferd er jakten på anerkjennelse, og denne jakten er uløselig knyttet til konstruksjonen av «selvet». Menneskets evne til å sette pris på seg selv, til selvanerkjennelse, kan sees som et produkt av de positive holdninger et barn lærer og internaliserer fra sine omgivelser om seg selv. I et miljø med negative holdninger til homoseksualitet vil barn trolig ikke lære – og internalisere – positive holdninger til homofili. Dette blir kritisk for «skeive» barn, som lærer og internaliserer at det de opplever å være, ikke er akseptabelt. Som voksen kan vedkommende lykkes i å reparere noe av det ødelagte selvbildet gjennom valg av tilhørighet til sosiale grupper med aksepterende holdninger for annerledesheten. Selvanerkjennelse kan betraktes som todimensjonal: den eksterne selvanerkjennelsen (andres anerkjennelse av «meg»), og den interne selvanerkjennelsen («min egen» anerkjennelse av «meg»). Å vokse opp og leve i et homofobt miljø vil trolig i sterk grad nedsette individets evne til intern selvanerkjennelse. Å teste hivpositiv tilfører individet ytterligere et stigma som nedsetter selvanerkjennelsen.

Det er grunn til å anta at mange hivpositive menn som har sex med menn, med utgangspunkt i lav selvanerkjennelse, vil tillegge sin hivpositive status til interne snarere enn eksterne faktorer. Å tillegge årsakene til hivsmitten til sin egen person, produserer trolig dype følelser av skam, som igjen kan føre til at individet isolerer seg og klandrer seg selv for det som har skjedd. Som en konsekvens (og en straff) for sin egen opplevelse av uverdighet og skittenhet, kan det å avstå fra seksuell omgang tre fram som den beste løsningen. Derfor kan seksuell avholdenhet tolkes som en manifestasjon av skam, selvforakt og manglede selvanerkjennelse hos hivpositive menn som har sex med menn.

For å tåle emosjonell og fysisk intimitet må mennesket være i stand til å motta kjærlighet og til å tro seg selv verdig til å bli elsket. Mennesket må ha evnen til å sette pris på seg selv, og denne selvanerkjennelsen er direkte knyttet til hvordan individet ser seg selv og sin egen verdi. En krise som det å ha testet hivpositiv, kan føre til følelser av skam og verdiløshet, og krisen forsterkes av å leve i et homofobt miljø hvor man har lært seg at hvem man opplever man er, ikke er akseptabel. Ettersom selvanerkjennelse er så viktig for vår evne til å fungere sosialt, er det logiske å unngå handlinger og situasjoner som kan true selvbildet. Å avstå fra seksuell samhandling kan slik betraktes som en mestringsstrategi. Mannen kan nekte seg selv å føle seksuell lyst, og/eller å handle ut fra denne lysten. Å kjenne på lysten produserer skam, i den forstand at den hivpositive føler seg uverdigg og skitten. Skam er likevel en dypt forankret følelse i mennesket, og lar seg ikke enkelt rasjonalisere bort. Mannen kan kognitivt forstå skammen som en urettferdig følelse og som middel til selvundertrykkelse. Han ønsker seksuell samhandling, samtidig som han opplever at han ikke får lov til det. Dette setter ham trolig under krysspress. Resultatet kan bli uplanlagt og ubeskyttet sex.

Norske (EMIS, 2010) og europeiske EMIS¹⁰-data (Marcus, 2011) understøtter dette i sin dokumentasjon av at usikker sex er utbredt blant hivpositive menn som har sex med menn. I alt 52 % av hivpositive menn som har sex med menn som svarte på undersøkelsen, rapporterte således at de praktiserer analsex uten kondom – 12 % med andre hivpositive, og 40 % med hivnegative menn eller menn de ikke kjenner hivstatusen til (Marcus, 2011). Det var 15 % blant hivpositive menn som har sex med menn, som rapporterte om ubeskyttet sex mens de hadde påvisbart virus i blodet eller uten at de var kjent med sine virustall (Marcus, 2011). Den samme studien kartlegger flere farlige fellesnevner blant hivpositive menn som har sex med menn, som overdreven bruk av tunge rusmidler som, både praktisk og mentalt, tilrettelegger for «usikker sex» og underletter overføring av hiv.

To andre studier – med langt bredere sammensatte og tilnærmet representative utvalg – underbygger empiriske funn og resultater fra EMIS 2010.

I levekårsstudien ANRS-EN12-VESPA fra Frankrike 2002/2003 svarte et sted mellom to og tre av ti hivpositive menn som har sex med menn, at de hadde hatt usikker sex med en fast hivnegativ partner eller med en tilfeldig sexpartner det siste året (Lert et al., 2010). I Bouhnik et al. 2006, som tar utgangspunkt i det samme datamaterialet, blir det gjort et poeng av at risikosex er vanlig blant hivpositive homofile eller bifile menn og at denne risikoatferden ofte er forbundet med dårlig psykisk helse. Blant heteroseksuelle hivpositive som levde i faste forhold med en hivnegativ partner, svarte 26 % av mennene og 34 % av kvinnene at de hadde praktisert usikker sex det siste året.

I undersøkelsen fra London (Elford et al., 2007) er andelen som har hatt usikker sex med tilfeldig partner med ukjent eller negativ hivstatus, større blant hivpositive homofile eller bifile menn (20 %) enn blant hivpositive heteroseksuelle med afrikansk bakgrunn (5 %). Elford gjør videre et poeng av at det ikke er en sammenheng mellom usikker sex og virusmengde eller det å bruke hivmedisiner:

«Neither viral load nor being on HAART were significantly associated with unprotected intercourse among gay men or black African heterosexual men and women ($P>0.05$). Behavioural research among people with diagnosed HIV in London shows that gay men are more likely than black African heterosexual men and women to engage in sexual behaviour that presents a risk of HIV transmission.»

Flere studier beskriver sammenhenger mellom bruk av alkohol, narkotiske stoffer og risikosex (Buchacz et al., 2005; Garofalo, 2007; Koblin et al., 2003; Korthuis et al., 2008; Moseng, 2005; Smittskyddsinstytutet, 2012).

Usikker sex blant hivpositive bør også forstås på bakgrunn av behandlingsoptimisme. Således er det dokumentert at andelen menn som har sex med menn som har usikker seksuell omgang med mange partnere, er om lag fordoblet etter at behandling som effektivt reduserer sykkelighet og dødelighet hos hivpositive, ble introdusert i 1996 (Katz, Schwarcz, Kellogg, et al., 2002). Den samme sammenhengen mellom behandlingsoptimisme, flere seksuelle partnere og mer usikker sex blant hivpositive menn som har sex med menn, fremgår av danske og svenske data (Carstensen & Dahl, 2008; Tikkanen, 2008). Katz og medarbeidere (2002) konkluderer med at den minskning i smitterisiko som skyldes at hivpositive går på effektiv behandling, blir utjamnet av

¹⁰ Den europeiske MSM internetstudien (EMIS) er et internetbasert forskningsprosjekt om homoseksualitet, homoseksuell atferd og seksuelt overførbare infeksjoner blant menn som har sex med menn (MSM) med over 180 000 deltakere.

den betydelige økningen av usikker sex i denne målgruppen.

9.3.7 Undersøkelse om befolkningens kunnskap om og holdninger til hiv

Forskningsstiftelsen Fafø gjennomførte i 2008 en representativ undersøkelse om nordmenns kunnskaper om og holdninger til mennesker som lever med hiv (Mandal, Nuland & Grønningsæter, 2008). Nesten alle respondentene sa seg enig i at man kan bli smittet av hiv ved å ha sex uten kondom (97 % av menn og 98 % av kvinner). Noe under en fjerdedel sa seg enig i påstanden om man kan bli smittet av hiv ved å kysse en som er hivpositiv på munnen (26 % menn og 21 % kvinner). Noe mer enn én av ti svarte at en kan bli smittet av hiv ved å drikke av samme glass som en hivpositiv (16 % menn og 11 % kvinner). Sammenliknet med kunnskapsnivået når det gjelder andre sykdommer, er dette gode kunnskaper om hvordan hivviruset overføres.

Drøyt ni av ti (96 % menn og 98 % kvinner) sa seg helt eller delvis enig i påstanden om at «mennesker som er hivpositive skal ha samme mulighet til å delta i skole, utdanning og arbeidsliv som alle andre». Omlag halvparten (52 % menn og 49 % kvinner) sa seg helt eller delvis enig i at «ansatte som er hivpositive må akseptere at arbeidsgiver endrer arbeidsoppgavene av hensyn til andre ansatte på arbeidsplassen.» Nærmere ni av ti (85 % menn og 90 % kvinner) sa seg helt eller delvis enig i påstanden om at «det er greit at hivpositive har foreldreansvar». Innstillingen til hivpositive synes å være på sitt mest ambivalente når det gjelder muligheten til samvær med respondentenes egne barn. En tredjedel (34 % av både menn og kvinner) av utvalget sa seg helt eller delvis enig i påstanden om at «jeg ville ikke latt en som er hivpositiv få lov til å passe på mitt eget/egne barn». Det er ingen statistisk signifikante kjønnsforskjeller i rapporteringen.

9.4 Smittevernarbeid

9.4.1 Innledning

Det er en rekke elementer i det samlede smittevernarbeidet, og en rekke instanser er involvert. Se punkt 4.3.8 om smittevernlovens kapittel 7 om administrative organer innen smittevernet og deres myndighet. Oppgaver er lagt til kommunene, kommunelegene, de regionale helseforetakene, fylkesmannen, Statens helsetilsyn, Helse-

direktoratet og Nasjonalt folkehelseinstitutt (Folkehelseinstituttet).

Ved siden av oppgaver på andre felt, er Folkehelseinstituttet statens smitteverninstitutt og har oppgaver innen overvåking av smittsomme sykdommer og smittestoffer, beredskap mot smittsomme sykdommer og oppklaring av utbrudd, vaksiner og vaksinasjon samt rådgivning og forskning knyttet til disse områdene. Folkehelseinstituttet gir råd om smittevern og forebygging av smittsomme sykdommer til myndigheter, helsepersonell og befolkningen, se smittevernloven § 7-9.

Helsedirektoratet skal gjennom råd, veiledning, opplysning og vedtak etter smittevernloven medvirke til at befolkningens behov for tjenester og tiltak blir dekket i forbindelse med smittsomme sykdommer. Når det er nødvendig for å sikre et effektivt og forsvarlig smittevern, kan Helsedirektoratet bestemme at kommuner, fylkeskommuner eller statlige institusjoner skal organisere eller utføre nærmere bestemte tjenester eller tiltak, samarbeide eller følge nærmere bestemte retningslinjer, se smittevernloven § 7-10.

Helsedirektoratet leder blant annet det nasjonale arbeidet med å fremme seksuell og reproduktiv helse. I tillegg til forebygging av hiv og andre seksuelt overførte infeksjoner, seksuell risikofølelse og overgrep, handler dette om «å styrke seksualitetens lyse sider – å skape forutsetninger for utvikling av seksuell autonomi og trygg seksuell identitet og å sørge for god svangerskapsomsorg»¹¹. Direktoratet opplyser at tiltak for å fremme seksuell og reproduktiv helse utformes sammen med målgruppene og tar utgangspunkt i deres alder, kjønn, kulturtilhørighet og seksuelle orientering.

Et konkret smitteverntiltak i regi av sentrale myndigheter er Helsedirektoratets kondomordning som har en individrettet tjeneste, og en rekvi- reringsordning for institusjoner, organisasjoner og arrangører for enkeltarrangementer som distribuerer kondomer til målgruppene for ordningen på ulike arenaer. Primærmålgrupper for utdelingen er ungdom og unge voksne under 25 år. Andre grupper er sexarbeidere, flyktninger og asylsøkere, hivpositive kvinner og menn samt inn- satte i fengsel.

Injisierende rusmiddelbrukere er gjennom sin atferd mer enn andre utsatt for en rekke infeksjonssykdommer, blant annet hivinfeksjon og ulike former for hepatitt. Tiltak for å redusere skadelige konsekvenser av injiserende rusmiddel-

¹¹ <http://www.helsedirektoratet.no/folkehelse/seksuell-helse/Sider/default.aspx>

bruk har i Norge vært et viktig virkemiddel for å bekjempe smittsomme sykdommer blant rusmiddelbrukere, herunder tiltak for å sikre tilgang til rene sprøyter og brukerutstyr. Det ytes statlige tilskudd til kommunalt rusarbeid, herunder lavterskel helsetiltak for mennesker med rusmiddelproblemer. Per 2010 var det slike lavterskeltilbud i 48 kommuner.¹² Tjenestetilbudet varierer fra kommune til kommune, mange tilbyr blant annet sårstell og behandling samt vaksinasjon. Sprøyte- og kondomutdeling er også viktige elementer i lavterskeltiltakene. Sprøyteutdeling skjer oftest ved innbytte av brukte sprøyter/ nålespisser, men det leveres også sprøyter og annet brukerutstyr uavhengig av innlevering. For øvrig kan sprøyter fritt kjøpes på apotek. I fengsler gis de innsatte tilgang til kjemikalier (klorin eller kloramin) for rensing av injeksjonsutstyr.

Det er utarbeidet en egen strategi vedrørende hiv – *Nasjonal hivstrategi (2009-2014) – Aksept og mestrings* – hvor seks departementer og deres underliggende etater og virksomheter, også på regionalt og lokalt nivå, er involvert, i tillegg til det sivile samfunn og frivillige organisasjoner. Hovedmålene i strategien er at nysmitte med hiv skal reduseres – særlig i grupper med høy sårbarhet for hiv, og at alle som lever med hiv, skal sikres god behandling og oppfølging uansett alder, kjønn, seksuell orientering og/eller praksis, bosted, etnisk bakgrunn og egen økonomi.

Delmålene er å øke kunnskapen og bevisstheten om hiv og aids i befolkningen, å redusere stigma og diskriminering knyttet til hiv, å redusere nysmitte – særlig blant sårbare grupper, og å redusere mørketall (tidlig avdekking av hivinfeksjon; test, utredning, diagnostikk og tilpasset rådgivning).

I forbindelse med evaluering midtveis i strategiperioden, er det offentliggjort en statusrapport som oppsummerer departementenes og direktoratenes aktiviteter knyttet til oppfølging av den nasjonale hivstrategien og en rapport med oppsummering av erfaringer og synspunkter som kom fram under fra Midtveiskonferansen som ble arrangert i april 2012.¹³

Om seksualundervisning og annen primærforebygging, se punkt 9.4.2.

Alle nivåer i helsetjenesten er involvert i smittevernarbeid, se punkt 9.4.3. Kommunene har en sentral rolle i smittevernet også på andre måter, se punkt 9.4.4.

9.4.2 Seksualundervisning og annen primærforebygging

Forebygging deles gjerne inn i primær- og sekundærforebygging. Primærforebygging skjer før folk blir smittet. Om sekundærforebygging, se punkt 9.4.3 om smittevernarbeid i helsetjenesten.

Primærforebyggende tiltak kan være rettet mot hele befolkningen, blant annet i form av informasjon og holdningskampanjer. Et eksempel er plakater på offentlige steder, transportmidler mv. med informasjon om seksuelt overførbare infeksjoner og hvordan disse smitter og hvordan man kan unngå smitte.

Primærforebygging omfatter også konkrete tjenester og tiltak, som for eksempel å sikre god tilgang til kondomer og gi opplæring i bruk og hvordan man får tak i slike. Helsetjenester knyttet til seksuell helse, og lavterskeltilbud, særlig rettet inn mot ungdom og/eller menn som har sex med menn, er viktige forebyggende tiltak for å kunne gi individuell opplæring i tillegg til tidlig diagnostisering og behandling av seksuelt overførbare infeksjoner.

Vaksinasjon er et viktig primærforebyggende tiltak mot visse sykdommer, for eksempel humant papillomavirus (HPV) og hepatitt B.

Forebyggingsarbeid skjer også i samarbeid med risikogrupper og eventuelt pasientgruppers interesseorganisasjoner og gjennom deres nettsider og sosiale medier.

Primærforebygging omfatter også informasjon til utvalgte grupper, for eksempel skoleelever, blant annet om seksuelt overførbare infeksjoner og smitteoverføring. Det er et mål at opplæring om seksuelt overførbare infeksjoner skal føre til at ungdommene forstår sammenhengen mellom seksuell atferd og smitte og lærer beskyttelsesstrategier.

I henhold til læreplan¹⁴ i naturfag for 8. til 10. trinn i grunnskolen er mål for opplæringen i emnet «Kropp og helse» blant annet at elevene skal kunne drøfte problemstillinger knyttet til seksualitet, ulik seksuell orientering, prevensjon, abort og seksuelt overførbare infeksjoner, forklare hvordan kroppen beskytter seg mot sykdom, og beskrive hvordan man kan forebygge og behandle infeksjonssykdommer. Seksualundervisning gjennomføres ofte av helsesøstre eller lærere.

¹² <http://www.fhi.no>

¹³ <http://www.helsedirektoratet.no/folkehelse/seksuell-helse/strategier/Sider/hiv-strategi.aspx>

¹⁴ Fastsatt som forskrift av Kunnskapsdepartementet 24. juni 2010; <http://www.udir.no/Lareplaner/Grep/Modul/?gmid=0&gmi=183387>

Kunnskapsmangel, særlig blant unge, og tiltak for å bøte på dette, er tema i *Nasjonal hivstrategi (2009–2014) Aksept og mestring*, se s. 20–21. Se også rapporten fra Midtveiskonferansen s. 8–11, særlig s. 10–11 hvor det påpekes mangler og mulige løsninger knyttet til seksualundervisning m.m.

Det kan nevnes at det fra 2011 er iverksatt et tiltak kalt «Uke Sex»¹⁵ som er både en kampanje og undervisning for 7.–10. klasse. Dette er et samarbeid mellom Helse- og omsorgsdepartementet og Kunnskapsdepartementet, og er finansiert av Utdanningsdirektoratet og Helsedirektoratet.

Det finnes lite forskning på effekten av forebyggende tiltak, men i følge en gjennomgang av 500 studier (Forsberg, 2007/2008) vedrørende ungdommers seksuelle helse var visse faktorer felles for vellykkete forebyggingsprogrammer:

- Den teoretiske kunnskapen må være forankret i kunnskap om sosial påvirkning, innlæring og atferd, og den må være spesifikt rettet mot å oppnå beskyttet sex.
- Det må gis tydelig informasjon om negative konsekvenser av å ha ubeskyttet sex og hvordan man kan unngå dette.
- Det må arbeides med strategier for å håndtere påvirkning fra kamerater og fra media (tolke budskap og deres underliggende agenda). Det er viktig med alderstilpassede diskusjoner for å utvikle gruppenormer mot ubeskyttet sex og i tillegg viktig å øve på kommunikasjon og forhandling i seksuelle situasjoner.
- Det bør oppmuntres til åpen kommunikasjon om sex, og det er viktig med adekvat utdanning av dem som leder intervensjonene.

Systematisk litteratur gjennom de senere årene om effekten av intervensjoner for å forebygge både seksuelt overførbare infeksjoner og uønskede graviditeter blant ungdom og unge voksne synes i stor grad å konkludere i én retning (DiCenso, Guyatt, Willian, 1999; DiCenso, Guyatt, Willian, & Griffith, 2002; Exner, Seal & Ehrhardt, 1997; Johnson, Carey, Marsh, et al., 2003; Robin, Dittus, Whitaker, et al., 2004; Sangani, Rutherford & Wilkinson, 2007; Shepherd, Weston, Peersman & Napuli, 2000; Træen, 2003; Wingood & DiClemente, 1996). Det er vist at langvarige, teoribaserte intervensjoner rettet mot ungdom har større sannsynlighet for å ha den ønskede effekt enn kortvarige og ikke-teoribaserte intervensjoner (Kim, Stanton, Li, Dickersin & Galbraith, 1997). De mest effektive intervensjonene involve-

rer ungdommene over en lengre tidsperiode, vektlegger en spesifikk atferd (f.eks. kondombruk med nye partnere), overfører og deler kunnskap, fokuserer på sosialt press, praktisk trening og rollemodellering, og inkluderer kvalifiserte voksenpersoner og såkalte «peer-leaders» (Apple-gate, 1998; DiCenso et al., 1999; Kvaem, Sundet, Rivø, Eilertsen & Bakketeig, 1996).

I tillegg har en norsk studie vist at hvorvidt man bruker kondom under samleie med en ny partner, har en klar sammenheng med om man opplever at man mestrer kondombruk i lidenskapelige erotiske situasjoner (Kvaem & Træen, 2000).

Andre studier har vist at intervensjoner som støtter ungdom psykologisk på en ikke moraliserende måte, og som gir dem praktisk informasjon forankret i det unge menneskets sosiale virkelighet, er effektive (Oakley & Fullerton, 1994). Det framheves også at evaluering av tiltak som settes i gang, må styrkes, slik at vi får sikrere kunnskap om hva som faktisk virker. Det synes imidlertid klart at intervensjoner om seksuell helse rettet mot ungdom ikke øker den seksuelle aktiviteten, og at kampanjer som promoterer seksuelt avhold ikke er effektive (DiCenso et al., 1999).

To metodisk solide og longitudinelle intervensjoner i Norge har konkludert likt med hensyn til effekt av seksualundervisning blant ungdom (Kvaem et al., 1996; Træen, 2003). Blant ungdom som fikk en undervisningspakke og som samleie-debuterte i tidsrommet fra de fylte ut første til andre spørreskjema, fant man økt bruk av kondom sammenlignet med andre grupper. Dette er et gledelig resultat som demonstrerer betydningen av å nå ungdom med helsefremmende budskap før de har hatt sitt første samleie. Det er overveiende sannsynlig at det å øke oppmerksomheten, interessen og selvbevisstheten rundt egen seksualitet før intervensjonen, som er det som faktisk skjer når man fyller ut et spørreskjema, øker sannsynligheten for suksess (Kvaem et al., 1996).

9.4.3 Smittevernarbeid i helsetjenesten

Sekundærforebygging omfatter tiltak for å hindre videre smittespredning etter at en person allerede er smittet. Sekundærforebyggingen gjøres i hovedsak av helsepersonell og består blant annet i testing, behandling, smittevernveiledning og smitteoppsporing.

En rekke smittsomme sykdommer kan kureres, og tidlig diagnose og behandling er da viktige tiltak for å hindre videre smitte. Diagnostikk kan

¹⁵ http://sexopolitikk.no/uke_sex/

skje hos fastlege, kommunelege eller hos spesialist, da ofte i de særskilte tilbudene rettet mot seksuell helse.

Mange personer med seksuelt overførbare infeksjoner har få eller ingen symptomer, og det er derfor viktig med enkel tilgang til testing. Med tanke på seksuelt overførbare infeksjoner er det opprettet lavterskeltilbud som helsestasjon for ungdom og venerologiske drop-in poliklinikker. For eksempel kan nevnes at storparten av klamydia-diagnostiseringen for den aktuelle aldersgruppen, skjer på helsestasjon for ungdom.

Olafiaklinikken, Oslo universitetssykehus, er i ferd med å etablere tilbud for menn som har sex med menn med hurtig diagnostikk av hiv kombinert med samtidig undersøkelse for andre seksuelt overførbare infeksjoner og motiverende intervju for å redusere risikoadferd.

Om lavterskel helsetilbud for rusmiddelbrukere, se punkt 9.4.1.

Tilbudet til personer med smittsomme sykdommer består i første rekke i undersøkelse og behandling samt veiledning om hvordan man kan unngå å overføre smitte til andre. Begrepet smittevern hjelp i smittevernloven § 6-1 skal imidlertid forstås svært vidt, og kan omfatte annet enn ordinære helsetjenester. Retten til smittevern hjelp i vid forstand gjelder også personer som står i fare for å bli smittet. Se nærmere i punkt 4.3.7, jf. også punkt 11.3.3.

I all hovedsak skjer smittevern arbeidet med pasientens frivillige medvirkning. Den enkelte som er eller kan være smittet med en allmennfarlig smittsom sykdom, har selv plikt til å gi beskjed til og oppsøke lege for nødvendig undersøkelse, gi nødvendige opplysninger som kan medvirke til å avklare smitteforholdene, ta imot den personlige smittevernveiledningen som legen har plikt til å gi, og la seg isolere når det er nødvendig, jf. smittevernloven § 5-1 og punkt 4.3.6. I helt særskilte tilfeller iverksettes undersøkelse eller isolering av smittefarlige pasienter med tvang, jf. smittevernloven §§ 5-2 og 5-3 og punkt 4.3.6. I helsetjenesten iverksettes det også tiltak for å unngå å overføre smitte mellom pasienter eller mellom helsepersonell og pasienter, jf. punkt 4.3.4 og 4.3.5.

I henhold til smittevernloven § 3-6 skal lege foreta smitteoppsporing ved funn av allmennfarlig smittsom sykdom som overføres fra en person til en annen, dersom det er gjennomførbart og hensynet til smittevernet krever det. Smitteoppsporing er i særlig grad aktuelt for å forebygge eller motvirke utbredelse av seksuelt overførbare infeksjoner. Gjennom smitteoppsporing kan man finne den personen indekspasienten¹⁶ har blitt

smittet av, og personer som indekspasienten kan ha overført smitten videre til (smittekontakter).

Formålet med smitteoppsporing er å gi behandling til personer som er ukjente med at han/hun kan ha en seksuelt overførbar sykdom, å bidra til å bryte smittekjeder og dermed redusere videre smittespredning, å forhindre reinfeksjon hos indekspasienten, og å forhindre komplikasjoner av infeksjonen hos kontakter med asymptomatisk infeksjon.

Det er i utgangspunktet den legen som diagnostiserer sykdommen, som skal foreta smitteoppsporing. Dersom den behandlende lege ikke ser seg i stand til å gjennomføre smitteoppsporing og oppfølging av de mulig smittede, skal legen uten hinder av lovbestemt taushetsplikt gi underretning om dette til kommunelegen i pasientens bostedskommune hvis hensynet til smittevernet krever det. Legen skal da også gi opplysning om eventuelle smittekontakter som indekspasienten har oppgitt.

Smitteoppsporingen kan være pasientformidlet ved at pasienten selv kontakter sine partnere, eller helsearbeiderformidlet (ofte delegert fra legen til sykepleier) ved at helsearbeideren kontakter pasientens seksuallkontakter via brev, e-post eller telefon. Indekspasientens identitet opplyses ikke. Ved påvisning av gonoré, syfilis og hiv er smitteoppsporing enten pasientformidlet eller helsearbeiderformidlet, men i begge tilfelle lages vanligvis smitteprotokoll for å sikre seg at alle smittekontakter blir undersøkt og får behandling. En slik arbeidsliste skal ikke føres inn i pasientjournalen og skal destrueres når smitteoppsporing er gjennomført.

Ved klamydia og enkelte seksuelt overførbare tilstander som ikke regnes som allmennfarlige smittsomme sykdommer, vil smitteoppsporing ofte være pasientformidlet ved at indekspasienten får med seg brev til samtlige kontakter. Kontaktene vil ta brevet med til lege, som ser hvilken infeksjon det dreier seg om, slik at det foretas riktig undersøkelse og eventuelt behandling. Dersom det vurderes at pasienten ikke er i stand til eller villig til å gi beskjed selv eller gjentatte ganger kommer med nye infeksjoner, vil man også ved klamydiainfeksjon vurdere å gjøre smitteoppsporing ved å ta opp navn og føre smitteprotokoll.

Ifølge smittevernloven § 5-1 har pasienter med allmennfarlig smittsom sykdom plikt til å delta i smitteoppsporing, men man har ikke tvangsmidler mot en person som ikke vil opplyse om sine

¹⁶ Den pasienten man tar utgangspunkt i når man starter en smitteoppsporingssak.

seksualpartnere. Erfaringen synes å være at de fleste samarbeider når de får forklart hvorfor smitteoppsporing er viktig for å bryte smittetilstanden og for at smittede kontakter skal få nødvendig behandling. I tilfeller der pasienten ikke samarbeider og legen mistenker at det finnes en eller flere partnere som utsettes for smitte fordi indekspasienten holder sin smittestatus skjult, kan det være aktuelt å gjøre unntak fra taushetsplikten i medhold av bestemmelsene om opplysningsrett og opplysningsplikt i smittevernloven § 2-2, jf. punkt 4.3.3. Se også punkt 11.3.4.

Kommunehelsetjenesten har plikt til å tilby førstegangs helseundersøkelse til nyankomne asylsøkere, flyktninger og andre innvandrere. I disse gruppene er det relativt høy forekomst av allmennfarlige smittsomme sykdommer (hepatitt B, hiv, tuberkulose o.a.) Dette inkluderer også gruppen familiegjenforente. Se punkt 11.3.7 om utvalgets vurderinger og forslag med hensyn til smittevernarbeid blant andre asylsøkere og andre innvandrere, særlig når det gjelder hiv.

Selv om det grunnleggende smittevernarbeidet er kommunenes ansvar, se også punkt 9.4.4, er spesialisthelsetjenesten sentral i arbeidet med en rekke smittsomme sykdommer, især dermatovenerologiske og infeksjonsmedisinske sykehusavdelinger. For eksempel skjer medisinsk behandling og oppfølging av hivpositive i hovedsak i spesialisthelsetjenesten (ved infeksjonsmedisinske avdelinger/poliklinikker).

Etter smittevernloven § 7-3 skal det regionale helseforetaket sørge for at befolkningen i helseregionen med hensyn til smittsom sykdom er sikret nødvendig spesialistundersøkelse, laboratorieundersøkelse, poliklinisk behandling og sykehusbehandling, forsvarlig isolering i sykehus, og annen spesialisthelsetjeneste. Videre skal det regionale helseforetaket utarbeide en plan om det regionale helseforetakets tiltak og tjenester for å forebygge smittsomme sykdommer eller motvirke at de blir overført. Det regionale helseforetaket skal også utpeke en sykehuslege som kan gjøre vedtak etter smittevernloven §§ 4-2 og 5-8 sammen med kommunelegen.

Norsk forening for infeksjonsmedisin (en fagmedisinsk forening under Legeforeningen) har med økonomisk støtte fra Helsedirektoratet utarbeidet *Faglige retningslinjer for oppfølging og behandling av hiv* (2012). Disse retningslinjene bygger i stor grad på retningslinjer fra European AIDS Clinical Society (EACS)¹⁷ fra oktober 2011. I retningslinjene gis anbefalinger med hensyn til

hva som skal undersøkes og kartlegges ved førstegangskonsultasjon og senere kontroller av hivpositive pasienter hver tredje til sjette måned. Retningslinjene omhandler også indikasjon for oppstart av hivbehandling, oppfølging av hivpositive kvinner med tanke på prevensjon og eventuelt svangerskap, posteksposisjonsprofylakse (PEP), resistens og terapisivikt.

Som nevnt er smittevern hjelp et vidt begrep, og dersom helsepersonellet ikke selv har den nødvendige kompetanse til å yte hjelpen, må det henvises videre eller på annen måte formidles kontakt med rette instans, jf. 11.3.3 og 4.3.7. Det kan for eksempel være aktuelt med helse- og omsorgstjenester knyttet til psykisk lidelse, rusmiddelproblemer eller sosiale problemer.

9.4.4 Annet smittevernarbeid i kommunene

Kommunene er involvert i smittevernarbeid på en rekke måter, ikke bare gjennom den kommunale helse- og omsorgstjenesten, jf. punkt 9.4.3. I dette punktet redegjøres kort for de kommunale oppgavene og organiseringen av smittevernarbeidet i kommunene.

Det kommunale smittevern utføres av ulike instanser innen kommunen, vanligvis med kommunelege 1 som faglig ansvarlig og medisinsk-faglig rådgiver. I enkelte store kommuner kan det medisinskfaglige feltet være delt på flere leger, og det kan for eksempel være ansatt en egen smittevernlege. En del mindre kommuner kan ha et interkommunalt samarbeid på smittevernområdet.

I smittevernloven er kommunens og kommunelegens oppgaver fastsatt i henholdsvis §§ 7-1 og 7-2. Kommunen skal blant annet sørge for at alle som bor eller midlertidig oppholder seg i kommunen «er sikret nødvendige forebyggende tiltak, undersøkelsesmuligheter, behandling og pleie utenfor institusjon og pleie i sykehjem eller annen kommunal helseinstitusjon».

I kommuner med flere kommuneleger skal en av dem utpekes til å utføre smittevernoppgavene. De innbefatter blant annet planleggingsansvar, informasjon, opplysninger og råd til befolkningen om vern mot smittsomme sykdommer, og å utføre andre oppgaver pålagt i lov og forskrift.

Når kommunelegen er gitt myndighet direkte i loven, vil kommunelegen være selvstendig i forhold til kommunen. Kommunelegen er i noen sammenhenger gitt særlig myndighet i hastetilfeller, jf. for eksempel smittevernloven § 4-1 femte ledd.

Med hensyn til forebyggende tiltak har kommunelegen en plikt og rett til å utarbeide slike for-

¹⁷ www.eacs.eu

slag, men det er kommunen som bestemmer hvilke ressurser som skal gis til oppgavene, og kommunelegen har ingen instruksjonsrett eller disposisjonsadgang på kommunens vegne.

Når det er nødvendig for iverksetting av tiltak eller for oversikt og kontroll i forbindelse med smittsomme sykdommer, kan kommunelegen kreve opplysninger fra offentlige kilder eller privat helse- og omsorgstjeneste uten hinder av lovbestemt taushetsplikt, jf. smittevernloven § 2-2 siste ledd.

Kommunelegen skal også bistå helsepersonell i kommunen med råd og veiledning, og helsepersonell kan forelegge visse spørsmål for kommunelegen, gi opplysninger til kommunelegen og/eller overlate håndteringen av visse saker til kommunelegen, jf. blant annet smittevernloven § 3-5 andre ledd om undersøkelse, oppklaring og oppfølging av smittede personer, og § 3-6 om smitteoppsporing, smittede personer som ikke følger den personlige smittevernveiledningen som legen har gitt, og når det er mistanke om en allmennfarlig smittsom sykdom som skyldes miljøsmitte, f.eks. en sykdom som skyldes overføring av smitte fra drikkevann, matvarer eller dyr. Etter § 2-2 fjerde ledd kan tvil knyttet til spørsmål om videreføring av taushetsbelagte opplysninger, forelegges kommunelegen, som eventuelt kan bringe saken videre til fylkesmannen.

Det tilligger kommunelegen å forberede saker om tvungen legeundersøkelse etter smittevernloven § 5-2 eller tvungen isolering etter § 5-3 som grunnlag for behandling i smittevernemnda, og eventuelt fatte hastevedtak om tvungen legeundersøkelse etter § 5-2 sammen med en lege utpekt av det regionale helseforetaket, jf. §§ 5-5 og 5-8.

Mattilsynet skal straks underrette kommunelegen eller fylkesmannen ved mistanke om eller tilfelle av smittsom dyresykdom som kan utgjøre en fare for mennesker eller ved mistanke om smittsom sykdom som formidles til mennesker via næringsmidler, jf. smittevernloven § 4-10 tredje ledd.

Kommunen utreder forhold knyttet til luftbåren og vann- eller matbåren smitte i samarbeid med de aktuelle fagorganer, herunder Mattilsynet. Om utbrudd av sykdommen giardiasis som følge av smittespredning via drikkevann, se punkt 6.9 om matloven og punkt 5.2.3. Varslede enkelttilfeller av legionellose, som skyldes luftbåren smitte, leder til et ganske omfattende samarbeid mellom kommunelegen og de instanser i kommunen som arbeider med miljørettet helsevern, for å oppspore smitekilden. Dette er spesielt viktig dersom smitekilden skulle befinne seg på et sted

hvor det ferdes mange mennesker. For eksempel en kjøleanretning på et kjøpesenter, et ventilasjonsanlegg på et hotell eller en cruisebåt eller liknende anretninger i industrien. Eiere og/eller drivere av slike anlegg er pålagt internkontroll. Kommunen fører oversiktslister over slike kjølesystemer og tar årlige stikkprøver på internkontrollen. Se punkt 6.7 om folkehelsesloven og punkt 5.2.3.

Litteratur- og referanseliste for kapittel 9

- Aksept og mestring – Nasjonal hivstrategi (2009–2014), I-1143 B, 2009.
- Applegate, M. (1998). 'AIDS education for adolescents: A review of the literature', *Journal of HIV/AIDS Prevention and Education in Adolescents and Children*, 2, 5-29.
- Bouhnik, AD., Préau, M., Schiltz, MA., Peretti-Watel, P., Obadia, Y., Lert, F., Spire, B & VESPA Study Group (2006). *Unsafe sex with casual partners and quality of life among HIV-infected men: evidence from a large representative sample of outpatients attending French hospitals (ANRS-EN12-VESPA)*. *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes*, 42(5), 597–603.
- Bouhnik, AD., Préau, M., Schiltz, MA., Lert, F., Obadia, Y., Spire, B & VESPA Study Group (2007 A). *Unprotected sex in regular partnerships among homosexual men living with HIV: a comparison between sero-nonconcordant and seroconcordant couples (ANRS-EN12-VESPA Study)*. *AIDS*, 21, 43–48.
- Bouhnik, AD., Préau, M., Lert, F., Peretti-Watel, P., Schiltz, MA., Obadia, Y., Spire, B & VESPA Study Group (2007 B). *Unsafe sex in regular partnerships among heterosexual persons living with HIV: evidence from a large representative sample of individuals attending outpatient's services in France (ANRS-EN12-VESPA Study)*. *AIDS*, 21, 57–62.
- Bouhnik, AD., Préau, M., Obadia, Y. & Spire, B (2008): *Sexual Difficulties in People Living with HIV in France – Results from a Large Representative Sample of Outpatients Attending French Hospitals (ANRS-EN12-VESPA)*. *AIDS and Behavior*, 12 (4), 670–676.
- Buchacz, K, McFarland, W., Kellogg T. A., Loeb, L., Holmberg, S. D., Dilley, J. & Klausner, J.D. (2005). *Amphetamine use is associated with increased HIV incidence among men who have sex with men in San Francisco*. *AIDS*, 19, 1423–1424.
- Burkholder, G. J., Harlow, L. L. & Washkwich J.-L. (1999). *Social stigma, HIV/AIDS knowledge*

- and sexual risk*. Journal of Applied Biobehavioral Research, 4, 27–44.
- Carstensen, M. & Dahl, A. (2008). *HIV and living conditions – A survey of living conditions and quality of life of people living with HIV in Denmark*. København, HIV-Danmark.
- Dahl, A. & Eiersted, M. R. (2010). *Sentestere: en undersøgelse blandt hiv-smittede i Danmark*. Hiv-Danmark.
- DiCenso, A., Guyatt, G., & Willan, A. (1999). *A systematic review of the effectiveness of adolescent pregnancy primary prevention programs*. Ontario-PHRED, Effective Public Health Practice Project.
- DiCenso, A., Guyatt, G., Willian, A., & Griffith, L. (2002). *Interventions to reduce unintended pregnancies among adolescents: systematic review of randomised controlled trials*. British Medical Journal, 324, 1-9.
- Elford, J., Anderson, J. Bukutu, C. & Ibrahim, F. (2006). *Study protocol. HIV in East London: ethnicity, gender and risk. Design and methods*. BMC Public Health.
- Elford, J., Ibrahim, F., Bukutu, C. & Anderson, J. (2007). *Sexual behaviour of people living with HIV in London: implications for HIV transmissions*. AIDS, 21, S63–S70.
- Elford, J., Ibrahim, F., Bukutu, C. & Anderson, J. (2008 A). *Disclosure of HIV Status. The role of Ethnicity Among People Living With HIV in London*. Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes, 47 (4), 514–521.
- Elford, J., Ibrahim, F., Bukutu, C. & Anderson, J. (2008 B). *HIV-Related Discrimination Reported by People Living with HIV in London, UK*. AIDS and Behavior, 12 (2), 255–264
- EMIS (2010). *Europeiske menn som har sex med menn internettundersøkelse. Norske resultater. Rapport*. Oslo, Prosjektteamet EMIS Norge.
- Eriksson, L. (2012). *Positivt liv. En internationell kunnskapsöversikt om att undersöka livskvalitet och livssituationen hos personer som lever med hiv*. Solna, Smittskyddsinstitutet.
- Exner, T.M., Seal, D.W. & Ehrhardt, A.A. (1997). *'A review of HIV interventions for at-risk women'*, AIDS and Behaviour, 1, 93-123.
- Fangen, K., Grønningsæter, A. B., Lorentzen, T. & Øverås, S. (2002). *Levekår og livskvalitet blant hivpositive*. Rapport nr. 402. Oslo, Fafo.
- Forsberg, M. (2007/2008). *Ungdomars sexuella hälsa – internationella kunskapssammanställningar och svenska erfarenheter av förebyggande arbete/Sexual health in young people – International research summaries and Swedish experiences of preventive work*. Socialstyrelsen, Stockholm.
- Frøland, Stig S. (2012). *HIV/AIDS – Medisinske aspekter*. NOUens vedlegg 1.
- Gagnon, J. & Simon, W. (2005). *Sexual conduct. The social sources of human sexuality*. Second edition. New Brunswick, Aldine Transaction.
- Garofalo, R., Mustanski, B.S., McKirnan, D.J., Herrick, A. & Donenberg, G.R. (2007). *Metamphetamine and Young Men Who Have Sex With Men. Understanding Patterns and Correlates of Use and the Association With HIV-Related Risk*. Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine, 161, 591–596.
- Gravningen, K. & Træen, B. (2010). *The use of protection for sexually transmitted infections (STIs) among Norwegian adolescents and young adults 2009*. Paper presented at the 10th Congress of the European Federation of Sexology, Porto, May 09–13.
- Grønningsæter, A. B., Mandal, R., Nuland, B. R. & Haug, H. (2009). *Fra holdninger til levekår. Liv med HIV i Norge i 2009*. Rapport nr. 13, Oslo, Fafo.
- Johnson, B. T., Carey, M. P., Marsh, K. L., Levin, K. D., & Scott-Sheldon, L. A. J. (2003). *Interventions to reduce sexual risk for the human immunodeficiency virus in adolescents, 1985-2000*. Archives of Pediatric and Adolescent Medicine, 157, 381-388.
- Katz, M. H., Schwarcz, S. K., Kellogg, T. A., Klausner, J. D., Dilley, J. W., Gibson, S. & McFarland, W. (2002). *Impact of highly active antiretroviral treatment on HIV seroincidence among men who have sex with men: San Francisco*. American Journal of Public Health, 92, 388–394.
- Kim, N., Stanton, B., Li, X., Dickersin, K. & Galbraith, J. (1997). *'Effectiveness of the 40 adolescent AIDS-risk reduction interventions: A quantitative review'*, Journal of Adolescent Health, 20, 204–215.
- Koblin, B.A., Chesney, M.A., Husnik, M.J., Bozeman, S., Celum, C.L., Buchbinder, S., Mayer, K., McKim, D., Judson, F.N., Huang, Y., Coates, J.T. & the EXPLORE Study Team (2003). *High-Risk Behaviors Among Men who Have Sex with Men in 6 US Cities: Baseline Data From the EXPLORE Study*. American Journal of Public Health, 93(6), 926–932.
- Kontula, O. (2003). *Trends in Teenage Sexual Behaviour, Pregnancies, Sexually Transmitted Infections and HIV infections in Europe*. I N. Bajos, A. Guillaume & O. Kontula (reds). Reproductive health behaviour of young Europeans. Volume 1. Population Studies No. 42

- (pp. 77–137). Strasbourg, Council of Europe Publishing.
- Korthuis, T.P., Zephyrin, L.C., Fleishman, J.A., Saha, S., Josephs, J.S. McGrath, M.M., Hellinger, J. & Gebo, K.A. (2008). *Health-Related Quality of Life in HIV-Infected Patients: The Role of Substance Use*. *AIDS Patient Care and STDs*, 22(11), 859–867.
- Kvalem, I. L., & Træen, B. (2000). *Self-efficacy, scripts of love and intention to use condoms among Norwegian adolescents*. *Journal of Youth and Adolescence*, 29, 337–353.
- Kvalem, I.L., Sundet, J.M., Rivø, K.I., Eilertsen, D.E. and Bakketeig, L.S. (1996). 'The effect of sex education on adolescents' use of condoms: Applying the Solomon four-group design', *Health Education Quarterly*, 23, 34–47.
- Lear, D. (1995). *Sexual communication in the age of AIDS: The construction of risk and trust among young adults*. *Social Science & Medicine*, 41, 1311–1323.
- Lert, F., Sitta, R., Bouhnik, AD., Dray-Spira, R. & Spire, B. (2010). *HIV-positive men who have sex with men: biography, diversity in lifestyles, common experience of living with HIV. ANRES-EN12 VESPA Study, 2003*. *AIDS Care*, 22 (1), 71–80.
- Levinson, R. A., Jaccard, J. & Beamer, L. (1995). *Older adolescents' engagement in causal sex: Impact of risk perception and psychosocial motivations*. *Journal of Youth and Adolescence*, 24, 349–364.
- Lewin, B., Fugl-Meyer, K., Helmius, G., Lalos, A. & Månsson, SA. (2000). *Sex in Sweden. On the Swedish Sexual Life*. Stockholm, National Institute of Public Health.
- Mandal, R., Nuland, B. R. og Grønningsæter A. B. (2008): *Fortsatt farlig å kysse? Kunnskap om og holdninger til hiv*. Rapport nr. 21, Oslo, Fafo.
- Marcus, U. (2011). *Indicators for Monitoring HIV/STI among MSM – the EMIS experience*. Presentation on the ECDC Advisory Group Meeting, Stockholm, september 15, 2011.
- Mimiaga, M. J., Goldhammer, H., Belanoff, C., Tetu, A. M. & Mayer, K. H. (2007). *Men who have sex with men: perceptions about sexual risk, HIV and sexually transmitted disease testing, and provider communication*. *Sexually Transmitted Diseases*, 34, 113–119.
- Misovich, S. J., Fisher, J. D. & Fisher, W. A. (1997). *Close relationship and elevated HIV risk behavior: Evidence and possible underlying psychological processes*. *Review of General Psychology*, 1, 72–107.
- Moseng, B. U. (2005). *Skeive dager 2003 – en rusundersøkelse*. NOVA-rapport 3/05. Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring, Oslo.
- Nasjonalt folkehelseinstitutt. (2012) *Hivsituasjonen i Norge i 2011*. www.fhi.no Publisert 2. mars 2012, oppdatert 9. mars 2012.
- Nasjonalt folkehelseinstitutt. *Smittevern boka*. www.fhi.no.
- Oakley, A. and Fullerton, D. (1994). *Risk, knowledge and behaviour: HIV/AIDS education programs and young people. Report for North Thames Regional Health Authority*. London, Social Science Research Unit, University of London.
- Pedersen, W., Samuelsen, S.O. & Wickstrøm, L. (2003). *Sexual debut age: Poor resources, problem behavior or romantic appeal? A population-based longitudinal study*. *Journal of Sex Research*, 40, 333–345.
- Pedersen, W. & Samuelsen, S.O. (2003). *Nye mønstre av seksualatferd blant ungdom*. *Tidsskrift for den norske legeforening*, 123, 3006–3009.
- Pedersen, W. (2005). *Nye seksualiteter*. Oslo, Universitetsforlaget AS.
- Peretti-Watel, P., Spire, B., Pierret, J., Lert, F., & Obadia, Y., (2006). *Management of HIV-related stigma and adherence to HAART: Evidence from a large representative sample of outpatients attending French hospitals (ANRS-EN12-VESPA 2003)*. *AIDS Care* 18 (5), 254–261.
- Prohaska, T. R., Albrecht, G., Levy, J. A., Sugrue, N. & Kim, J. H. (1990). *Determinants of self-perceived risk for AIDS*. *Journal of Health and Social Behavior*, 31, 384–394.
- Robin, L., Dittus, P., Whitaker, D., Crosby, R., Ethier, K., Mezoff, Miller, K., & Pappas-Deluca, K. (2004). *Behavioral interventions to reduce incidence of hiv, std, and pregnancy among adolescents: A decade in review*. *Journal of Adolescent Health*, 34, 3-26.
- Sangani, P., Rutherford, G., & Wilkinson, D. (2007). *Population-based interventions for reducing sexually transmitted infections, including HIV infection (review)*. *The Cochrane Library*, 3, 1-23.
- Shepherd, J., Weston, R., Peersman, G. and Napuli, I.Z. (2000). *Interventions for encouraging sexual lifestyles and behaviours intended to prevent cervical cancer (Cochrane Review)*, in *The Cochrane Library* 4.
- Smittskydds instituttet (2012). *Alkohol och sexuell risktagande. Teoretiska perspektiv och en kvalitativ studie om alkohol och sexuell risktagande bland ungdomar och unga vuxna*. Solna, Smittskydds instituttet.
- Tikkanen, R. (2008). *Person, relation och situation. Riskhandlingar, hivtest och preventiva behov*

- bland män som har sex med män.* Malmö, Malmö högskola.
- Træen, B. & Lewin, B. (1992). *Casual sex among Norwegian adolescents.* Archives of Sexual Behavior, 21, 253-270.
- Træen, B., Stigum, H., & Sørensen, D. (2002). *Sexual diversity in urban Norwegians.* Journal of Sex Research, 39(4), 249-258.
- Træen, B., Stigum, H. & Magnus P. (2003). *Rapport fra seksualvaneundersøkelsene i 1987, 1992, 1997 og 2002.* Oslo, Nasjonalt folkehelseinstitutt.
- Træen, B. (2003). *Effect of an intervention to prevent unwanted pregnancy in adolescents. A randomised, prospective study from Nordland County, Norway 1999-2001.* Journal of Community & Applied Social Psychology, 13, 207-223.
- Træen, B., Eek-Jensen, L., & Stigum, H. (2005). *Sex customers in Norway 2002.* Electronic Journal of Human Sexuality, Volume 8, september 26. www.ejhs.org.
- Træen, B., Holmen, K., T. & Stigum, H. (2007). *Extradysadic sexual relationships in Norway.* Archives of Sexual Behavior, 36, 55-65.
- Træen, B., Kvalem, I. L. & Lewin, B. (2008). *Masturbasjon, selvbilde og følelser for sex i et longitudinelt utvalg norske ungdommer.* Tidsskrift for Norsk Psykologforening, 45, 674-682.
- Træen, B. & Lewin, B. (2008). *Sexology in context. A scientific anthology.* Oslo, Universitetsforlaget AS.
- Træen, B., Gorecka, M. M., & Bårdsen, J. L. (2011). *Vurdering av smitterisiko for klamydia og HIV i et web-utvalg unge voksne i Norge.* Tidsskrift for Norsk Psykologforening, 48, 426-435.
- Træen, B., Štulhofer, A & Landripet, I. (2011). *Young and Sexual in Norway and Croatia: Revisiting the Scandinavian vs. Mediterranean Gendered Pattern of Sexual Initiation.* International Journal of Sexual Health, 23, 196-209.
- Træen, B. & Gravningen, K. (2011). *The use of protection for sexually transmitted infections (STIs) among heterosexual young adults 2009.* Sexuality and Culture, 15, 195-21.
- Wingood, G. M. & DiClemente, R. J. (1996). *HIV sexual risk reduction interventions for women: A review.* American Journal of Preventive Medicine, 12, 209-17.

Kapittel 10

Synspunkter og erfaringer blant berørte

10.1 Innledning

Det har lenge vært kjent at personer som føler seg berørt av straffeloven 1902 § 155 om smitteoverføring og smittefare, og deres organisasjoner har ønsket en full fjerning av § 155. Lignende meninger er vanlige i tilsvarende miljøer i en del andre europeiske land. Det samme gjelder blant annet de nordamerikanske landene.

Det har vært viktig for utvalget å gjøre seg kjent med erfaringer, synspunkter og argumentasjon blant berørte og deres organisasjoner og andre som har engasjert seg i spørsmålet om strafferegulering og straffeforfølgning av smitteoverføring og smittefare. I dette kapitlet refereres synspunkter og erfaringer som er kommet til uttrykk på ulike måter.

I punkt 10.2 omtales høringsuttalelser fra norske interesseorganisasjoner m.fl. i forbindelse med lovarbeid og andre ytringer i norske media mv.

Internasjonalt engasjement på feltet omtales kort i punkt 10.3.

Punkt 10.4 viser til undersøkelser om hivpositive levekår mv.

I punkt 10.5 oppsummeres innspillene i utvalgets høring vinteren 2011–2012.

Punkt 10.6 inneholder synspunkter fra et av utvalgsmedlemmene, som selv lever med hiv.

I punkt 10.7 sies noe om hvordan utvalget også på andre måter har fått innblikk i erfaringer og synspunkter blant berørte, i tillegg til kunnskap om dette fra utvalgsmedlemmers eget liv og virke. Avslutningvis sies noe om utvalgsmedlemmenes vektlegging av berørtes synspunkter og erfaringer.

Som det fremgår i punkt 10.5, er det en rekke organisasjoner i Norge som har synspunkter på spørsmålet om strafferegulering og straffeforfølgning av smitteoverføring og smittefare.

Innspillene utvalget har mottatt i høringen, og andre ytringer om temaet, gjelder i all hovedsak hiv og seksuell smitte. Dette må antas å ha sammenheng med at rettspraksis på området gjen-

nomgående gjelder denne sykdommen og smitte-måten. Videre gjelder det internasjonale engasjementet på feltet nærmest utelukkende hiv, og er i stor grad knyttet opp mot FN-organet UNAIDS som bare arbeider med denne sykdommen, se punkt 8.3.5. Når det spesielt gjelder utvalgets arbeid, er det dessuten i mandatet særskilt vist til problemstillinger vedrørende hiv, som i Norge per i dag i hovedsak overføres seksuelt.

Det er ingen pasientorganisasjon eller lignende som samler personer med ulike smittsomme sykdommer.

Når det gjelder hiv/aids, er HivNorge nå den sentrale interesseorganisasjonen. Organisasjonen har bakgrunn i de to organisasjonene Landsforeningen mot aids (LMA) og Pluss, som gikk sammen til Pluss – Landsforeningen mot aids.¹ Flere andre organisasjoner er også involvert i forebyggingsarbeid rettet mot hiv og andre seksuelt overførbare infeksjoner.

Om innspill fra Landsforeningen for hjerte- og lungesyke (LHL), som er en interesseorganisasjon for blant andre mennesker med tuberkulose, se punkt 10.5.

10.2 Uttalelser og ytringer fra organisasjoner og interessegrupper m.m.

Synspunkter på strafferegulering av smitteoverføring og smittefare er naturlig nok kommet til uttrykk i forbindelse med relevant lovarbeid, blant annet i høringsuttalelser.

Straffeloven 1902 § 155 ble endret ved vedtagelsen av smittevernloven. Lovarbeidet gikk over flere år før loven ble vedtatt i 1994 og satt i kraft i 1995. Det fremgår ikke av forarbeidene at noen av høringsinstansene ytret seg om endrin-

¹ En fremstilling av disse organisasjonenes historie og arbeid er gitt av Olav André Manum i boken *Kjærlighet, kunnskap og kondom – Den hivpolitiske kampen i Norge*, Oslo, 2010.

gene i straffeloven, eller at det ble fremmet synspunkter på strafferegulering, bortsett fra at det ikke var ønskelig med straffereaksjoner i forbindelse med smittevernloven.² Heller ikke i sosialkomiteens innstilling³ var straffeloven noe tema.

På bakgrunn av uttalelser i en høyesterettsavgjørelse⁴ ble strafferammene i straffeloven 1902 § 155 skjerpet i 2003. Det heter i Ot.prp. nr. 51 (2002–2003) s. 39 at flertallet av høringsinstansene var enige i at strafferammen i straffeloven § 155 burde heves, men at de hadde noe ulikt syn på hvor høy lengstestrafen burde være. Flere mente seks år, mens andre fant det riktig med åtte år. Noen mente straffskjerpingen bare burde gjelde forsettlige overtredelser. Folkehelseinstituttet så på sin side ikke behov for å heve strafferammen av allmennpreventive smittevernhensyn, men uttalte at det kunne være «et større problem at straffefølgelse og lovanvendelse i forhold til overføring av allmennfarlig smittsom sykdom ser ut til ha vært iverksatt på et relativt tilfeldig og ulikt grunnlag», og pekte på ulike faktorer som kan ha betydning for hvorfor et fåtall tilfeller av smitteoverføring kommer til rettsapparatet. Kirkerådet uttalte at bestemmelsen burde «vurderes nærmere, blant annet om den i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til svake parter som allerede er stigmatisert, for eksempel hiv-positive kvinner». Krisesentersekretariatet sluttet seg til forslaget om straffskjerping, men ga uttrykk for at § 155 ikke burde kunne brukes dersom smitten er overført fra sexarbeidere i forbindelse med salg av seksuelle tjenester.

PLUSS – Landsforeningen mot aids gikk i sin høringsuttalelse inn for at § 155 skulle oppheves. Det ble reist spørsmål om § 155 virker allmennpreventivt i den forstand at paragrafen kan hindre spredning av hiv gjennom trussel om straff. Foreningen mente at straffebudet stigmatiserer en hel pasientgruppe, med de uheldige konsekvenser det kan ha, herunder også for vilje til å la seg teste og åpenhet om smittestatus. Det ble pekt på at hiv ikke er spesielt smittomt, og at det er gjort medisinske fremskritt som reduserer sykdom og dødelighet, men det ble understreket at organisasjonen så på det overføre hiv til andre som meget alvorlig. Foreningen uttalte at den ikke prinsipielt var i mot at det skal være straffbart å smitte andre med hiv, men at straffefølgelse i

så fall må skje etter andre straffebestemmelser. Det er i proposisjonen inntatt et langt sitat fra uttalen (s. 40–42) som delvis hitsettes:

«Generelt om straff og helse.

På prinsipielt grunnlag vil vi slå fast at hiv er et helsemessig forhold og ikke strafferettslig. Hivpositive er i praksis den eneste diagnosegruppa i Norge som kan bli strafferettslig forfulgt. Det i seg selv mener vi har en sterk stigmatiseringseffekt.

Spørsmålet er om § 155 virker allmennpreventivt i den forstand at paragrafen kan hindre spredning av hiv gjennom trussel om straff. Dette må være det grunnleggende spørsmål når departementet foreslår heving av strafferammen.

Det er derfor med stor bekymring vi ser at dette overhodet ikke er berørt i høringsbrevet.

Generelt om hiv/aids.

Hivviruset smitter via enten blod eller sæd/sekret. Årsaken til smittespredning i Norge i dag skjer i hovedsak gjennom seksuell kontakt eller ved at sprøytebrukere deler samme sprøyte.

Begge de to overnevnte rettsakene dreier seg om smitte gjennom seksuell kontakt. En må tro at det å bevise smitte ved sprøytedeling er svært vanskelig.

Generelt kan en si at hivviruset ikke er spesielt smittomt. Mange undersøkelser viser at personer kan være utsatt for smitemulighet mange ganger uten å bli smittet, mens andre kan bli eksponert en gang og bli smittet.

Det er de senere år gjort betydelige fremskritt når det gjelder å behandle hiv. Men det er ennå langt igjen til en kan klare å fjerne viruset helt fra en person som er smittet. Medisinene kan bare holde virusutviklingen i sjakk. Det er fortsatt slik at hiv er en meget alvorlig diagnose som fører til sterkt nedsatt livskvalitet og ofte uførhet. Dødeligheten, altså utvikling til aids, er imidlertid gått sterkt tilbake de seinere år. Utvikling av medisiner går raskt, og en kan vente ytterligere bedring i tiden som kommer.

Men det er viktig for oss, som er hivpositives egen interesseorganisasjon, å understreke at vi ser på det overføre hiv til andre som meget alvorlig.

[...]

² Ot.prp. nr. 91 (1992–93) s. 111.

³ Innst. O. nr. 37 (1993–1994).

⁴ Rt. 2000 s. 195, se punkt 5.2.2.7 sak A.17.

§ 155 og den hivpositive

Som vi har påpekt tidligere opplever hivpositive det ofte stigmatiserende med sin diagnose, med de problemer det medfører. Det at det finnes en egen straffehjemmel for denne gruppa gjør ikke stigmatiseringseffekten mindre. Når det i det offentlige rom diskuteres økning av strafferammene gir det allmenheten også et tydelig signal om denne gruppas farlighet.

Det vil i noen tilfelle være vanskelig å bevise hvem som har smittet en person. Særlig dersom strafferammen heves og foreldelsesfristen dermed heves til 10 år. I høringsbrevet betraktes en heving av foreldelsesfristen til 10 år som en fordel. For oss fortøner det seg motsatt. Ettersom tiden går kan det bli svært vanskelig å bevise hvem som har smittet en person.

Det er også et annet moment som er viktig, nemlig forholdet mellom den hivpositive og helsevesenet. Dette må baseres på et grunnleggende tillitsforhold, både av hensyn til den hivpositive helse og for at helsevesenet hele tiden kan gi råd om til pasientene om hvordan en kan hindre videresmitte. I en av sakene som kom for høyesterett var det helsevesenet som anmeldte kvinnen fordi den fornærmede ikke ønsket anmeldelse. Slike tilfelle gjør at hivpositive kan kvie seg for å ha en åpen og ærlig dialog med sine medisinske hjelpere. Videre kan en fornærmet også ønske at det ikke skal bli allment kjent verken hvordan smitten har skjedd eller i det hele tatt at omgivelsen skal få kjennskap til vedkommendes hivstatus.

Opphev § 155

I dag er det en paragraf som i praksis kun retter seg mot hivpositive og vi kan ikke ha en paragraf i straffeloven som retter seg mot en spesiell pasientgruppe. Etter vårt syn strider dette mot vanlig rettsoppfatning om at diskriminering av personer eller grupper av personer ikke skal finne sted, noe som er eksemplifisert både i likestillingsloven og arbeidsmiljøloven.

Et annet viktig moment er, som tidligere omtalt, at hiv/aids ikke lenger automatisk kan betegnes som en dødelig sykdom, da det finnes medisiner som holder viruset i sjakk, og at den medisinske utviklingen på området er rask. Dermed vil farlighetsgraden ved hiv minskes, mens man altså går inn for å heve strafferam-

men. Dermed er inne på problematikken mellom sykdom og jus. Mens lovendringer går sakte, går den medisinske utviklingen raskt. Så når en skal bruke straff i forbindelse med sykdom vil en oppleve at når en lov endelig trer i kraft vil kanskje den medisinske utviklingen ha revet bort grunnlaget for lovendringen for lenge siden.

Sverige har ingen paragraf i sin straffelov når det gjelder smittefarlige sykdommer. Der brukes andre straffebestemmelser, slik som nevnt overfor. I Sverige var det på nittitallet rundt 20 slike saker, så det ser ikke ut til at mangel på egen paragraf hindrer rettsforfølgelse ved uaktsom eller forsettelig smitteoverføring. I Danmark kan en straffes med inntil 4 års fengsel for å smitte noen med en livstruende og uhelbredelig sykdom. Denne ble revurdert i 2001. En har her en mer dynamisk formulering i Norge ettersom det er straffeloven som anvender begrepet 'livstruende og uhelbredelig sykdom'. Dermed kan en i større grad til enhver tid definere livstruende og uhelbredelig sykdom i forhold til sykdommens faktiske farlighet. I Norge har en dette definert i Smittevernloven, og dermed har en ikke den danske dynamikken.

Vi er ikke prinsipielt i mot at det skal være straffbart å smitte andre med hiv. Men straffefølgelse må i så fall skje i ordinære straffebestemmelser, noe som høringsbrevet selv er inne på flere steder.

Vi vil også gjenta faren for at sterk fokusering på straff vil kunne føre til at mange i mindre grad ønsker å teste seg, hvilket er svært uheldig både fra et smittevernsynspunkt og et helsemessig synspunkt.

Pluss-Landsforeningen mot aids' krav er derfor at § 155 fjernes.»

Justiskomiteen⁵ hadde ingen merknader til lovforslaget utover at den støttet den foreslåtte økningen i strafferammen. Forslaget var ikke tema i debatten i Odelstinget. Lovforslaget ble vedtatt enstemmig. Strafferammen ble hevet til fengsel inntil seks år for forsettlige overtredelser, mens tre år ble beholdt for uaktsomme overtredelser.

I forbindelse med vedtagelsen av bestemmelsene om smitteoverføring og smittefare i straffeloven 2005 §§ 237 og 238, fremkom det få høringsuttalelser, og tilsynelatende ingen fra interesseorganisasjoner på feltet. I Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) i punktet om høringsinstansenes syn (s. 117–118)

⁵ Innst.O. nr. 106 (2002-2003) s. 6.

fremgår det at Helse- og omsorgsdepartementet var enig i at det ikke bør være et vilkår at man selv skal være smittet, for å kunne straffes for å utsette andre for fare for å bli smittet, slik at bestemmelsen også kan ramme for eksempel spredning av legionellabakterier fra kjøletårn. Kirkerådet uttalte at det er svært straffverdig dersom en person utsetter noen for en alvorlig eller livstruende smitte, eksempelvis HIV, men at man ved utformingen av bestemmelsene i tilstrekkelig grad må ivareta hensynet til svake parter som allerede er stigmatisert, samtidig som det kan være vanskelig, sensitivt og komplisert å avgjøre skyldspørsmålet i en straffesak om smitte. For øvrig viste departementet til at enkelte høringsinstanser i forbindelse med lovendringen i straffeloven 1902 § 155 i 2003, tok til orde for å oppheve bestemmelsen, jf. ovenfor.

Se punkt 5.3.2 til 5.3.4 om Straffelovkommisjonens forslag, regjeringens lovforslag og behandlingen i Stortinget, herunder merknader fra justiskomiteen. Lovbestemmelsene ble da, til tross for de nevnte bemerkningene, vedtatt enstemmig. Om de vedtatte §§ 237 og 238, se punkt 5.3.5 til 5.3.8.

Spørsmålet om strafferegulering har vært oppe i Stortinget også i andre sammenhenger, blant annet 26. april 2012 i forbindelse med en interpellasjon til helse- og omsorgsministeren om økt antall nydiagnostiserte med hiv, særlig blant menn som har sex med menn, og hva regjeringen vil gjøre for å snu denne utviklingen. Interpellanten Bent Høie (H) avsluttet sitt hovedinnlegg på følgende måte:

«Da er det et paradoks at det sosialliberale Norge fortsatt har en hivparagraf som kriminaliserer hivpositive seksualliv. Dette er nå satt på spissen gjennom at statsadvokaten har tatt ut tiltale mot hivpositive Louis Gay, som ikke har smittet en annen person, og som har utført det som en kaller «sikrere sex», som i realiteten er det helsemyndighetene anbefaler. Jeg er klar over at Syse-utvalget nå jobber med denne problemstillingen, men det er likevel nødvendig å trekke fram dette i denne debatten, fordi dagens straffelov virker mot forebyggingsstrategien og stigmatiserer hivpositive. Jeg håper at dagens debatt kan være starten på at vi igjen får et sterkt politisk engasjement for å redusere nysmitte av hiv, og for å forbedre livssituasjonen for dem som er hivpositive – noe som i realiteten er to sider av samme sak.»

Interesseorganisasjoner har også henvendt seg til Likestillings- og diskrimineringsombudet med

påstand om at straffereguleringen er i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, se punkt 6.11.

Kritiske innlegg har også vært publisert i presse og på internett de senere år.

Til det konstituerende utvalgsmøtet i desember 2010 sendte utvalgsleder sammen med annet bakgrunnsstoff til utvalget følgende artikler og innlegg:

«FN: – Norge kriminaliserer HIV-positive» – Fra Aftenposten (30. november 2008)

«Norges eksport av stigma» – kronikk i Dagbladet, av Edwin Cameron (7. mai 2009)

«FN angriper norsk hiv-paragraf» – Fra Journalen, Høgskolen i Oslo (29. oktober 2009)

Uttalelse mv fra HIV MANIFEST Gruppen⁶

Sistnevnte omtaler et manifest som etter det opplyste ble sendt til alle stortingsrepresentanter, departementer, utvalgte media, helsepersonell m.fl. i november 2008. Selve manifestet lød:

«Alle organisasjoner, grupper og personer som står som avsendere til dette manifestet ønsker å få fjernet Den Norske Straffelovens § 155.

Denne paragrafen ble vedtatt i 1902 for å beskytte samfunnet mot allmennfarlige smittsomme sykdommer.

I 2003 fikk den sovende paragrafen en innskjerpelse, og har siden blitt benyttet kun i saker som gjelder Hiv.

Den er derfor blitt kjent som «hiv-paragrafen».

Det er ingen dokumentasjon på at paragraf 155 virker allmenn- eller individualpreventivt. Tvert imot har den en rekke skadelige konsekvenser.

Den er en sovepute for hiv-negative, en psykososial byrde for hiv-positive, og en bremsekloss for viktige helsepolitiske tiltak som kan forebygge hiv.

Samfunnet må innse at kriminalisering er feil strategi i kampen mot Hiv.

Vi ønsker videre å respektere, og støtter, FNs organ for kampen mot hiv, UNAIDS, som sterkt fraråder stater mot å kriminalisere mennesker med Hiv ut fra fundamentale menneskerettighetsprinsipper.

Vi oppfordrer med dette norske myndigheter til å leve opp til sine humanitære og etiske forpliktelser, og fjerne § 155. Snarest.»

⁶ Hentet fra <http://solutio.no/Hivmanifest.html> 9. desember 2010; se <http://www.underskrift.no/vis.asp?kampanje=1909>

Utvalget har senere mottatt boken «Elsk meg som jeg er»⁷ som inneholder intervjuer med seks hivpositive kvinner, samt et heteroseksuelt par, hvor kvinnen lever med hiv. Boken fokuserer ikke på spørsmål om straffetrussel for smitteoverføring og smittefare, men gir et innblikk i livet til noen kvinner som lever med hiv i Norge.

I bladet Positiv nr. 1 – 2012 skriver HivNorges leder i en kommentar med overskriften «Jeg – en kriminell?» blant annet:

«[...]

Jeg antar at for de fleste hivpositive (som kjenner sin status) er det siste ønsket i denne verden at andre smittes. Og dermed tar de fleste sine forholdsregler, ved å være åpen i forhold til partner og/eller å utøve sikrere sex (dvs. bruke kondom). Men, det med åpenhet i forhold til sjekking kan være vanskelig. Når skal man fortelle? Over den siste drinken på byen, før en går hjem (og risikere at man da ender med å gå hver til sitt), på sengekanten (og risikere at det stopper der), ved andre, tredje eller fjerde gangs møte (og risikere å bli beskyldt for svik, hemmeligholdelse, drama, ubehagelige og pinlige situasjoner), «være kostbar» og vente til en tror en er blitt trygg på den andre før en forteller (og risikere at den andre mister interessen før en kommer så langt?)

[...]

Debatten rundt hiv og lovverket her hjemme og globalt har virkelig fått meg til å tenke på dette, at det er mitt ansvar at alle de jeg som hivpositiv skulle komme i kontakt med ikke blir smittet. De som selv mener seg hivnegative har ikke noe ansvar for å unngå det selv – eller? Det oppleves i hvert fall ikke slik nå. Det er en fryktelig tung bær å bære og bidrar ikke akkurat på å lette de psykiske hindringene en setter for seg selv. Hivpositive som er blitt anmeldt av ekskjæresten som har ønsket å hevne seg fordi forholdet tok slutt, eller som holdes som gisler i et forhold de ikke ønsker å være i – begge kategoriene kjæresten kan hevde seg utsatt for smitterisiko, også i tilfeller hvor ingen er smittet. Hva risikerer vi hivpositive da? Jo, fengsel... Hva er rimeligheten i det?

[...]

10.3 Internasjonalt engasjement

Internasjonale forpliktelser og tilrådninger av relevans for utvalgets arbeid, er omtalt i kapittel 8.

I tillegg til at flere internasjonale organer har uttalt seg om spørsmål knyttet til strafferegulering og straffeforfølgning av smitteoverføring og smittefare i tilknytning til hiv, har interesseorganisasjoner og aktivistgrupper i en rekke land engasjert seg på feltet. Mange argumenter går igjen, og organisasjoner fra mange land og flere felt synes å ha sammenfallende synspunkter, selv om det i tillegg kan være mer spesifikke temaer knyttet til vedkommende lands lovgivning eller rettspraksis eller de persongruppene de enkelte organisasjonene representerer. Blant dem som uttaler seg, synes det å være en utbredt oppfatning at straffeforfølgning gjør mer skade enn nytte, og bør begrenses til helt særskilte tilfeller.

Under studiebesøkene i utlandet hadde representantene for utvalget møte med interesseorganisasjoner og eksperter på feltet, i tillegg til ulike myndigheter, jf. punkt 2.4 og 7.1. Dette var viktig for å få innblikk i hvordan landenes lovregulering og praktisering av loven oppfattes i ulike miljøer. Mange organisasjoner ga uttrykk for klare synspunkter i retning av at straff ikke bør ha noen plass i det forebyggende arbeidet, og i det hele tatt bør begrenses til særlige tilfeller.

I Sverige møtte utvalget representanter fra organisasjonene Noaks ARK, RFSU og RFSL samt professor emerita jur.dr. Madeleine Leijonhufvud.

I Nederland møtte utvalget representanter for organisasjonene Aids Fund & Soa aids og GNP+ samt professor dr. Sven Danner MD og professor A.C. (Aart) Hendriks (professor i helserett).

I Sveits møtte utvalget representanter fra organisasjonene Groupe SIDA Genève, Aids Hilfe Schweiz og Positivrat samt professor dr. Marcel Niggli (professor i strafferett og rettsfilosofi).

I Danmark møtte utvalget representanter for organisasjonene HivDanmark og AIDS-Fondet samt professor dr. med. Jens Lundgren og professor dr. med. Jan Gerstoff.

I Storbritannia møtte utvalget representanter for organisasjonene Terrence Higgins Trust og National Aids Trust samt professor dr. Matthew Wait (Professor of Law and Policy).

Utvalget hadde i Sveits dessuten møte med UNAIDS, WHO og UNDP.

UNDP oppnevnte i 2010 The Global Commission on HIV and the Law i samarbeid med UNAIDS, se punkt 8.3.7. I forbindelse med dette arbeidet ble det avholdt «Regional Dialogues» i flere verdensdeler/regioner, herunder også en i

⁷ Trude Ringheim: *Elsk meg som jeg er*, utgitt av HivNorge, 2012.

høyinntektsland.⁸ På disse dialogmøtene deltok representanter for myndigheter og sivilt samfunn, og det var i forkant inngitt skriftlige innspill.

Ifølge rapporten fra dialogen for høyinntektsland som ble avholdt høsten 2011, var kriminalisering av smitteoverføring et av de mest debatterte temaene. Andre temaer i dialogen var knyttet til blant annet rusmiddelbruk, sexarbeid, innvandrere, menn som har sex med menn, transpersoner, kvinner, barn og unge, fengsler, legemidler og opphavsrett.

Ifølge rapporten ble det under temaet kriminalisering snakket om en rekke problemer knyttet til lovgivning og straffeforfølgning, herunder straffeforfølgning preget av vilkårlighet, stigma, diskriminering og fordommer, domfellelser på grunnlag av svært lav eller fraværende smittefare, lav standard med hensyn til bevis, at det sees bort fra krav til subjektiv skyld, og at det idømmes uproporsjonelig strenge straffer sammenlignet med andre typer lovbrudd. Mange skal ha gitt uttrykk for at strafferegulering og straffeforfølgning av smitteoverføring og smittefare både har en drastisk effekt på personer som lever med hiv, og har negative konsekvenser for folkehelsen, i tillegg til å være en sentral faktor med hensyn til stigmatisering. Det ble uttalt at kriminalisering fører til at færre er åpne om sin hivstatus og at færre lar seg teste, med den følge at de heller ikke kommer under behandling. Det ble gitt uttrykk for at lovgivningen gir den hivpositive alt ansvar, men at det bør være et felles ansvar å sørge for å unngå smitteoverføring.

Som et ledd i sitt arbeid på feltet, se punkt 8.3.5, arrangerte UNAIDS i februar 2012 et høynivåmøte i Oslo om kriminalisering av overføring av hivsmitte mv. I forkant av dette hadde representanter for «det sivile samfunn» i flere land et møte hvor de samlet seg om en erklæring⁹ som på en kortfattet, men representativ måte oppsummerer mye av den kritikken og de synspunktene som går igjen i den internasjonale debatten. Gruppen av personer besto stort sett av profilerte personer som tidligere – som enkeltindivider eller som representanter for ulike interesseorganisasjoner – nettopp har deltatt i den aktuelle diskusjonen, og erklæringen er derfor neppe et representativt

uttrykk for holdningene i det sivile samfunn generelt. Uttalelsen ble gitt denne ordlyden:

«Oslo Declaration on Hiv Criminalisation

Prepared by international civil society in Oslo, Norway on 13th february 2012

1. A growing body of evidence suggests that the criminalisation of HIV non-disclosure, potential exposure and non-intentional transmission is doing more harm than good in terms of its impact on public health and human rights.
2. A better alternative to the use of the criminal law are measures that create an environment that enables people to seek testing, support and timely treatment, and to safely disclose their HIV status.
3. Although there may be a limited role for criminal law in rare cases in which people transmit HIV with malicious intent, we prefer to see people living with HIV supported and empowered from the moment of diagnosis, so that even these rare cases may be prevented. This requires a non-punitive, non-criminal HIV prevention approach centred within communities, where expertise about, and understanding of, HIV issues is best found.
4. Existing HIV-specific criminal laws should be repealed, in accordance with UNAIDS recommendations. If, following a thorough evidence-informed national review, HIV-related prosecutions are still deemed to be necessary they should be based on principles of proportionality, foreseeability, intent, causality and non-discrimination; informed by the most up-to-date HIV-related science and medical information; harm-based, rather than risk-of-harm based; and be consistent with both public health goals and international human rights obligations.
5. Where the general law can be, or is being, used for HIV-related prosecutions, the exact nature of the rights and responsibilities of people living with HIV under the law should be clarified, ideally through prosecutorial and police guidelines, produced in consultation with all key stakeholders, to ensure that police investigations are appropriate and to ensure that people with HIV have adequate access to justice.

We respectfully ask Ministries of Health and Justice and other relevant policymakers and criminal justice system actors to also take into

⁸ <http://www.hivlawcommission.org/index.php/hicrd-dialogue-documentation>

⁹ Oslo Declaration on HIV Criminalisation, Prepared by international civil society in Oslo, Norway on 13th February 2012. Fotnoter ikke gjengitt, se <http://www.hivjustice.net/oslo/oslo-declaration/> hvor det også fremgår hvem som står bak erklæringen og hvem som har undertegnet den etterpå.

account the following in any consideration about whether or not to use criminal law in HIV-related cases:

6. HIV epidemics are driven by undiagnosed HIV infections, not by people who know their HIVpositive status. Unprotected sex includes risking many possible eventualities – positive and negative – including the risk of acquiring sexually transmitted infections such as HIV. Due to the high number of undiagnosed infections, relying on disclosure to protect oneself – and prosecuting people for non-disclosure – can and does lead to a false sense of security.
7. HIV is just one of many sexually transmitted or communicable diseases that can cause longterm harm. Singling out HIV with specific laws or prosecutions further stigmatises people living with and affected by HIV. HIV-related stigma is the greatest barrier to testing, treatment uptake, disclosure and a country's success in «getting to zero new infections, AIDS-related deaths and zero discrimination».
8. Criminal laws do not change behaviour rooted in complex social issues, especially behavior that is based on desire and impacted by HIV-related stigma. Such behaviour is changed by counselling and support for people living with HIV that aims to achieve health, dignity and empowerment.
9. Neither the criminal justice system nor the media are currently well-equipped to deal with HIV-related criminal cases. Relevant authorities should ensure adequate HIV-related training for police, prosecutors, defence lawyers, judges, juries and the media.
10. Once a person's HIV status has been involuntarily disclosed in the media, it will always be available through an internet search. People accused of HIV-related 'crimes' for which they are not (or should not be found) guilty have a right to privacy. There is no public health benefit in identifying such individuals in the media; if previous partners need to be informed for public health purposes, ethical and confidential partner notification protocols should be followed.»

10.4 Undersøkelser om hivpositive levekår mv.

Forsker Arne Backer Grønningsæter, Forskningsstiftelsen Fafo, holdt innlegg for utvalget hvor han redegjorde for gjennomførte undersøkelser om kunnskaper og holdninger vedrørende hiv og levekår for hivpositive.¹⁰

På Fafos nettsider heter det om Fafo-rapport 2009:13, Arne Backer Grønningsæter, Roland Mandal, Bjørn Richard Nuland og Hilde Haug: *Fra holdninger til levekår, Liv med hiv i Norge i 2009*:

«Dette er den avsluttende rapporten fra Fafos prosjekt om levekår blant hivpositive i Norge. Vi har kartlagt hivpositive situasjon med hensyn til økonomi, arbeidsliv, familie, venner og fysisk og psykisk helse. I den første rapporten fra prosjektet presenterte vi en holdningsundersøkelse. Kunnskap og holdninger i befolkningen har betydning for den enkeltes levekår. Tittelen på rapporten – *Fra holdninger til levekår* – fanger inn denne tråden i prosjektet.

En beskrivelse av hivpositive levekår i Norge er en historie i minst to versjoner. Den ene versjonen handler om personer som får hivdiagnosen og som av forskjellige grunner ønsker at dette skal bli en så liten del av livet deres som mulig. Den andre versjonen handler om personer som gir det å være hivpositiv en mer fremtredende plass i livet. For dem blir det å være hivpositiv en identitet, som også involverer aktiviteter og prosesser som fyller ganske store deler av livet.

Rapporten viser at 70 prosent av de spurte vurderer egen helse som god, og 80 prosent mener at medisinsk behandling bidrar til å bedre deres allmenntilstand. Samtidig viser funnene at det fortsatt er store utfordringer knyttet til åpenhet og stigmatisering. Det gjelder ikke minst holdninger, tilrettelegging og informasjon i arbeidslivet.

Prosjektet er gjennomført i samarbeid med HivNorge, med støtte fra Helsedirektoratet.»

Nærmere om noen av funnene i undersøkelsene og levekårsundersøkelser fra enkelte andre land, se punkt 9.3.2, 9.3.6 og 9.3.7, der også metodiske problemer ved undersøkelsene er trukket fram.

Strafferegulering og straffefølgning settes ofte i sammenheng med stigmatisering, og hevdnes å øke stigmatiseringen av hivpositive. På

¹⁰ <http://www.fafo.no/pro/SVP/hivaid.html>

denne bakgrunn nevnes The People Living with HIV Stigma Index¹¹ som er et verktøy utarbeidet for å måle og registrere endringer i stigma og diskriminering opplevd av personer som lever med hiv. Metoden er utviklet i samarbeid mellom The Global Network of People Living with HIV/AIDS (GNP+), The International Community of Women Living with HIV/AIDS (ICW), The International Planned Parenthood Federation (IPPF) og UNAIDS. Målet er å bidra til å forbedre programmer og politikk for å oppnå universell tilgang til forebygging, behandling og annen hjelp, og kan blant annet brukes i forbindelse med evaluering av innsats som gjøres for å redusere stigmatisering. En rekke land i flere verdensdeler har gjennomført en slik prosess, også enkelte europeiske land. Resultater vil etter det opplyste bli å finne på nettsiden.

10.5 Utvalgets høring

Utvalget avholdt et høringsmøte i Oslo den 9. januar 2012. Møtet var åpent for interesseorganisasjoner, offentlige instanser og interesserte enkeltpersoner. Det var nærmere 60 påmeldte til møtet. Utvalgets leder orienterte om utvalgets arbeid, og en del av de oppmøtte ga skriftlige og muntlige innspill. Også enkelte andre har sendt skriftlige innspill til utvalget.

Utvalget har mottatt skriftlige uttalelser fra følgende instanser/personer:

Aksept (Senter for alle berørt av hiv, Stiftelsen Kirkens Bymisjon)
Amnesty International
Brynseng-legene
Den norske legeförening
Fylkesmannen i Vest-Agder
Helseutvalget for bedre homohelse
HivNorge
Landsforeningen for hjerte og lungesyke (LHL)
Louis Gay
Norges kristne råd
Norsk forening for infeksjonsmedisin (NFIM)
En gruppe fagpersoner ansatt i Oslo kommune
Oslo universitetssykehus (stiller seg bak uttalelsen fra Norsk forening for infeksjonsmedisin)
Prostituertes interesseorganisasjon i Norge (PION)
Røde Kors Ungdom
Sex og politikk – Foreningen for seksuell og reproduktiv helse og rettigheter

Skeiv Ungdom (med støtte fra Landsrådet for Norges barne- og ungdomsorganisasjoner og Landsforeningen for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner)

Studentenes og Akademikernes Internasjonale Hjelpesfond (SAIH)

Uni Helse, Nasjonalt kompetansesenter for legevaktmedisin (Nklm)

Nedenfor gjengis hovedsynspunktene som kom fram i høringen. Mange av høringsinnspillene er langt på vei sammenfallende, også med synspunkter som er fremmet i andre sammenhenger. De fleste er i større eller mindre grad kritiske til gjeldende og vedtatt lovgivning og eventuelt praktiseringen av denne. Synspunktene gjelder i all hovedsak hiv og smitte(-fare) ved seksuell omgang.

Mange av dem som har uttalt seg, mener straff ikke bør anvendes på slike forhold, eller bør begrenses til faktisk smitteoverføring eller til helt særskilte tilfelle, for eksempel i tråd med UNAIDS' anbefalinger om at straff bare anvendes ved smitteoverføring med hensikt, eller tilfeller hvor partneren var ukjent med den konkrete smittefaren.

HivNorge stiller spørsmål ved om «samfunnet trenger en straffebestemmelse med det formål å beskytte samfunnet mot hiv», og viser til dagens situasjon og kunnskap, herunder at utbredelsen av hiv i Norge er relativt lav, at hiv ikke smitter lett, og at smittefaren er særlig lav ved vellykket hivbehandling samt at majoriteten av hivpositive nå lever medisinsk sett gode og lange liv. HivNorge mener at «samfunnsvern hensyn ikke er holdbart (tilstrekkelig) som bærende argument for å begrunne/legitimere straff i relasjon til hiv». HivNorge drøfter deretter om skadefølgeprinsippet – som ble lagt til grunn i forarbeidene til straffeloven 2005, jf. punkt 3.2 – kan begrunne straff for smitteoverføring og smittefare, og uttaler blant annet:

«Vi vil i denne sammenhengen minne om at i relasjon til hiv så er den vanligste smittemåten seksuell aktivitet. Vi legger til grunn at det er stor enighet om at sex er utbredt og at aktiviteten er ønskelig – både ut fra alminnelige samfunnsvernsvurderinger, i et helse- og reproduksjonsperspektiv, og på person/individplan.

Handlingen i seg selv har således ikke et skadepotensial, det er kun når en av partene er hivpositive at handlingen kan fremstå med et skadepotensial.

Vi bestrider ikke at det å bli **smittet** med hiv vil måtte anses som en skade i relasjon til

¹¹ <http://www.stigmaindex.org/>

straffelovgivningen. Det er imidlertid ikke opplagt at enhver situasjon med fare for smitte med hiv i tilstrekkelig grad er kvalifisert slik at vi kan snakke om et skadepotensial slik skadefølgeprinsippet «krever».

Som påpekt tidligere har det å bli smittet med hiv i 2012 helt andre konsekvenser enn det som var situasjonen på 80-tallet. I dag regnes hiv som en kronisk diagnose som man kan leve lange og fullverdige liv med.

At diagnosen fremdeles har store konsekvenser for den enkelte som lever med hiv er dels begrunnet i samfunnsskapte hindringer og det er vår påstand at med vilje fra politikerne så kunne en rekke av disse hindringene vært fjernet, i det minste betydelig begrenset.

Det forhold at hiv ikke smitter lett, er også et vesentlig moment i denne sammenheng. Den generelle risikoen er, som tidligere påpekt liten. Faren for smitteoverføring ved optimal behandling er nærmest «ubetydelig».

Det er med andre ord gode grunner til å stille spørsmål ved om enhver situasjon med fare for overføring av hiv kvalifiserer til bruk av straff.»

HivNorge peker videre på at det i forarbeidene til straffeloven 2005 ble oppstilt to andre vilkår ved siden av utgangspunktet om at en handling må ha skadefølge, og uttaler:

«Et vilkår er at straff må være et hensiktsmessig virkemiddel, det vil si at nyttevirkningene må være større enn skadevirkningene. I denne sammenheng ser HivNorge særlig to mothensyn som taler for at man er forsiktig med bruk av straff som virkemiddel.

For det første bør straff ikke benyttes dersom ressursknapphet avskjærer oppfølging i praksis. Dersom man ser på rettspraksis etter gjeldende § 155 er det kun et fåtall av de lovbrudd som har funnet sted som faktisk er kommet for domstolen. Dersom lovgiver forbeholder bruk av straff kun på de groveste tilfellene vil man i mindre grad oppleve at en rekke lovbrudd aldri kommer for domstolene.

Det andre mothensynet relaterer seg til forutberegneligheten. Med en for vid definisjon av den straffbare handling vil grensene mellom den straffbare og den straffrie handling ofte bli vanskelig å trekke og forutberegneligheten svekkes.

[...]

Det andre grunnvilkåret som oppstilles er at straff kun skal benyttes dersom andre reak-

sjoner og sanksjoner ikke finnes eller åpenbart ikke vil være tilstrekkelige.

HivNorge er av den oppfatning at hiv først og fremst er et helsespørsmål og at utbredelsen av hiv følgelig først og fremst må bekjempes med helsefaglige virkemidler. Det er ikke opplagt at man skal benytte straff som virkemiddel på helsefeltet.

HivNorge er av den oppfatning at smittespredning bekjempes best og mest effektivt med forskning, gode helsetilbud og gode smitteverntiltak, herunder kunnskupasformidling og opplysningsvirksomhet til befolkningen.

HivNorge vil også påpeke at det heller ikke er sikre holdepunkter for at kriminalisering bidrar til å redusere smitte, verken ut fra erfaringene i Norge eller internasjonalt. Vi våger påstanden om at det heller er motsatt, trusselen om straff vil kunne komme i konflikt med smittevern hensynene. Dette så vi et eksempel på i Bergensdommen Rt. 2006 s.1246. Fra et smittevern hensyn er det viktig at den som har vært utsatt for en risiko raskest mulig får kunnskap om dette slik at eventuell smitteoverføring kan stadfestes og forebyggende tiltak igangsettes. Dersom en person ved å gjøre oppmerksom på smitterisikoen samtidig inkriminerer seg selv er det tydelig for oss at det er konflikt mellom de to hensynene. I den nevnte dom gjorde kvinnen det som var riktig ut fra et smittevern hensyn, hvilket førte til at hun ble anmeldt og senere dømt for brudd på § 155. Hun kunne valgt å ikke fortelle om status til sin sexpartner og ingenting ville da ha skjedd.»

HivNorge konkluderer med at bare «handlinger som er klanderverdige ut fra individhensyn» bør være straffbelagt, og at straff derfor bare bør anvendes når vedkommende var kjent med sin smittestatus og smitteoverføring faktisk finner sted, samtidig som «handlingen er klanderverdig (elementer av svik)». Det presiseres at straff ikke må anvendes ved «one-night stands» eller når det er informert om smittestatus og partneren likevel har samtykket til ubeskyttet sex. Det samme gjelder tilfeller hvor det har vært praktisert «sikrere sex» i tråd med medisinskfaglig anerkjente normer.

Flere instanser hevder at straffetrusselelen ikke bidrar til målet om smitteforebygging og dermed vern om folkehelsen, men tvert imot har en kontraproduktiv effekt. Det vises til at straffetrusselelen kan medføre at personer som kan være smittet unnlater å la seg teste. Dette ut fra en tanke om at de uten kjennskap til eventuell positiv smittestatus, vil unngå straffeforfølgning eller domfellelse.

Det pekes også på at straffetrusselen kan gjøre det vanskeligere å være åpen om smittestatus.

Sex og politikk – Foreningen for seksuell og reproduktiv helse og rettigheter uttaler blant annet:

«Trusselen om strafferettslig forfølgning initierer og forsterker et klima av fornektning, hemmelighold og frykt. Det skaper en juridisk ramme, uten at det styrker enkeltmennesket i å gjøre det de gjør uansett: Unngå å bli smittet eller å smitte andre og leve. Det skaper en «oss» og «dem» holdning, i motsetning til hva hivviruset har lært oss, nemlig at vi alle har ansvar for vår egen seksuelle helse. Et menneskerettighetsperspektiv på hiv epidemien anerkjenner positive personer som likeverdige og viktige aktører i arbeidet med bekjempelse av epidemien.

[...]

I den tid man har praktisert § 155, har det ikke vært noen beviselig smittede, selv med stadig strengere praktisering av paragrafen. UNAIDS har uttalt ved flere anledninger at det ikke finnes indikatorer på en nedgang i smittetall ved bruk av straff.

SoP er enig i at *forsettlig* smitteoverføring er straffverdig, men mener at slike tilfeller dekkes av andre paragrafer, for eksempel Straffeloven § 229 om legemsbeskadigelse. Derfor er § 155 overflødig. Vi mener også at en videreføring av den gamle straffelovens § 155 gjennom den nye lovens §§ 237 og 238 om uaktsom smitteoverføring ikke bør gjennomføres slik de i dag er formulert, fordi vi mener de ikke vil bidra til å hindre spredningen av HIV og andre seksuelt overførbare infeksjoner. Vi mener som overordnet prinsipp at straff ikke virker smitteforebyggende.

Dersom kriminalisering av smitte eller eksponeringen for virus, skal være et ledende juridisk prinsipp, bør samfunnet være overbevist om at jusen er et tegn på at man ønsker å intensivere og styrke forebyggingen av i dette tilfellet, hiv, og ved det beskytte folkehelsen. Da bør vi være sikre på at vi har forsøkt alle andre forebyggingsstrategier før vi iverksetter jusen, og at vi har sikker kunnskap om at kriminalisering av uskyldige mennesker har en positiv virkning på forebygging av hiv.»

Gruppen av fagpersoner i Oslo kommune uttalte at hensikten med lovbestemmelser for smittsomme sykdommer først og fremst må være å bidra til å redusere smittespredning, og at eventu-

elle straffebestemmelser bør gjelde for alle smittsomme sykdommer (avhengig av sykdommens alvorlighetsgrad), ikke bare hiv, og i all hovedsak bør gjelde ved faktisk/påvist overføring av smitte. Det ble også bemerket:

«Det hevdes fra flere hold at § 155 fører til at personer i risikogrupper ikke tester seg for HIV, av fare for strengere straff dersom man kjenner sin status og smitter andre. Gruppen kjenner ikke kunnskapsgrunnlaget for denne påstanden, men synes at argumentet virker noe søkt. Vi tror at det i all hovedsak er andre grunner (lite kunnskap, likegyldighet, frykt for å få bekreftet sine mistanker m.v.) til at man ikke tester seg.»

Et vanlig synspunkt blant dem som har uttalt seg, er at begge parter i en frivillig seksuell relasjon har like stort ansvar for å sørge for smittebeskyttelse. Den smittede kan ikke pålegges ansvaret alene. Det hevdes også at en straffetrussel for den smittede kan lede til at andre tar for gitt at smittede vil si fra eller sørge for beskyttelse, og at dette motvirker at alle selv tar ansvar for smittebeskyttelse.

Røde Kors Ungdom peker på økt antall nydiagnostiserte både hva gjelder hiv og andre seksuelt overførbare infeksjoner og uttaler:

«Vi mener derfor at paragrafen og trussel om straff ikke har fungert som et allmennpreventivt middel. Dersom lovgivningen på dette området skal fungere etter intensjonen, må ansvaret for egen (seksuell) helse og smitteansvaret fordeles likt på *hele* befolkningen, og ikke ensidig legges på den som er bærer av en allmennfarlig smittsom sykdom, slik §§ 237 og 238 i forslag til ny straffelov innebærer. Paragrafene inneholder etter vårt syn en ansvarsfraskrivelse hos den ikke-smittebærende delen av befolkningen, og den som allerede bærer byrden ved å være smittebærer får dermed overveldende ansvar for mennesker som burde ta ansvar for seg selv. Kriminalisering av risikoatferd blant bestemte grupper i samfunnet bidrar videre til å legitimere stigmatisering av smittebærerne.»

Skeiv Ungdom uttaler:

«Hvem skal klandres for et valg om ubeskyttet sex? Skeiv Ungdom mener at dersom det foreligger et felles ønske å ikke bruke beskyttelse, burde begge parter ta de eventuelle konse-

kvensene av dette valget. Vi mener derfor det er galt å legge ansvaret over på den som er bærer av en allmenfarlig smittsom sykdom alene. Å ha ubeskyttet sex er alltid å ta en risiko, og dersom det foreligger et samtykke om å ikke bruke beskyttelse mener vi begge har akseptert en risiko for å få en seksuelt overførbart infeksjon.»

Brynseng-legene peker blant annet på følgende:

«Straffelovens paragraf 155 konstruerer et skille mellom en hivsmittet pålagt alt ansvar for å hindre smittespredning og en antatt hiv negativ som er uten ansvar for å forhindre smitteoverføring. Dette er en uheldig ansvarsvridning som medfører uansvarlighet i store grupper hvor det også finns mange hiv positive som er ukjent med egen sykdom.

Loven pålegger den antatt hiv smittede (den som er kjent med eller burde være kjent med at han er hivsmittet) et særlig ansvar for å forhindre smitte dersom han er smittsom. Den antatt hiv negative fratras ansvar. Resultatet blir altså at loven reduserer antatt hiv negatives ansvar for å forhindre overføring av smitte.

Antall hiv negative er fortsatt betydelig høyere enn antall hiv positive. Lovens utilsiktede konsekvens vil derfor bli at et stort antall hiv negative har usikker sex med redusert ansvar for smitteforebyggende tiltak i form av sikrere sex.

I Oslo i 2011 er forholdet mellom hiv positive og hiv negative menn som har sex med menn ca 1:10, dvs at loven reduserer smitteansvar for 10 ganger så mange som den øker ansvar for. Når det gjelder heterofile blir effekten enda større pga større forholdstall.

Når to antatt hiv negative møtes vil det også oppstå følgende dilemma: Dersom ingen tar initiativ til sikrere sex vil ansvarsvridningen medføre at man i større grad kan gjette på at sexpartneren ikke er hivsmittet eller har opplysninger om mulig hivsmitte. Det motsatte har en strafferamme på 6 år. Loven gir altså en mulighet for serosorting, dvs gjetting av hiv status, noe som trolig ikke er intensjonen og som øker risiko for smitte betydelig i en populasjon.»

HivNorge uttaler under overskriften «Aksept av risiko»:

«Sett hen til hvordan hiv smitter, mener HivNorge det er relevant og sentralt **også** å se på

atferden til den som blir smittet eller som utsetter seg for fare.

Skadefølgeprinsippet formulerer et unntak for bruk av straff for skader som den enkelte påfører seg selv. Vi er selvfølgelig klar over at det eksisterer grenser for hva man kan samtykke til. Sett hen til at hiv i dag er å regne for en kronisk diagnose er det åpenbart for HivNorge at ethvert informert samtykke som et minimum må fritta for bruk av straff.

HivNorge vil imidlertid også stille spørsmål ved om ikke også enkelte former for risikoatferd må fritta for straff. Den som har ubeskyttet sex med en ukjent partner tar utvilsomt en risiko.»

Flere mener straff ikke bør komme til anvendelse når den smittede har informert om smittestatus og partneren likevel har samtykket til ubeskyttet sex.

Sex og Politikk uttaler:

«[...] SoP er bekymret over at informert samtykke ikke frittar for straff. Dette betyr at man som hivnegativ kan si ja til ubeskyttet sex med en hivpositiv det ene øyeblikket, for så å anmelde forholdet i etterkant. En slik anmeldelse kan for eksempel komme i forbindelse med et samlivsbrudd. Slik vil den ene parten i forholdet mellom en hivpositiv og en hivnegativ ha en uforholdsmessig makt over den andre.»

Røde Kors Ungdom uttaler:

«I forslag til ny straffelov er informert samtykke fra ektefelle/samboer grunn til fritak fra straff. Dette er veldig uheldig i et samfunn der enkeltindivider og par står fritt til å velge en samlivsform tilpasset deres egne behov. Røde Kors Ungdom ber utvalget revurdere denne formuleringen slik at den blir mer åpen og inkluderende overfor de som ikke velger å leve i samboer- eller ekteskap.»

Flere peker på at straffeforfølgning på feltet rammer bare enkelte av dem som utviser smittefarlig atferd, og at anmeldelse ofte inngis etter samlivsbrudd, og da til tross for at fornærmede under samlivet har vært informert om den konkrete smittefaren.

Utvalget har mottatt muntlig og skriftlig innspill fra en person, Louis Gay, som selv er under straffeforfølgning for å ha utsatt en annen person for smittefare under slike omstendigheter. Han formidler tanker om dette og beskriver det som

en stor belastning ikke bare å være under straffeforfølgning, men å leve med straffetrusselen hele livet. Han beskriver det slik at han ukentlig gjør seg til «kriminell» til tross for at han og hans partner har fått felles veiledning hos lege og prøver å følge rådene om beskyttelse og ansvar. Han peker på at loven legger et ensidig ansvar på den smittede, og at han er prisgitt at hans partnere «nå og i fremtiden, aldri forandrer oppfatning om et delt ansvar for vår seksuelle praksis».

Noen av dem som uttaler seg, synes ikke å være klar over at straff ikke kommer til anvendelse ved forsvarlig bruk av kondom, eller det påpekes at det er uklart hva som er å regne som sikker sex og hva som kan lede til straffeforfølgelse.

Høringsinnspillet fra Aksept er utformet slik at det i hovedsak består av sitater fra brukere av sentret. Noen av sitatene lyder:

- «Denne paragrafen er helt umulig å forholde seg til, uansett hva man gjør er man en kriminell.
- Jeg kjenner at jeg blir usikker og får dårlig selvbilde av denne loven. Jeg aner ikke hva jeg kan gjøre eller ikke gjøre. Det er uklart for meg hva som er sikker sex.
- Jeg isolerer meg og det blir lett en ond sirkel. Det går utover selvfølelsen, som igjen kan føre til at jeg gjør dumme ting.»

Aksept konkluderer slik:

«§155 må fjernes i sin helhet

Straffelovens § 155 har blitt brukt i straffesaker flere ganger, nesten alltid i forbindelse med hivsmitte. Loven kriminaliserer hivpositive selv om de ikke smitter noen, ikke ønsker å smitte noen, selv om de beskytter seg med kondom (i tilfelle den sprekker) og selv om de ikke vet at de er hiv-positive.

Det er heller ikke mulig å samtykke til å ha ubeskyttet sex med en hiv-smittet person. Ansvaret for å hindre smitteoverføring ligger hos den hiv-positive. Sikker sex eller partners samtykke fritar ikke for straff. Hiv-positive kan videre bli dømt uten at smitteoverføring har funnet sted.

§155 har ikke lenger noe legitimt grunnlag, og heller ikke noen almenpreventiv og smitte-reducerende virkning.

§155 fungerer svært stigmatiserende og diskriminerende i forhold til hiv-positive mennesker i Norge. Den medfører ekstra belastning

og negative psykiske virkninger for mennesker som allerede har en vanskelig situasjon.»

Helseutvalget for bedre homohelse uttaler – med referanse til de nye straffebestemmelsene (straffeloven 2005 §§ 237 og 238) som er vedtatt, men ikke trådt i kraft ennå, og forarbeidene til disse:

«Helseutvalget (HU) observerer med glede at forslaget til ny lovtekst ikke innebærer krav om opplysningsplikt. HU har erfart at noen hivpositive opplever etiske og moralske dilemmaer omkring spørsmål om åpenhet om egen hivinfeksjon. Dette kan nok ha bakgrunn i redsel for informasjonsplikt overfor sexpartnere om egen hivstatus. Det er vår erfaring at dette kan gi utslag i sex-praksis blant hivpositive fordi noen velger å ikke kommunisere hivstatus verbalt for å unnsnippe de sosiale ubehagelighetene knyttet til diagnosen, og dermed utøve usikker sex for å fremstå som hivnegative.

Organisasjonen er også veldig positivt innstilt til formuleringen «forsvarlig bruk av kondom». Dette enkle budskapet vil sannsynligvis forenkle sikrere sex-strategi blant hivpositive og skape personlig og kollektiv mestringfølelse da det understrekes at sikrere sex ikke nødvendigvis er mer komplisert enn forsvarlig kondombruk.

[...]

Det er HUs oppfattelse at juridiske lovtekster ofte er forfattet på en måte som er vanskelig å tolke praktisk for legfolk, noe som igjen kan skape forvirring og motstand til innholdet. Dette gjelder kanskje spesielt i lovtekster som involverer privatlivets innerste sfærer, som sex og hiv.

Det er derfor HUs forslag at lovutvalgets endelige avgjørelse hva angår sluttført lovtekst blir akkompagnert av lettfattelig informasjonsmaterieell som tolker hva det juridiske språket betyr i praksis for hivpositive, hvilke sexpraksis retten anser som sikker nok til at partene beskytter seg godt nok og på hvilke grunnlag utvalget har kommet fram til sitt resultat. Informasjonen kan videre styrkes med eksemplifisering og typiske konsekvenser.

Det er også HUs oppfattelse at slik informasjon vil styrke hivpositives autonomi i forhold [til] seksuell adferd, egen og andres helse og gjøre det lettere for vedkommende å forholde seg til lovens bokstav.

Debattene rundt straffelovens paragraf 237 og 238 har mange stemmer og synspunkter, basert på forskjellige vinkler. Å besitte korrekt,

offentlig og forståelig informasjon om konsekvensene av egne handlinger, rettigheter og plikter og hvordan praktisere sikrere sex i tråd med lovteksten vil sannsynligvis fjerne mye av frustrasjonen som noen hivpositive opplever i forhold til dagens lovverk.»

Mange uttaler at straffetrusselen bidrar til stigmatisering av hivpositive, selv om ordlyden i lovbestemmelsene ikke spesielt viser til hiv, fordi det i de siste tiårene i all hovedsak er hivsmitte eller fare for dette som er straffeforfulgt.

Norsk forening for infeksjonsmedisin (NFIM) uttaler blant annet:

«Gjeldende straffelovparagraf 155 blir av hiv-pasienter og infeksjonsleger oppfattet som en spesifikk hiv-paragraf som bidrar til en ytterligere stigmatisering av en pasientgruppe som i utgangspunktet er sterkt utsatt for stigmatisering og sosial utstøtelse. Selv om lovparagrafen er ment å ramme personer som med overlegg utsetter andre for smitterisiko rammer den alle hiv-pasienter på det psykiske plan ved å gjøre selve seksualfunksjonen til en del av strafferetten. De fleste med hiv er ytterst ansvarlige når det gjelder å beskytte andre mot mulig smitte og det trengs ingen spesifikk lovparagraf for disse. Noen få er uansvarlige og praktiserer ubeskyttet sex med mange partnere, men det er mer sannsynlig at den eksisterende paragraf 155 medfører redusert interesse for hiv-testing blant disse for å kunne hevde uvitenhet om egen hiv-status enn at den reduserer omfanget av smittefarlig adferd. Paragraf 155 kan også ha den utilsiktede virkningen at hiv-negative forutantar at en ny sex-partner er hiv-negativ inntil vedkommende sier noe annet, og således aksepterer ubeskyttet sex.»

En del mener at det ikke bør være egne straffebud om smitte, og at alminnelige straffebud om kroppsskade mv. kan anvendes i den utstrekning slike forhold bør straffes.

Amnesty International uttaler:

«Etter Amnesty Internationals oppfatning er straffeloven et uegnet instrument til å påvirke intim menneskelig atferd. En særegen kriminalisering av hiv-smitte overføring eller fare for hiv-smitte overføring er unødvendig og virker mot sin hensikt. I grove tilfeller hvor forsettelig smitteoverføring finner sted, bør etter vår oppfatning generell straffelov benyttes (i.e. paragraf 229, straffeansvar for legemsbeskadigelse).

Kriminalisering av hiv-smitteoverføring bidrar til å øke fordommer og frykt i befolkningen, og fører til en ytterligere stigmatisering av allerede utsatte og marginaliserte grupper i samfunnet som sex-arbeidere, sprøytenarkomane og menn som har sex med menn. Dette er i seg selv en form for diskriminering i strid med grunnleggende menneskerettigheter.

Amnesty International registrerer at kriminalisering av hiv-smitte i en del situasjoner rammer befolkningsgrupper som har vanskelig for å beskytte seg mot eller forhindre smittespredning, som eksempelvis hiv-positive gravide kvinner eller sprøytenarkomane.»

Noen instanser trekker også fram Norges rolle i internasjonalt arbeid, herunder utviklingsarbeid, og finner det problematisk at Norge har straffetrussel på dette området i strid med internasjonale anbefalinger.

Norges Kristne Råd uttaler:

«Norge har hatt et stort internasjonalt engasjement på hiv, aids og rettigheter. Dette har også kommet til uttrykk på feltet kriminalisering av overføring av hiv. Flere og flere land har innført eller vurderer å innføre lovregulering på dette området. Og for mange land og i mange kulturer er det ikke stor forskjell på å lovregulere dette området, og å lovregulere atferden til minoritetsgrupper som har høyere risiko for hivsmitte.

Som pådriver mot kriminalisering av hiv generelt, er det svært problematisk at norsk utenriks- og innrikspolitikk ikke henger sammen når det gjelder kriminalisering av både potensiell og reell overføring av hiv. Norge undergraver sin troverdighet internasjonalt ved å ha en slik lovgivning. Vi mener det er høyst kritikkverdig at Norge ikke følger UNAIDS' retningslinjer. For de av oss som arbeider internasjonalt innenfor hiv- og aidsfeltet, gjør dette det vanskeligere å spille en konstruktiv rolle.»

Landsforeningen for hjerte og lungesyke (LHL) viser i sin uttalelse til erfaringer fra tuberkulosearbeidet gjennom mange år, og uttaler at all erfaring i kampen mot ulike smittsomme sykdommer tilsier at frivillig samarbeid med dem som rammes av sykdommene, er det som gir best resultater, både i behandlingen av smittede og for å hindre smittespredning i samfunnet. Foreningen mener at det ikke bør være en særskilt bestemmelse om smitte, men at bestemmelser om legemsbeskadi-

gelse bør anvendes dersom noen prøver å spre hivsmitte med vilje. Det bemerkes at straffebestemmelsen (§ 155) «blir også meningsløs i forhold til å hindre smittespredning av f.eks. tuberkulose» fordi symptomene ved lungetuberkulose (som er smittefarlig) er svært like vanlige forkjølelsessymptomer, slik at man er uvitende om at man er smittet, og at man er i størst fare for å smitte andre før diagnose er stilt og behandling startet.

Også fylkesmannen i Vest-Agder viser til erfaringer fra tuberkulosearbeidet. Fylkesmannen understreker at smittevernlovgivningen er et godt og viktig grunnlag i arbeidet med forebygging av smittsomme sykdommer, og at hovedvekten i lov-sammenheng bør legges på smittevernlovgivningen. Det uttales også:

«Anvendelse av en straffeparagraf bør være et unntak og forbeholdes de tilfellene hvor det bevisst er en overlatt handling som ligger bak. Problemet slik Fylkesmannen ser det, er om en slik straffebestemmelse blir anvendt for «liberalt» eller som et middel til å «tvinge» folk til ikke å omgås hverandre for å forhindre spredning av sykdom. Det er også slik at det kan bli håpløst å vite hvor man skal sette grensen for mikrobetype og personlige handlinger som kan straffefølges. Fylkesmannen tenker her ikke spesielt på HIV, men på mennesker som bærer multiresistente mikrober og som øker faretruende i miljøet vårt.

En straffeparagraf må heller ikke bli en «sovepute» fra myndigheter for å tvinge gjennom kontroll der vi allerede har grunnlaget for gode forebyggende tiltak, opplysning til befolkningen og et velutviklet helsevesen og sentrale velutbyggede organer (som Folkehelseinstituttet) som bør ha og ta et ansvar. Forebygging og bruk av en god smittevernlov må være svaret på utfordringen til økende trussel av farlige mikrober, herunder HIV viruset.»

I uttalelsene fra gruppen av fagpersoner ansatt i Oslo kommune og Uni Helse, Nasjonalt kompetansesenter for legevaktmedisin, tas det opp spørsmål om mulighet for å foreta test av mistenkte i saker om seksuallovbrudd med tanke på seksuelt overførbare infeksjoner for å få en rask avklaring av om fornærmede ved overgrepet også ble utsatt for en konkret smittefare.

10.6 Synspunkter fra et utvalgsmedlem

Et av utvalgets medlemmer, Kim Fangen, lever selv med hiv og har engasjert seg i arbeid på feltet i en årrekke.

Som det fremgår under utvalgets vurderinger i punkt 11.2.1.2, mener Fangen at det ikke bør være særskilte straffebud rettet mot smitteoverføring direkte mellom mennesker. Eventuell straffefølgning må da skje etter de alminnelige straffebestemmelsene om kroppsskade, men Fangen mener at heller ikke disse straffebudene bør anvendes ved slik smitteoverføring unntatt der gjerningspersonen handlet i den hensikt å smitte en annen, og smitte faktisk ble overført.

Begrunnelsen for dette standpunktet fremgår av følgende som Fangen har skrevet i sakens anledning:

Ny tid. Ny inspirasjon.

Hiv har vært en del av vår globale virkelighet i over 30 år. Man regner med at 60 millioner mennesker har blitt smittet i løpet av denne perioden, 35 millioner av disse lever i dag. For første gang i verdens hivhistorie går tallene på nydiagnostiserte hivpositive ned. Dette skyldes primært at flere hivpositive får tilgang til behandling. En behandling som gjør at hivpositive kan leve gode og lange liv, og at majoriteten som står på behandling har fullt supprimert HIV RNA og dermed er svært lite smittsomme. Centers for Disease Control and Prevention (CDC) i USA har nettopp vurdert de nyeste forskningsdataene og konkluderer med at antiretroviral behandling kan redusere risikoen for at en hivpositiv overfører viruset til en hiv negativ med 96 %.¹² UNAIDS har begynt å snakke om en verden uten hiv i sin 2011–2015 strategiplan «Getting To Zero»¹³. Medisinske fremskritt har altså endret situasjonen i en svært positiv retning. Denne endringen bør også reflekteres i lovgivning og rettspraksis.

Samtidig er situasjonen ikke bare positiv. I enkelte land og i enkelte grupperinger ser vi en økning i antall nye hivdiagnoser. I Norge er antallet årlige nye hivdiagnoser blant homofile og bifile menn, samt andre menn som har sex med menn, tredoblet siden 2002. Denne økningen er svært alvorlig og krever at vi styrker og utvikler det fore-

¹² <http://www.cdc.gov/hiv/law/transmission.htm>

¹³ http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/unaidspublication/2010/jc2034_unaids_strategy_en.pdf

byggende arbeidet, både blant hivnegative og hivpositive.

Hører hiv hjemme i straffeloven?

Jeg har som hivpositiv primært forholdt meg til hiv når vi i utvalget har diskutert detaljene rundt de vedtatte bestemmelser for allmenfarlige smittsomme sykdommer i straffeloven 2005 §§ 237 og 238. Det meste av min argumentasjon springer ut fra erfaringer vi hivpositive har hatt med den gjeldende bestemmelsen i straffeloven 1902 § 155, som i en årrekke med rette har gått under navnet 'hivloven'. Som kjent er dette ikke en hivspesifikk lov, men i praksis har den, nesten uten unntak, blitt benyttet for å straffeforfølge hivpositive. Det finnes kun et par tilfelle hvor den har blitt anvendt sammen med en annen allmenfarlig smittsom sykdom (henholdsvis hepatitt B og hepatitt C).

Jeg mener at det hivrelaterte arbeidet, både ivaretagelsen av hivpositive og forebyggingen av nysmitte, ikke har vært tjent med et lovverk som av oss hivpositive har blitt oppfattet som mistenkeligjørende og stigmatiserende, og som ikke har tatt hensyn til at hivpositive har rett til et godt seksualliv. Et lovverk som ikke forholder seg til de psykososiale utfordringer det innebærer å leve med hiv, og som ikke er tilpasset det forhold at forringet livskvalitet og problemer med å mestre sikrere sex ofte henger sammen. Et lovverk som ikke har vært tydelig på hva som anses som ulovlig seksuell atferd, og hvor strafferettslig ansvar ikke står i forhold til dagens kunnskap om hiv og risiko for smitteoverføring.

Videre mener jeg at praktiseringen av dette lovverket bryter med grunnleggende prinsipper om likhet for loven. Det har virket som om loven har rammet tilfeldig og urettferdig når kun et fåtall straffesaker har blitt reist de siste årene, samtidig som flere hundre personer har fått hivdiagnosen hvert år. Det har også virket grunnleggende urettferdig og lite hensiktsmessig at alt ansvar skal hvile på de av oss som er kjent med egen hivpositive status, når vi vet at mange ikke kjenner til egen status og at ny-smitte krever at hivnegative velger å ha usikker sex.

I lys av det økende antall nye hivdiagnoser blant homofile og bifile menn, samt andre menn som har sex med menn, kan man med rette spørre seg hvilket preventivt resultat benyttelsen av denne bestemmelsen kan vise til? Min påstand er at den ikke har tjent sitt formål, verken sett fra et folkehelseperspektiv eller et forebyggingsperspektiv. Hiv er ikke lenger en trussel mot folke-

helsen slik man antok den kom til å bli tidlig i 1980-årene. Dette har vi vært klar over i mange år nå. Selv før medisinene kom, var dette et faktum. Allikevel virker det som om den 'epidemiske' tankegangen henger igjen hos mange.

Folkehelseperspektivet står derimot sentralt når det gjelder smittespredning av andre allmenfarlige smittsomme sykdommer via luft, vann og mat. Jeg har derfor sammen med et enstemmig utvalg gått inn for at § 238 endres til bare å gjelde slik smittespredning, se kapittel 11 og utvalgets lovutkast i kapittel 14.

Det er ikke gjennom straffeloven vi reduserer videre spredning av hiv. Jeg mener at hiv og andre seksuelt overførbare infeksjoner ene og alene er et helseanliggende. Det er der fokuset skal og må ligge, hvis man ønsker å hindre at flere blir smittet. Det betyr at vi må endre vårt tankesett og legge om kursen fra strafferegulering over på en helsemessig innfallsvinkel. En ansvarliggjøring av begge seksualpartnere, uten at dette knyttes til straff. Jeg har ingen tro på at straffeloven er et egnet redskap for å regulere helserelatert atferd. Straffeloven kan derimot virke som en hvilepute for myndighetene og skape en falsk trygghet blant folk.

Avkriminalisering

Jeg mener at man ikke skal kriminalisere ubeskyttet sex og følgelig ikke overføring av seksuelt overførbare infeksjoner. I normale relasjoner mellom to likestilte og jevnbyrdige personer som frivillig bestemmer seg for å ha sex, hører ikke kriminalisering/straffeloven hjemme, uavhengig av om hiv overføres eller ikke. Jeg mener at straff kun skal kunne benyttes i de tilfellene hvor man kan bevise at noen har hatt til hensikt å overføre en allmenfarlig smittsom sykdom og lyktes i dette. Da kan de generelle bestemmelsene om legemsbeskadigelse benyttes, men utover slike tilfeller skal ikke de alminnelige bestemmelsene om voldslovbrudd kunne anvendes ved smitteoverføring.

Mitt forslag innebærer dermed en klar avkriminalisering, idet jeg foreslår at straffeforfølgning kun skal skje i tilfeller hvor det foreligger forsett i form av hensiktsforsett og smitte faktisk er skjedd i denne hensikt. Smitteoverføring med vanlig forsett eller såkalt dolus eventualis skal etter mitt forslag ikke rammes, selv om smitte faktisk er skjedd. Dette gjelder også tilfeller hvor det kun er utvist grov eller simpel uaktsomhet. Dersom det kun er snakk om å utsette for smittefare, det vil si at smitte ikke er skjedd, skal det etter mitt forslag uansett ikke kunne straffes.

Hivpositive – en utnyttet ressurs

Vi som lever med hiv ønsker å være med og redusere smittetallene. Vi ønsker å være «del av løsningen» og ikke bli sett på som «problemet». På lik linje med ønsket brukermedvirkning fra alle pasientgrupper i helse-Norge, mener jeg at vi hivpositive i særdeleshet er en viktig gruppe å inkludere. Jeg mener vi er en utnyttet ressurs i det forebyggende arbeidet. Vi sitter på unik kunnskap som kan si noe om hvorfor vi ble smittet. Denne kunnskapen har man til nå ikke benyttet seg av – ingen spør oss om mulige bakenforliggende/medvirkende årsaker til at vi ble smittet. Her ligger det et stort potensial med tanke på forebygging av nysmitte, og vi ønsker å være med på dette arbeidet.

Felles mål

Uansett hva vi måtte mene om straffeloven så har alle aktører innen hivfeltet (myndigheter, organisasjoner og aktivister) et felles mål om at færrest mulig skal bli smittet med hiv.

Hvordan når vi dette målet? Tiltak må rettes både mot hivpositive og hivnegative. Vi må styrke og sette klare krav til smittevernarbeidet. Vi må bedre mestringsevnen til alle som lever med hiv. Vi må få testet flere, og det må testes oftere. Nydiagnostiserte som ønsker å begynne på behandling, må få mulighet til det. Vi må sette fokus på viktigheten av risikoredusering, og innse at det er et vesentlig tilskudd til det tradisjonelle forebyggende arbeidet. Som kjent er det å gjøre litt riktig, bedre enn å gjøre ingen ting.

Det er ingen grunn til at Norge ikke kan bli best i verden på dette området; vi har kunnskapen, kompetansen og økonomien. Vi har en oversiktlig situasjon, og vi har mulighet til å nå alle.

Seksuelt overførbare infeksjoner er en del av vår felles virkelighet. Det er ikke bare hiv som øker i omfang, men også de andre infeksjonene. Det kommer stadig flere utfordringer som for eksempel behandlingsresistent gonoré. Vi vet ennå ikke hvilket omfang dette vil få og hvilke konsekvenser det vil medføre. Desto flere ganger et menneske må behandles for en seksuelt overførbare infeksjon, desto større er faren for komplikasjoner eller at man utvikler resistens og derved en kronisk tilstand. Selv om denne informasjonen har nådd frem til majoriteten av befolkningen, endres ikke vanen med å ha ubeskyttet sex. Dette kan vi lese ut fra stadig økende antall tilfeller av seksuelt overførbare infeksjoner.

Vi bør finne en måte å utarbeide en helhetlig plan for hvordan en i Norge skal arbeide med sek-

suell helse på alle områder. Denne planen må ta for seg både de mørke og lyse sidene av seksualiteten og må omhandle seksualitet gjennom hele livsløpet. En slik plan må ta sikte på å styrke den generelle befolkningens seksuelle helse, samtidig som man utarbeider særtiltak for spesielt utsatte grupper med særskilte utfordringer, som for eksempel homofile og bifile menn, samt andre menn som har sex med menn, flyktninger, asylsøkere og familiegjengere.

Dette kan for eksempel gjøres ved at en nedsetter et utvalg som skal ha til mandat å utarbeide en handlingsplan for å styrke helhetlig seksuell helse, inkludert forebygging av seksuelt overførbare infeksjoner. Den nåværende nasjonale strategiplanen for bedre seksuell helse er for ensidig fokusert på forebygging av uønskede svangerskap. I et slikt utvalg bør helsemyndighetene være representert i tillegg til representanter for aktuelle faggrupper og relevante organisasjoner.

Nasjonal handlingsplan

Vi er mange hivpositive som mener at den nasjonale handlingsplanen 'Aksept og mestring 2009–2014' er en svært viktig og riktig plan for det hivforebyggende arbeidet. Her har seks departementer og flere direktorater forpliktet seg til helhetlig innsats i hivarbeidet ved å definere mål og strategiske grep på en rekke områder. Noe er allerede satt i verk, men svært mye gjenstår, og den nylig avholdte midtveiskonferansen viste at arbeidet går trått og at det er stor frustrasjon blant aktørene.

Det som har blitt gjennomført, er blant annet igangsettelse av Norges første Lærings- og mestringkurs for hivpositive. Dette kurset er utviklet gjennom et samarbeid mellom Lærings- og mestringssenteret og Infeksjonsmedisinsk avdeling, begge ved Oslo universitetssykehus (OUS), og det nyetablerte Pasientrådet for hivpositive har også bidratt. Her står blant annet mestring av seksuallivet sentralt. Dette har vært et vellykket pilotprosjekt som det er meningen skal være et kontinuerlig tilbud til alle som lever med hiv, og til alle som blir diagnostisert med hiv, uansett nasjonalitet, etnisitet og seksuell legning. Vi mener dette er et viktig tilbud til denne pasientgruppen som til nå har fått liten oppfølging utover på det rent medisinske området. Et annet viktig tiltak som er gjennomført under hivplanen, er kursing av helsepersonell som jobber med hiv, i hvordan samtale med pasienter om endring i helserelatert atferd, inkludert seksuell atferd. Verktøyet er en samtalem metode (motiverende intervju – MI) som skal øke

pasientens motivasjon til endring. I 2011 deltok i underkant av 100 helsepersonell på slike kurs i regi av Helsedirektoratet. Flere trenger slike kurs, og disse kursene bør kunne tilbys på forskjellige nivåer, slik at MI blir en integrert del av behandlingen.

Slik kursing av både pasienter og helsepersonell er noe som kan øke både mestringsevne og livskvalitet hos hivpositive og er derfor svært viktige helsefremmende og hivforebyggende tiltak. Tidligere behandlingsstart samt økt satsing på testing for hiv og andre seksuelt overførbare infeksjoner er andre tiltak som virker smitteforebyggende.

Med ovennevnte unntak så er svært få av de mange definerte strategiske grepene i hivplanen gjennomført. Hva skyldes dette? Hvorfor har arbeidet nærmest stoppet opp? Hvorfor har man ikke klart å oppnå flere av målene i planen? Er det mangel på reell vilje hos helsemyndigheter og andre departementer til å drive denne planen fremover? Har man sagt seg fornøyd med å lage en god plan og overlatt ansvaret for implementeringen til sivilt samfunn og helsepersonell? Her trengs det nasjonal styring og oppfølging.

Veien videre – ny redskap gir nye muligheter

Jeg mener vi har en unik mulighet nå til å legge om kursen og vise hvordan hiv og andre seksuelle overførbare infeksjoner kan og bør bli behandlet på en konstruktiv og inkluderende måte. Ved å fokusere på seksuell helse generelt og for hele befolkningen, vil vi kunne oppleve en reduksjon av hiv og andre seksuelt overførbare infeksjoner. Vi må arbeide for å motivere og å inspirere hvert enkelt individ og på den måten best ivareta samfunnets interesser.

Det er en ny tid som bør inspirere alle som arbeider og lever i dette feltet. Vi vet så uendelig mye mer nå enn da hiv ble innlemmet i straffeloven. Vi har helt andre muligheter i dag til å bekjempe dette viruset, ved å sette flest mulig i stand til selv å ivareta egen helse. Det er her vi kan bidra til å snu den negative utviklingen vi opplever nasjonalt, og det vil også gi oss en mulighet til å vise vei internasjonalt. Det er mange øyne rettet mot Norge i disse dager som følger spent med på hvordan vi velger å gå videre med denne utfordringen. Det hviler et ansvar på oss alle for at vi forvalter dette på best mulig måte.

10.7 Utvalgets innblikk i og vektlegging av synspunkter og erfaringer blant berørte

Både ut fra den sammensetningen som utvalget ble gitt, og ut fra et mål som utvalget som helhet har hatt, om å synliggjøre og vurdere de synspunktene som målbæres av grupperinger som ønsker å fjerne straffeloven 1902 § 155 og tilsvarende nye straffebestemmelser, det vil si å avkriminalisere smitteoverføring og smittefare mellom mennesker, har det vært holdt flere innlegg i utvalget som har avspeilet de forannevnte synspunktene.

Utvalget har et medlem, Kim Fangen, som har mangeårig personlig erfaring med hiv, og som har utvist stort engasjement i arbeid på feltet, blant annet gjennom Pasientrådet for hivpositive og andre organisasjoner. Fangen har holdt to særskilte innledninger for utvalget i tillegg til å formidle erfaringer og synspunkter gjennom hele utvalgsarbeidet.

Fangen holdt på utvalgsmøtet 30. mai 2011 innlegg om temaet ut fra spørsmål som: Hvordan oppleves det å leve med hiv i Norge 2011? Hva har skjedd på de snart 30 årene vi har kjent til hiv i Norge? Medisinsk revolusjon, menneskerettslig stagnasjon? Hvorfor mener vi at straffeloven § 155 virker mot sin hensikt? Er § 155 rettferdig? Er § 155 samfunnsbeskyttende? Hvorfor mener vi at loven kriminaliserer vårt seksualliv? Hvorfor mener vi at ansvarsfordelingen må bli bedre? Hvor ligger den hivpositive ansvar kontra den hivnegative og samfunnets? Hvordan ønsker vi at hiv og straff skal forvaltes i dagens samfunn, og hva kan vi bidra med? Hvordan ser vår 'løsning' ut?

På utvalgsmøtet 23. november 2011 holdt Fangen et innlegg om hivpositive anbefalinger til lovutvalget med hensyn til om det bør være strafferegulering på feltet og i så fall hva den bør ramme. Innlegget var utformet ut fra Fangens egne synspunkter og etter råd og innspill fra et stort kontaktnett av mennesker som lever med hiv i Norge. Se også punkt 10.6 om Fangens synspunkter.

Videre har flere utvalgsmedlemmer lang erfaring fra arbeid relatert til smittsomme sykdommer og bred kontaktflate på feltet, noe som også har gitt innblikk blant annet i hvordan en del smittede personer tenker og handler i relasjon til smittefare mv. Inntrykk og erfaringer er blitt formidlet til resten av utvalget i innlegg for utvalget og i det løpende utvalgsarbeidet. Tre utvalgsmedlemmer er leger med erfaring fra ulike typer virksomhet. Stig S. Frøland har i flere tiår arbeidet klinisk ved

infeksjonsmedisinske avdelinger i spesialisthelsetjenesten, særlig med hiv, drevet forskning rundt hiv/aids og har dessuten erfaring som sakkyndig i straffesaker om smitteoverføring/-fare. Trine Kjus Brumoen har mangeårig erfaring som overlege ved Olafiaklinikken (en seksjon av Oslo universitetssykehus som er et senter for rådgivning, undersøkelse og behandling av seksuelt overførbare infeksjoner). Her arbeider hun blant annet med oppfølging av hivpositive og kognitiv terapi til personer som ønsker å endre atferd preget av risikosex. Øystein Søbstad har i en årrekke arbeidet som kommunal smittevernlege i Bergen. Videre har Inger-Lise Hognerud god kjennskap til hivpositives erfaringer og synspunkter gjennom sitt arbeid som juridisk rådgiver i HivNorge. Flere andre utvalgsmedlemmer har spesiell kjennskap til ulike sider av feltet gjennom annen type arbeid, herunder Bente Træen og Bera Ulstein Moseng som blant annet driver med samfunnsvitenskapelig forskning av særlig relevans for feltet, og Anne Skjelmerud som i en årrekke har arbeidet med internasjonale bistandsspørsmål knyttet til hiv og aids, de siste årene som ansatt i Norad.

Utvalget har også invitert flere personer med god kjennskap til feltet ut fra ulike posisjoner, til å holde foredrag for utvalget, som har belyst temaet for utvalgsarbeidet særlig i tilknytning til risikogrupper som homofile, rusmiddelbrukere og innvandrere.

Overlege Linda Wüsthoff og institusjonssjef Joakim Hauge, begge fra Felttiltaket, Velferdsetaten, Oslo kommune, holdt 10. januar 2012 et foredrag for utvalget med tittelen «Erfaringer og inn-

trykk fra lavterskel-helsetiltak om smittefare og smittespredning i rusmiddel miljøer av hepatitt, hiv mv. Praksis med sprøytedeling og oppfatninger blant misbrukere om smittefare.»

Et styremedlem i Homopositiv – som overfor offentligheten ønsker å være anonym – holdt 15. februar 2012 et foredrag for utvalget med tittelen «Mestring, risikogrupper og økende smittetall blant homser i Norge – Refleksjoner rundt hiv-epidemiens bakenforliggende faktorer».

Seksjonsoverlege Bente Magny Bergersen, Infeksjonsmedisinsk avdeling, Oslo universitetssykehus, holdt 29. mars 2012 foredrag for utvalget med tittelen «Smittevernveiledning til hiv-positive med innvandrerbakgrunn.» På samme utvalgsmøte hadde utvalget en dialog med Gertrude Bukanga og Girmay Assemahegn, begge ansatt som sosialkonsulenter på Aksept (Senter for alle som er berørt av hiv), om oppfatninger om og holdninger til smittefare og smittevern i innvandrer miljøer.

Høringsmøtet og de skriftlige innspillene utvalget har mottatt, jf. punkt 10.5, har også gitt utvalget innblikk i synspunkter blant berørte og deres interesseorganisasjoner, i tillegg til annet skriftlig materiale m.m., jf. punkt 10.2 til 10.4.

Et samlet utvalg har derfor registrert de sterke «brukerstemmene», og deres synspunkter og erfaringer er tatt med og vektlagt i de brede og avveieende vurderingene som samtlige utvalgsmedlemmer har måttet foreta vedrørende de ulike forslagene som fremmes av utvalget i de etterfølgende kapitlene.

Kapittel 11

Utvalgets vurderinger

11.1 Innledning

I henhold til mandatet skal utvalget blant annet «vurdere og foreslå eventuelle endringer i straffelovgivningen og annen lovgivning, og eventuelt foreslå andre virkemidler og konkrete tiltak for å redusere negative følger av gjeldende lovregulering om allmennfarlige smittsomme sykdommer». Videre skal utvalget «vurdere systematikken i forholdet mellom straffeloven, smittevernloven og forskrift om allmennfarlige smittsomme sykdommer, og evt. komme med forslag til endringer, samt vurdere forholdet til annen lovgivning som berører hivpositive».

Utvalget har i kapittel 4 og 5 redegjort for gjeldende rett knyttet til smittevernloven og de relevante bestemmelsene i gjeldende og ny straffelov. I kapittel 6 er det kort gjort rede for annet relevant regelverk. I kapittel 7 og 8 er det redegjort for utenlandsk rett og internasjonale forpliktelser og tilrådninger. I kapittel 9 omtales annet bakgrunnsstoff, både av medisinsk og samfunnsvitenskapelig karakter. Endelig har utvalget i kapittel 10 fremstilt synspunkter på relevante problemstillinger som er fremkommet i forbindelse med utvalgets høring og på andre måter. Dette bakgrunnsstoffet har, sammen med de hensyn og argumenter som er trukket fram i kapittel 3, dannet bakteppet for utvalgets vurderinger og forslag, som følger her i kapittel 11.

I punkt 11.2 redegjøres for utvalgets vurderinger knyttet til spørsmålet om bruk av straff i forbindelse med smitteoverføring og smittefare, og forslag til endringer i de relevante strafferettslige bestemmelsene. Det skilles mellom henholdsvis smitteoverføring direkte eller indirekte mellom mennesker og smittespredning gjennom luft, vann, næringsmidler mv.

I punkt 11.3 omtales forholdet mellom smittevernloven og straffeloven og utvalgets vurderinger i visse spørsmål knyttet til smittevernloven. Utvalget foreslår ikke endringer i smittevernloven, men uttrykker enkelte oppfordringer til departementet knyttet til klargjøring av gjeldende

rett og praktiseringen av loven, og foreslår visse andre tiltak vedrørende smittevernhjelp rettet mot asylsøkere og andre innvandrere.

Punkt 11.4 gjelder spørsmålet om undersøkelse av mistenkte i saker om seksuallovbrudd med tanke på smittestatus, med utvalgets vurderinger og forslag til en ny bestemmelse i straffeprosessloven med hjemmel for kroppslig undersøkelse av mistenkte med henblikk på rask avklaring av om det forelå konkret smittefare for fornærmede ved overgrepet, og da av hensyn til fornærmede.

Punkt 11.5 omhandler utvalgets vurderinger vedrørende assistert befruktning i smittevernøyemed og forslag til endring i bioteknologiloven.

Utvalget foreslår ikke endringer i andre relevante lover.

Utvalgets lovutkast er inntatt i kapittel 14, og spesielle merknader til de enkelte bestemmelsene i lovutkastet, er samlet i kapittel 13.

11.2 Straffeloven

11.2.1 Innledning og noen utgangspunkter

11.2.1.1 Innledning

Utvalget har i tråd med mandatet vurdert om det i norsk rett bør være straffebestemmelser som rammer det å overføre smittsomme sykdommer og å utsette andre for smittefare, og i så fall under hvilke omstendigheter.

Det er i kapittel 3 redegjort for argumenter og hensyn som taler for og mot strafferettslig regulering på området. Der er også nevnt argumenter og hensyn knyttet til noen av elementene i en slik eventuell regulering.

I punkt 11.2.1.2 omtales spørsmålet om det etter norsk rett fortsatt bør kunne reageres med straff ved smitteoverføring og fare for smitteoverføring. I punkt 11.2.1.3 drøftes spørsmålet om det bør være egne straffebestemmelser på feltet. Det redegjøres også for hva den rettslige situasjonen vil kunne bli om man ikke har slike særskilte

regler. I punkt 11.2.1.4 omtales inndelingen i de to separate straffebudene i utvalgets lovutkast om henholdsvis smitteoverføring mellom mennesker og smittespredning via luft, vann og mat etc. Vurderingene knyttet til den nærmere utformingen av straffebudene, er omtalt i punkt 11.2.2 og punkt 11.2.3.

Utvalget har valgt å bruke begrepet *smitteoverføring* om smitte som overføres direkte eller indirekte mellom mennesker, og begrepet *smitte-spredning* om smitte som spres gjennom luft, vann, næringsmidler mv., selv om uttrykkene verken i medisinsk terminologi eller i vanlig språkbruk er forbeholdt de respektive smittemåtene. Se punkt 9.2 om ulike smittemåter. Delvis brukes begrepene også som samlebegrep vedrørende alle smittemåter.

Utvalget bemerker at det vedrørende smitteoverføring mellom personer i mange tilfeller refereres til hiv og brukes eksempler som gjelder hiv. Dette har sammenheng med at kritikken mot gjeldende og vedtatte straffebud er knyttet til hiv og at det derfor i utvalgets mandat er spesielt fokusert på hiv, samtidig som en stor andel av straffesakene på feltet de senere tiår gjelder hiv. Internasjonalt synes kriminalisering av smitteoverføring og smittefare nærmest utelukkende å være et tema med tanke på hiv, se kapittel 8. Utvalget vil imidlertid understreke at utvalgets vurderinger og lovutkast ikke bare er knyttet til hiv, men gjelder også andre smittsomme sykdommer, jf. også punkt 11.2.1.2. Se nærmere punkt 11.2.2.3 for så vidt gjelder smitteoverføring mellom mennesker og 11.2.3 om smittespredning via luft, vann, mat etc.

11.2.1.2 Hovedspørsmålet om straff eller straffrihet

Det grunnleggende spørsmålet i utvalgets mandat er om det i det hele tatt bør være straffbelagt å smitte et annet menneske med sykdom, og eventuelt også å utsette en annen for smittefare.

I arbeidet med straffeloven 2005 la man som et utgangspunkt til grunn skadefølgeprinsippet, det vil si at det i hovedsak er atferd som medfører skade eller fare for skade på interesser som bør vernes av samfunnet, som bør være straffbelagt. Selv om en type atferd, som smitteoverføring, har skadefølge, må det foretas en nærmere vurdering av om det bør reageres med straff, jf. punkt 3.2.1 og 3.2.3.

Spørsmålet om smitteoverføring har en slik karakter og et slikt alvor at det rettfærdiggjør bruk av straff, kan vanskelig besvares entydig uten å

legge til grunn visse forutsetninger om de aktuelle sykdommers karakter, smittemåte, partenes subjektive forhold og omstendighetene for øvrig.

Ett utvalgsmedlem (Fangen) mener at det ikke bør gis særskilte straffebud rettet mot smitteoverføring mellom personer. Eventuell straffefølgning må da skje etter de alminnelige reglene om kroppsskade, men dette medlem mener at heller ikke disse bestemmelsene bør anvendes ved slik smitteoverføring med mindre gjerningspersonen handlet i den hensikt å smitte, og smitte faktisk ble overført. Begrunnelsen for dette standpunktet framgår av kapittel 10. Dette medlem er enig med det øvrige utvalg om forslag om straffetruassel mot smittespredning gjennom luft, vann og mat mv.

De øvrige 11 utvalgsmedlemmene har som et utgangspunkt kommet til at smitteoverføring – også mellom personer – i alle fall under visse omstendigheter bør kunne straffes, og ikke bare dersom det er handlet i den hensikt å overføre smitte.

Det er ulike hensyn som gjør seg gjeldende for henholdsvis smitteoverføring fra person til person og smittespredning gjennom luft, vann, mat etc. i spørsmålet om straff og vilkårene for straff.

Det finnes smittsomme sykdommer i mange former og av svært ulik alvorlighetsgrad. Om det er på sin plass med straff, vil derfor bero blant annet på hva slags sykdom det er tale om. Et samlet utvalg er kommet til at det å smitte andre med alvorlig sykdom under visse forutsetninger bør være straffbart. Overføring eller spredning av alvorlig sykdom medfører en skadefølge for individet som blir smittet, og skader dessuten samfunnsinteresser, jf. punkt 3.4.

Ved mindre alvorlige sykdommer er det en mildere form for skade det er tale om, eller knapt noen skade, og det skal da mer til for å rettfærdiggjøre bruk av straff.

Et samlet utvalg mener at eventuell strafferegulering rettet mot smitteoverføring direkte og indirekte mellom mennesker, for eksempel ved seksuell omgang, bør begrenses til å gjelde sykdommer av kvalifisert art, jf. punkt 11.2.2.3. Ved smittespredning gjennom luft, vann og mat mv. vil skadepotensialet kunne være svært stort fordi smitten kan nå en meget vid krets av mennesker. Dette kan medføre at man ikke bør stille de samme kravene til sykdommens alvor for den enkelte som blir smittet. Dette er også smitteveier som individet i mindre grad har mulighet for å beskytte seg mot. Se punkt 11.2.3.

Skadens alvorlighetsgrad har også betydning for vurderingen av ansvar for forebygging og

moralsk klanderverdighet hos den som utfører den smittefarlige handlingen. Det samme gjelder hvilke begrensninger samfunnet skal legge på den alminnelige handlefrihet, noe som krever tungtveiende grunner, særlig med en så sterk reaksjon som straff.

Utvalget har drøftet folkehelseargumentet som er et sentralt element i grunnlaget for den gjeldende straffereguleringen av smitteoverføring og smittefare. I tillegg til vern av folkehelsen, har bestemmelsene imidlertid også et klart element av individvern, slik også Høyesterett påpekte i Rt. 2006 s. 1246. Utvalget legger således ikke ensidig vekt på folkehelsehensyn, og er dessuten delt i synet på hvilken folkehelseeffekt de aktuelle straffebestemmelsene kan tenkes å ha. Det foreligger ikke god dokumentasjon av effekten av strafferegulering verken med hensyn til å bidra til smitteforebygging eller utilsiktede virkninger som kunne ha motsatt effekt. Se punkt 3.4 og 9.3.2.

Et samlet utvalg er av den oppfatning at smittevernloven og folkehelseloven er sentrale for å ivareta folkehelsen, i tillegg til de ikke-rettslige virkemidlene som også er helt sentrale. Dette er virkemidler av langt større betydning for å verne befolkningen mot alvorlige smittsomme sykdommer, enn straffebestemmelser er. Norge og flere andre land har imidlertid en tradisjon for at straffeforfølgning av smitteoverføring/-fare kan skje etter straffebud i den alminnelige straffelovgivningen, ment å verne så vel folkehelsen som individet.

I arbeidet med straffeloven 2005 ble det pekt på at straff bare bør brukes dersom andre reaksjoner eller sanksjoner ikke finnes eller ikke vil være tilstrekkelige (subsidiaritetsprinsippet), jf. punkt 3.2.3. Det vises til punkt 11.3.3 og 11.3.4 hvor utvalget understreker viktigheten av smittevernveiledning og annen oppfølging i helse- og omsorgstjenesten til den som står i fare for å smitte andre, jf. den svært vide tolkningen av begrepet smittevernhjelp, og påpeker behovet for klarere retningslinjer for tilfeller hvor smittede ikke følger smittevernveiledning som er gitt. Smittede bør få både tilstrekkelig og gjentatt informasjon og om nødvendig psykososial støtte og annen bistand til å håndtere smittefaren på en forsvarlig måte. Smittevernloven har imidlertid ikke egnede midler overfor smittede som etter gjentatte oppfordringer og veiledning ikke overholder anbefalingene om for eksempel «sikrere sex». Utvalget finner det ikke hensiktsmessig å foreslå at smittevernloven utstyres med administrative reaksjoner eller sanksjoner overfor dem som ikke innretter seg etter rådene, jf. også punkt 11.3.2 og 11.3.4, og

ser heller ikke andre aktuelle reaksjonsmåter som alternativ til straff.

Utvalget mener at den smittede parten har et særlig ansvar for å forebygge videre smitte. En smittet person som kjenner sin smittestatus og har fått smittevernveiledning, har derfor en særskilt grunn til å sørge for smittevern.

Alle, også de som ikke er smittet, eller ikke vet at de er smittet, må ta del i ansvaret for å unngå smitteoverføring ut fra allmenn kunnskap om smittsomme sykdommer og smittemåter. Dette gjelder særlig sykdommer som man ved enkle tiltak kan beskytte seg mot, for eksempel ved bruk av kondom.

Utvalgets flertall – 11 av 12 medlemmer (Syse, Brumoen, Frøland, Hofmann, Hognerud, Keller-Fløystad, Moseng, Skjelmerud, Søbstad, Thorheim og Træen) – mener likevel at omstendighetene i en del tilfeller, herunder mange av de sakene som er pådømt etter straffeloven 1902 § 155, jf. punkt 5.2.2.17, er slik at den smittede part har handlet så klanderverdig at det fremstår som både riktig og rimelig med en straffereaksjon. Dette gjør seg særlig gjeldende der den smittede bevisst har gitt feilaktig eller misvisende informasjon om sin smittestatus, kanskje over lang tid, slik at den andre parten fratras insentiv til å sørge for beskyttelse mot smitte. Dette øker den subjektive klanderverdigheten hos den smittede, og dermed straffverdigheten. Se punkt 11.2.2 om de nærmere elementer utvalgets flertall vil foreslå skal inngå i en straffebestemmelse om smitteoverføring mellom mennesker.

Det samme flertallet vil også peke på at det ikke har vært noen allmenn reaksjon mot at det foreligger straffebud svarende til straffeloven 1902 § 155. Videre kan nevnes at både lovvedtak om straffeskjerpning i § 155 i 2003 og vedtak av straffeloven 2005 §§ 237 og 238 i 2009 har skjedd enstemmig, og at ingen av de domsavsigelsene utvalget kjenner til, antyder at straffebestemmelsene anses som diskriminerende eller urimelige. Straffereguleringen synes derved å være i samsvar med den alminnelige rettsfølelsen, jf. punkt 3.9. Utvalget mener like fullt at det må vektlegges at dagens regler er kritisert av interesseorganisasjoner, enkeltpersoner og deler av fagmiljøene, og at denne kritikken er noe av bakgrunnen for lovutvalgets arbeid. Det vises til kapittel 10 der berøres synspunkter og erfaringer er presentert.

I tillegg til at utvalgets flertall finner at gode grunner taler for at straff kan anvendes under visse forutsetninger, vil ni av disse utvalgsmedlemmene (Syse, Brumoen, Frøland, Hofmann, Keller-Fløystad, Moseng, Søbstad, Thorheim og

Træen) peke på at avkriminalisering vil kunne oppfattes som et signal om at det å smitte andre eller utsette andre for smittefare, ikke lenger er så alvorlig, jf. punkt 3.2.3. Et økende antall nysmittede med hiv kan blant annet tyde på at det i visse miljøer råder en oppfatning om at det ikke er så viktig å unngå hivsmitte nå fordi det finnes antiretrovirale legemidler som kan hindre at hivpositive personer utvikler aids. Utvalgets flertall mener derfor det ville være uheldig å forsterke et slikt inntrykk gjennom en fullstendig avkriminalisering eller oppheving av de særskilte straffebudene som gjelder smitteoverføring og smittefare.

Tre utvalgsmedlemmer (Fangen, Hognerud og Skjelmerud) vil bemerke at den nåværende paragrafen ikke har synes å ha forebyggende effekt, og mener at intensivert forebyggende arbeid er nødvendig for å nå de aktuelle gruppene, inkludert en mer aktiv bruk av smittevernlovens bestemmelser, jf. punkt 11.3.

Når det gjelder smitteoverføring direkte eller indirekte mellom mennesker, mener utvalget at det bare skal være straffetrussel mot overføring av sykdommer som er alvorlige for den som smittes. Et samlet utvalg vil understreke at hivinfeksjon fortsatt er en alvorlig sykdom. Det å være hivpositiv vil ofte medføre plager eller uønskede helseeffekter, enten som følge av selve hivinfeksjonen eller legemiddelbehandlingen. Det kan for øvrig være en belastning i seg selv å leve med en kronisk sykdom og å være avhengig av daglig legemiddelinntak livet ut. I tillegg kommer resistensproblematikk, kostnadene ved behandlingen m.m. Se vedlegg 1 om medisinske aspekter ved hiv og aids. Også andre sykdommer enn hiv vil falle inn under utvalgets utkast til lovbestemmelse, jf. punkt 11.2.2.3.

Utvalgets flertall – 11 av 12 medlemmer (Syse, Brumoen, Frøland, Hofmann, Hognerud, Keller-Fløystad, Moseng, Skjelmerud, Søbstad, Thorheim og Træen) – vil for øvrig bemerke at eventuell oppheving av de eksisterende straffebestemmelsene som retter seg mot smitteoverføring/-fare, ikke uten videre vil føre til at smitteoverføring/-fare er straffritt. Rettstilstanden vil avhenge også av hvilke andre straffebud som kan komme til anvendelse. I en rekke land anvendes generelle straffebud om kroppsskade etc. i forbindelse med smitteoverføring og smittefare, jf. kapittel 7. Det er på det rene at også norske generelle straffebud etter omstendighetene vil kunne anvendes på slike forhold, selv om det ut fra skyldkrav og av bevisgrunner vil kunne være vanskeligere å domfelle enn etter gjeldende straffebestemmelser, jf. punkt 11.2.1.3.

Utvalgets flertall finner etter en samlet vurdering at det etter norsk rett på visse vilkår fortsatt bør være straffbart å overføre smitte til andre. Utvalgets flertall er enige om valget av reguleringsmåte, jf. punkt. 11.2.1.3 og 11.2.1.4, men er delt i synet på hvorvidt det fortsatt bør være straffbart å utsette andre for smittefare, se nærmere punkt 11.2.2.4.

Som nevnt er et samlet utvalg av den oppfatning at det bør være straffbart å spre smitte gjennom luft, vann og mat mv., jf. punkt 11.2.3.

Som det fremgår i punkt 8.2.3, legger utvalget til grunn at landene folkerettslig sett står relativt fritt i vurderingen av om det skal anvendes straff ved smitteoverføring og det å utsette andre for smittefare, og at det ikke i seg selv er i strid med menneskerettighetene at et land har straffebestemmelser som rammer smitteoverføring og smittefare, heller ikke om straffetrusselen er utformet som et eget straffebud.

Utvalget understreker imidlertid at det – uavhengig av om man har særskilt regulering av smitteoverføring eller om eventuell straffefølgning skjer etter andre straffebud – er en forutsetning at straffefølgningen ivaretar de krav som følger av menneskerettighetene og andre allmenngyldige prinsipper knyttet til rettssikkerhet, herunder blant annet klart lovgrunnlag, rettfærdig rettergang, proporsjonal straffutmåling og likhet for loven.

11.2.1.3 Særskilte straffebestemmelser eller bruk av generelle straffebud

Utvalget har vurdert om man i norsk rett bør ha egne straffebud som retter seg mot smitteoverføring og eventuelt smittefare, eller om det er mer hensiktsmessig å anvende de generelle straffebudene om kroppsskade mv. Se punkt 3.5 om hensyn og argumenter knyttet til dette spørsmålet. Argumentasjonen er i stor grad knyttet til smitteoverføring mellom personer i og med at det er i forbindelse med hivsmitte spørsmålet er tatt opp. Mye av det som sies nedenfor vil imidlertid også gjelde i forbindelse med smittespredning gjennom luft, vann, mat mv. uten at det drøftes særskilt.

Som det fremgår i kapittel 8, har blant andre UNAIDS anbefalt at eventuell straffefølgning av overføring av hiv skjer etter generelle straffebud om kroppsskade eller lignende, i stedet for at det innføres/opprettholdes strafferegulering som spesielt rammer overføring av hiv. UNAIDS anbefaler også at straffefølgning bare skjer når det

faktisk er overført smitte fra en person som har handlet i den hensikt å smitte.

Utvalget har sett på de strafferettslige konsekvensene dersom man i norsk rett ikke har egne straffebestemmelser om smitteoverføring og smittespredning, herunder også smittefare. Spørsmålet blir om det er andre straffebud som rammer slike forhold, og i så fall under hvilke omstendigheter og strafferammer, eller om slike handlinger da vil være straffrie. Vurderingene er knyttet til straffeloven 2005 i og med at denne vil avløse straffeloven 1902 i løpet av de nærmeste årene.

Som omtalt i punkt 3.5 og 5.3.3, ble spørsmålet også vurdert i forbindelse med den nye straffeloven, og departementet konkluderte da med at det ikke ville være noen fullgod løsning å anvende de generelle straffebudene om kroppsskade, se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 118–120.

I straffeloven 2005 vil de mest aktuelle bestemmelsene være §§ 273 og 274 om kroppsskade og § 280 om uaktsom forvoldelse av betydelig skade på kropp eller helse, alle i lovens kapittel 25 om voldslovbrudd mv. Etter § 273 straffes «den som skader en annens kropp eller helse, gjør en annen fysisk maktesløs eller fremkaller bevisstløshet eller liknende tilstand hos en annen» med fengsel inntil seks år. Grov kroppsskade straffes etter § 274 første ledd med fengsel inntil ti år. Ved avgjørelsen av om kroppsskaden er grov, skal det særlig legges vekt på blant annet om skaden «har hatt til følge uhelbredelig lyte eller skade, sykdom eller arbeidsudyktighet av noen varighet eller sterk smerte, betydelig skade eller død». Dersom fornærmede er påført betydelig skade på kropp eller helse, jf. legaldefinisjonen i straffeloven 2005 § 11 (se punkt 11.2.2.3), er strafferammen 15 års fengsel, jf. § 274 andre ledd.

For at disse bestemmelsene skal aktualiseres, må det i utgangspunktet være overført smitte, slik at fornærmede er påført skade. Det må også bevises at det er gjerningspersonen som har overført smitten til fornærmede.

Det vil kunne være vanskelig å anvende §§ 273 og 274 på grunn av kravet om subjektiv skyld. Skyldkravet er forsett, jf. straffeloven 2005 §§ 21 og 22. Skyldkravet vil være oppfylt dersom gjerningspersonen hadde smittehensikt, jf. § 22 første ledd bokstav a. Det samme gjelder om gjerningspersonen handlet «med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen» (jf. bokstav b), det vil her si bevissthet om at smitte sikkert eller mest sannsynlig ville bli overført ved handlingen. Blant annet ut fra rettspraksis knyttet til straffeloven

1902 § 155, jf. punkt 5.2.2.17, må det antas at dette sjelden vil være tilfelle. Alternativt må det godtgjøres at gjerningspersonen «holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet», jf. straffeloven 2005 § 22 første ledd bokstav c. Dette vil være vanskeligere å bevise enn tilsvarende forsettsgrad etter straffeloven 1902 § 155 hvor gjerningsbeskrivelsen også dekker det å utsette en annen for smittefare, og det således er tilstrekkelig å bevise at gjerningspersonen valgte å handle selv om det skulle være tilfellet at det oppsto smittefare. Det vil således trolig være vanskelig å dømme for smitteoverføring etter bestemmelsene om forsettlig voldslovbrudd, selv om det i enkelte situasjoner er klart at bevismaterialet dekker både de subjektive og de objektive vilkårene i straffebudet.

Det å utsette noen for smittefare, vil trolig kunne straffes som forsøk på kroppsskade, men ved forsøksstraff må det bevises fullbyrdesforsett, jf. straffeloven 2005 § 16. Dette vil prinsipielt kunne tenkes, for eksempel dersom gjerningspersonen ønsker å påføre smitte og således handler med hensikt. Dette vil sjelden være situasjonen, og som ved fullbyrdet overtredelse vil det ofte være vanskelig å bevise også lavere former for forsett. Forsøksansvaret er ikke utelukket i teorien, men i praksis vil det trolig være vanskelig å straffe det å utsette andre for smittefare etter bestemmelsene om voldslovbrudd. Straffeloven har intet generelt straffebud om det å utsette andre for fare, slik man har for eksempel i Sverige, jf. punkt 7.3.

I en del land straffes smitteoverføring, og eventuelt smittefare, etter generelle straffebud om forsettlig kroppsskade eller lignende, se kapittel 7. Dette må blant annet sees i lys av at innholdet i forsettsbegrepet og rettstradisjoner for øvrig varierer mellom landene.

Videre pekes på at samtykkeregelen i § 276 ikke fritar for overtredelse av § 274 andre ledd, det vil si der gjerningspersonen har voldt betydelig skade på kropp eller helse. Livsfarlig eller langvarig sykdom omfattes av legaldefinisjonen av begrepet «betydelig skade på kropp eller helse» i straffeloven 2005 § 11. Overføring av smittsom sykdom av en slik karakter vil derfor være straffbart etter § 274 andre ledd uavhengig av fornærmedes samtykke, under forutsetning av at kravet til subjektiv skyld er oppfylt.

Etter straffeloven 2005 § 280 om uaktsom forvoldelse av betydelig skade på kropp eller helse er det tilstrekkelig med uaktsomhet knyttet til at det skjer smitte. Forutsetningen er at det er tale om

en livsfarlig eller langvarig sykdom, jf. definisjonen av begrepet «betydelig skade på kropp eller helse». Smitte må være overført, slik at skaden er oppstått, og det må derfor bevises at det er gjerningspersonen som har overført smitten til fornærmede. Det vil i slike situasjoner være handlet uaktsomt dersom gjerningspersonen burde vite at smitte kunne bli overført. Det er ikke aktuelt med forsøksansvar etter § 280. Se straffeloven 2005 § 23 om det nærmere innholdet i skyldkravet uaktsomhet, jf. punkt 5.3.6. Så vel alminnelig som grov uaktsomhet rammes av § 280. Strafferammen i § 280 er fengsel inntil tre år.

Anvendelse av alminnelige straffebud om kroppsskade ville innebære at domstolene gjennom rettspraksis ville fastlegge hva som rammes av disse generelle straffebudene, i stedet for at lovgiver regulerer vilkårene for å straffe smitteoverføring og smittefare mer detaljert ut fra de særskilte hensyn som gjør seg gjeldende på dette livsområdet. For eksempel vil det vanskelig kunne gis en egen samtykkeregulering for disse spesielle tilfellene i tilknytning til et alminnelig straffebud som rammer alle typer kroppsskade. Det samme gjelder andre særskilte unntaksregler tilpasset den type handlinger det er tale om ved smitteoverføring mv. Etablering av hva som er straffbart og ikke, gjennom rettspraksis knyttet til generelle bestemmelser om voldslovbrudd, vil også kunne resultere i mindre forutsigbarhet enn om området reguleres i et separat straffebud. I tillegg vil rettsstillingen være klart mindre tilgjengelig for allmennheten. Analyser av rettspraksis i Sverige, hvor flere generelle straffebud med ulike strafferammer anvendes i saker om smitteoverføring/-fare, avhengig av skyldgrad og hvorvidt smitte er overført, har ført til kritikk som følge av varierende subsumsjon og liten forutsigbarhet også i straffutmålingen, jf. punkt 7.3. Fra rettspraksis i England kan nevnes at en person i 2011 ble dømt¹ for overføring av herpesvirus etter det generelle straffebudet om grov kroppsskade, som når det gjelder smitte tidligere i hovedsak har vært benyttet ved overføring av hiv, jf. punkt 7.5.

Selv om straffebudene om legemsbeskadigelse i straffeloven 1902 i prinsippet kan anvendes i konkurrans med §§ 154 og 155, er utvalget ikke kjent med noen tilfeller hvor det er gjort. Det er således usikkert hvordan norske domstoler ville vurdere slike saker.

Dersom smitteoverføring er skjedd i forbindelse med voldtekt eller seksuell omgang med

mindreårige under 14 eller 16 år, vil forholdet være blant de omstendigheter som særlig skal tillegges vekt i vurderingen av om overtredelsen er grov, hvilket medfører høyere strafferamme, jf. straffeloven 2005 §§ 293, 301 og 303. Dersom handlingen likevel ikke anses som grov, eller dersom fornærmede ble utsatt for smittefare uten at smitte ble overført, vil det kunne tas hensyn til smitteoverføringen/-faren under straffutmålingen innenfor de ordinære strafferammene. Også ved andre seksuallovbrudd vil smitteoverføring/-fare kunne være en skjerpene omstendighet ved straffutmålingen.

Under særskilte omstendigheter kan smittespredning tenkes rammet av andre straffebestemmelser i straffeloven 2005 kapittel 23 om vern av folkehelsen og det ytre miljø, se § 239 om allmennfarlig forgiftning og § 240 om alvorlig miljøkriminalitet. I særlige tilfelle vil det for øvrig kunne være aktuelt å straffe smittespredning etter straffeloven 2005 § 142 om ulovlig befatning med farlig materiale mv. som blant annet rammer bruk av biologiske våpen. Disse bestemmelsene vil imidlertid bare helt unntaksvis kunne komme til anvendelse, og da bare ved smittespredning i større omfang, ikke smitteoverføring mellom mennesker.

Smittespredning gjennom luft, vann eller mat vil også kunne rammes av straffebestemmelser i særlovgivningen, slik som folkehelseloven, jf. punkt 6.7, og matloven, jf. punkt 6.9. Dette forutsetter brudd på det aktuelle regelverket, og strafferammene er relativt lave.

Slik utvalget ser det, vil det uten særskilte straffebestemmelser om smitteoverføring og smittefare, i teorien kunne bli vanskelig å domfelle personer som har smittet andre eller utsatt andre for smittefare, selv i tilfeller hvor vedkommende har opptrådt klanderverdig, svært likegyldig eller hensynsløst. Skyldkravet etter de ordinære bestemmelsene om kroppsskade er forsett. Det skal mye til å bevise subjektiv skyld i form av forsett til overføring av smitte, noe som vil være et krav for domfellelse hva enten det er tale om faktisk smitteoverføring eller det å utsette andre for smittefare. Bare når smitte faktisk er overført, vil det kunne dømmes for uaktsom forvoldelse av betydelig skade på kropp eller helse etter § 280, og da under forutsetning av at det kan bevises at det var gjerningspersonen som overførte smitten.

Samtidig er det vanskelig å si om domstolene i praksis ville skape en likeartet praksis på feltet, i hvert fall så lenge det ikke foreligger prejudikat som gir nærmere veiledning om hvordan man

¹ Saken er anket, men anken er ikke behandlet pr. 1. august 2012.

skal vurdere spørsmålet om subjektiv skyld i slike saker. Selv dette synes ikke å ha ført til likeartet praksis i Sverige, jf. punkt 7.3.

Strafferammene for voldslovbrudd er høye. Strafferammen for grov kroppsskade er fengsel inntil ti år, men 15 år dersom det er påført betydelig skade på kropp eller helse, slik det ofte vil være tale om ved overføring av alvorlige smittsomme sykdommer. Strafferammen for uaktsom forvoldelse av betydelig skade på kropp eller helse etter § 280 er fengsel inntil tre år.

Et samlet utvalg er kommet til at smittespredning gjennom luft, vann og mat etc., bør reguleres i et eget straffebud, i stedet for å straffeforfølge slike forhold etter alminnelige straffebud om voldslovbrudd mv. Se nærmere i punkt 11.2.3.

Ett medlem (Fangen) mener at det ikke bør gis særskilte straffebud om smitteoverføring mellom personer. Eventuell straffeforfølgning må da skje etter de alminnelige bestemmelser om voldslovbrudd, men dette medlemmet mener at straffeforfølgning bare bør finne sted hvis handlingen ble utført i den hensikt å smitte og resulterte i at smitte ble overført. Se også punkt 11.2.1.2 og punkt 10.6.

Utvalgets flertall – 11 av 12 medlemmer (Syse, Brumoen, Frøland, Hofmann, Hognerud, Keller-Fløystad, Moseng, Skjelmerud, Søbstad, Thorheim og Træen) – finner at det fortsatt bør være egen straffetrussel mot det å overføre en alvorlig smittsom sykdom mellom personer, se punkt 11.2.2. Av disse 11 medlemmene finner et flertall på ni (Syse, Brumoen, Frøland, Hofmann, Keller-Fløystad, Moseng, Søbstad, Thorheim og Træen) at også det å utsette andre for smittefare på en utilbørlig måte, bør kunne straffes selv om fornærmede ikke er blitt påført en sykdom/skade. Dette bør være mulig ikke bare dersom det er utvist forsett til å overføre smitte. Se punkt 11.2.2.4. To medlemmer (Hognerud og Skjelmerud) finner at bare smitteoverføring bør være straffbelagt, og at det å utsette andre personer for slik smittefare ikke bør være straffbelagt når smitte ikke blir overført, se punkt 11.2.2.4.

Utvalgets flertall – 11 av 12 medlemmer (Syse, Brumoen, Frøland, Hofmann, Hognerud, Keller-Fløystad, Moseng, Skjelmerud, Søbstad, Thorheim og Træen) – legger vekt på den muligheten egne straffebud gir for å regulere de nærmere vilkår for straff ut fra feltets særegne karakter. Dette gjelder særlig smitteoverføring direkte eller indirekte mellom mennesker, hvor det bør vurderes nærmere blant annet hvilken betydning smitteforebyggende tiltak og fornærmedes samtykke skal ha. Flertallets vurdering er at det ikke vil

være av vesentlig betydning for graden av stigmatisering som den smittede opplever, om straffeforfølgning skjer etter de generelle straffebudene om kroppsskade eller lignende, eller etter særlige straffebud som rammer smitteoverføring og smittefare, men uten å angi spesifikke sykdommer. Argumentet om stigmatisering er blitt trukket fram når det gjelder hiv, og det hevdes ofte at straffeloven § 155 de senere tiår bare har blitt brukt til straffeforfølgning i tilknytning til hiv. Dette er ikke tilfelle, selv om det har vært flest saker vedrørende hiv. Det har også vært flere straffesaker vedrørende hepatitt C og minst én vedrørende hepatitt B. Utvalgets flertall understreker at et straffebud om smitteoverføring bør utformes slik at det ikke rettes mot en eller flere spesifikke sykdommer, men kvalifiseres på annen måte, se punkt 11.2.2.3.

Samtidig legger utvalgets flertall til grunn at den forutsigbarheten som lettere kan skapes ved et særskilt straffebud, er av stor betydning for dem det gjelder. Særlige straffebud gir mulighet for å regulere straffriende omstendigheter, noe som vil være nærmest umulig ved bruk av generelt virkende bestemmelser om voldslovbrudd.

Utvalgets flertall mener likeledes at særskilte straffebud på feltet i noen grad bidrar til å styrke den fornærmedes stilling.

Utvalgets flertall er på denne bakgrunn kommet til at det bør være egne straffebud som rammer så vel smittespredning gjennom luft, vann, mat etc., som smitteoverføring mellom personer, i den utstrekning slike handlinger i det hele tatt bør være straffbare. Se også punkt 11.2.1.4. Dette vil i prinsippet ikke utelukke at de alminnelige straffebestemmelsene om kroppsskade anvendes i konkurrans med de særskilte straffebudene, men dette vil neppe skje regelmessig. Som nevnt er ikke utvalget kjent med at det har skjedd i saker etter straffeloven 1902 § 155. Derimot har man eksempler på domfellelse etter straffeloven 1902 § 155 i konkurrans med bestemmelser om seksualforbrytelser. Se punkt 5.2.2.13 og 5.2.2.17.

Både flertallet og mindretallet er av den oppfatning at straffereguleringen bør være i den alminnelige straffeloven, og ikke i smittevernloven. Utvalgets vurderinger av forholdet mellom straffeloven og smittevernloven er omtalt i punkt 11.3.2. Utvalget foreslår ikke endringer i systematikken med en egen smittevernlov som regulerer smittevernarbeidet i helsetjenesten, administrative smitteverntiltak mv., og strafferettslige bestemmelser om smitteoverføring/-fare i straffeloven.

11.2.1.4 *Separat regulering av henholdsvis smitteoverføring mellom mennesker og smittespredning gjennom luft, vann, mat mv.*

Utvalgets utkast til lovendringer tar utgangspunkt i straffeloven 2005 som trolig erstatter straffeloven 1902 før en eventuell oppfølging av utvalgets forslag vil kunne være ferdigbehandlet.

Smitteoverføring er i straffeloven 2005 regulert i § 237 (grunndeliktet) og § 238 (grov overtredelse). Dette omfatter både smitteoverføring direkte eller indirekte mellom mennesker og smittespredning på andre måter, jf. punkt 5.3.6.

Utvalget finner grunn til å foreslå separate straffebestemmelser for det som kan regnes som direkte eller indirekte smitteoverføring mellom mennesker på den ene siden, og smittespredning gjennom luft, vann, næringsmidler mv. på den andre siden. Forskjellen i smitemåte, hvem straffebudet i praksis retter seg mot, og hvem som står i fare for å bli smittet, medfører at ulike hensyn gjør seg gjeldende med hensyn til utformingen av straffebudet, herunder også hva gjelder skyldkrav, straffriende omstendigheter og strafferamme. Se punkt 9.2 om ulike smitemåter.

Smitteoverføring direkte eller indirekte mellom mennesker omfatter blant annet smitte ved seksuell omgang, noe som hører til de mest private og intime sider ved livet hvor begge parter kan ta del i ansvaret for smitteforebyggelse. Den enkelte vil i mindre grad kunne beskytte seg mot smittespredning gjennom luft, vann og mat, og slik smittefare vil ofte ramme en ubestemt krets av mennesker. Samtidig vil slik smittespredning ofte skje i forbindelse med næringsdrift eller annen organisert virksomhet.

Se nærmere i punkt 11.2.2 og 11.2.3 om utvalgets vurderinger vedrørende henholdsvis smitteoverføring og smittespredning. Hva som legges i de to begrepene, fremgår der og i de spesielle merknadene til utvalgets lovutkast, jf. punkt 13.1. Selve lovutkastet med forslag endring i straffeloven 2005 §§ 237 og 238 og enkelte andre bestemmelser, er inntatt i punkt 14.1.

Utvalget har delt seg når det gjelder synet på regulering av smitteoverføring mellom mennesker. Som det fremgår i punkt 11.2.1.2, jf. punkt 11.2.1.3, mener utvalgets mindretall (Fangen) at dette bare skal kunne straffefølgges etter de generelle straffebudene om kroppsskade, og bare dersom handlingen ble utført i den hensikt å smitte og resulterte i at smitte ble overført.

Utkastet til § 237 om smitteoverføring reflekterer således flertallets syn – 11 av 12 medlemmer (Syse, Brumoen, Frøland, Hofmann, Hognerud, Keller-Fløystad, Moseng, Skjelmerud, Søbstad, Thorheim og Træen). Flertallet er enige om utformingen av bestemmelsen, og at denne skal ramme smitteoverføring mellom mennesker. Mens ni medlemmer (Syse, Brumoen, Frøland, Hofmann, Keller-Fløystad, Moseng, Søbstad, Thorheim og Træen) mener at straffetrusselen også bør omfatte smittefare ved utilbørlig atferd, vil to medlemmer (Hognerud og Skjelmerud) forbeholde straffetrusselen for tilfeller der smitteoverføring har skjedd, se punkt 11.2.2.4.

Et enstemmig utvalg står bak utkastet til § 238 om smittespredning gjennom luft, vann, mat mv. og utkastet til endringer i enkelte andre bestemmelser i straffeloven 2005 i tilknytning til dette, jf. punkt 11.2.3 og 11.2.4.

11.2.2 Smitteoverføring mellom personer

11.2.2.1 Innledning

I punkt 11.2.2 redegjøres for utvalgets vurderinger vedrørende det som kan regnes som direkte og indirekte smitteoverføring ved kontakt mellom mennesker eller på annen måte fra en person til en annen, i motsetning til smittespredning som kan skje i større omfang gjennom luft, vann, næringsmidler etc., se punkt 11.2.3. Se punkt 9.2 om ulike smitemåter, jf. også punkt 11.2.2.2.

Som det fremgår i punkt 11.2.1.2, mener utvalgets mindretall (Fangen) at smitteoverføring mellom personer bare bør kunne straffefølgges etter de generelle straffebudene om kroppsskade.

Utvalgets flertall (Syse, Brumoen, Frøland, Hofmann, Hognerud, Keller-Fløystad, Moseng, Skjelmerud, Søbstad, Thorheim og Træen) foreslår en egen straffebestemmelse, se utkastet i punkt 14.1 til ny ordlyd i straffeloven 2005 § 237. Etter første ledd første punktum er smitteoverføring straffbart. Forutsetningen er at det gjelder en sykdom av kvalifisert karakter, se punkt 11.2.2.3. Smittefare er særskilt regulert i første ledd andre punktum, som to av medlemmene (Hognerud og Skjelmerud) reserverer seg mot, selv om de for øvrig står bak utkastet til § 237, jf. punkt 11.2.2.4.

Straffebudet i første ledd må ses i sammenheng med lovutkastets andre ledd om straffriende samtykke, jf. punkt 11.2.2.8, og tredje ledd om straffritak ved forsvarlig iverksettelse av smitteverntiltak, jf. punkt 11.2.2.7.

11.2.2.2 Smittemåter

I og med at utvalget finner at det bør være et separat straffebud for smittespredning (utkastet til § 238), skal utkastet til § 237 om smitteoverføring bare ramme smitte som kan sies å overføres direkte eller indirekte mellom mennesker.

Dette omfatter direkte kontakt med hud, slimhinner og/eller kroppsvæsker. Seksuell omgang er et typisk eksempel på dette, men straffebudet kan etter omstendighetene også ramme smitteoverføring som skjer ved annen kroppskontakt. Se punkt 11.2.2.5 om smitte fra mor til barn i forbindelse med svangerskap, fødsel og amming.

Straffebudet i utkastet til § 237 vil i teorien også kunne ramme smitteoverføring som skjer mellom to mennesker via luften, som ved hoste, nysing eller snakking, eller via en gjenstand, for eksempel instrumenter, termometre, håndklær, glass og spiseredskap m.m. (indirekte kontaktsmitte). I dagens situasjon i Norge vurderer utvalget det slik at straffebudet ikke bør ramme noen kjente sykdommer som smitter på disse måtene. Det er etter utvalgets utkast til § 237 tale om overføring til én annen person eller en mindre krets av personer. Smittespredning i større omfang via luft, vann og mat eller andre gjenstander som er beregnet for alminnelig bruk eller salg, vil på sin side rammes av straffebudet i utkastet til § 238, jf. punkt 11.2.3.

I tilfeller som rammes av utkastet til § 237, vil vanligvis gjerningspersonen selv være smittet og føre smitten videre. Straffebudet rammer imidlertid også tilfeller der gjerningspersonen overfører smittestoffer til en annen person på andre måter, for eksempel ved en injeksjon med infisert blod fra en tredjeperson. Smitte som spres ved overføring av blod eller blodprodukter fra en blodbank eller lignende vil derimot kunne rammes av utkastet til § 238.

Når smitte er overført, og det er bevist at smitten er overført fra gjerningspersonen, vil utkastet til § 237 første ledd første punktum komme til anvendelse. Når det gjelder smittefare, som er regulert i første ledd andre punktum, vil det kunne oppstå spørsmål om hvor stor smitterisikoen må være for at handlingen skal være straffbar. Se punkt 11.2.2.4 om smittefare og punkt 11.2.2.7 om smitteverntiltak og andre faktorer som påvirker smitterisikoen.

11.2.2.3 Hvilke sykdommer som bør omfattes

Straffeloven 1902 § 155 og straffeloven 2005 §§ 237 og 238 gjelder allmennfarlige smittsomme

sykdommer, jf. punkt 5.2.2.5 og 5.3.6. Begrepet er definert i smittevernloven, og det er i medhold av loven fastsatt en liste over hvilke sykdommer som anses som allmennfarlige, jf. punkt 4.3.2.3 og vedlegg 2. Listen omfatter en rekke sykdommer med ulik alvorlighetsgrad og smittemåte.

Straffeforfølgningen etter straffeloven 1902 § 155 har de senere tiår i hovedsak vært rettet mot overføring av hiv og fare for dette, men det har også vært enkelte saker vedrørende annen sykdom (henholdsvis hepatitt B og hepatitt C), jf. punkt 5.2.2.17.

Som det fremgår i punkt 11.2.1.4, foreslår utvalget separate straffebud for direkte og indirekte smitteoverføring mellom mennesker (flertallets utkast til § 237) og smittespredning gjennom luft, vann, næringsmidler mv. (det samlede utvalgs utkast til § 238). Noen av sykdommene på den forskriftsfastsatte listen over allmennfarlige smittsomme sykdommer kan være aktuelle å straffeforfølge etter enten utkastet til § 237 eller utkastet til § 238. Utvalget finner det ikke hensiktsmessig å knytte gjerningsbeskrivelsen i utkastet til § 237 til begrepet allmennfarlige smittsomme sykdommer. Listen omfatter også sykdommer som utvalget ikke mener det bør være straffbart å overføre eller som av andre grunner er uaktuelle for straffeforfølgning. Se også punkt 9.2. Det bemerkes at utvalget uansett mener at smittede personer bør gjøre det de kan for å unngå å smitte andre. Straff som reaksjon mot smitteoverføring og smittefare etter utkastet til § 237 bør imidlertid være forbeholdt de alvorlige sykdommene. Når det gjelder smittespredning etter utkastet til § 238, se punkt 11.2.3. En del sykdommer er som bakgrunnsinformasjon omtalt i punkt 9.2, uten at det utvalget av sykdommer innebærer en endelig vurdering fra utvalgets side av hvilke sykdommer som bør straffeforfølges enten etter (utkastet til) § 237 eller § 238.

Utvalget foreslår i utkastet til § 237 en kvalifisering av sykdommen ved formuleringen «som medfører betydelig skade på kropp eller helse». Begrepet er i straffeloven 2005 § 11 definert slik:

Med betydelig skade på kropp og helse menes tap eller vesentlig svekkelse av en sans, et viktig organ eller en viktig kroppsdel, vesentlig vansirethet, livsfarlig eller langvarig sykdom, eller alvorlig psykisk skade.

Betydelig skade er det også når et foster dør eller skades som følge av en straffbar handling.

Definisjonen harmonerer med utvalgets oppfatning av hva som skal til for at en sykdom bør omfattes av straffebudet om smitteoverføring mellom mennesker.

Når død eller fare for liv ikke er spesielt nevnt i utkastet til § 237, er dette fordi definisjonen av «betydelig skade på kropp eller helse» omfatter blant annet livsfarlig sykdom.

Definisjonen omfatter også langvarig sykdom. Langvarig sykdom vil være en belastning både for den som blir smittet, for pårørende og i større perspektiv for samfunnet, jf. punkt 3.4.

Eksempler på sykdommer som utvalget i dagens situasjon mener bør omfattes av straffebudet, er hivinfeksjon og ulike former for hepatitt.

Andre seksuelt overførbare infeksjoner kan vanligvis kureres relativt enkelt ved legemiddelbehandling, og utvalget mener disse sykdommene ikke bør omfattes av straffebudet. Sykdommene kan for den enkelte ha følger som omfattes av begrepet «betydelig skade på kropp eller helse», for eksempel infertilitet som følge av klamydia. Imidlertid er infertilitet ofte resultat av gjentatte infeksjoner, som kan skyldes smitteoverføring fra ulike partnere, og det vil være vanskelig å påvise sammenhengen med ett enkelt tilfelle av smitteoverføring. Utvalget mener det bør være forutsigbart hvilke sykdommer som rammes av straffebudet, og at vurderingen derfor må foretas på generelt grunnlag, ikke ut fra følgene for den enkelte som blir smittet. Det må således vurderes om sykdommen i sin alminnelighet kan sies å være livsfarlig, langvarig eller ha andre følger som nevnt i legaldefinisjonen i § 11.

En lovbestemmelse som regnet opp de sykdommene det skulle være straffbart å overføre, ville gi enda større grad av forutberegnelighet, men en slik reguleringsmåte har andre ulemper, og utvalget vil fraråde dette. Bestemmelsen bør være dynamisk, slik at det ikke er nødvendig å endre loven for å ta hensyn til endrede forhold hva gjelder sykdommer og behandlingmuligheter. Videre vises til ønsket om å unngå lovgivning knyttet til spesifikke sykdommer ut fra andre hensyn.

Allment tilgjengelig behandling på den aktuelle tiden må i en viss utstrekning tas i betraktning i vurderingen. Det er ikke grunn til å straffeforfølge sykdommer som ville ha et relativt langvarig, men ufarlig forløp uten behandling, dersom sykdommen lett kan helbredes. Det kan stille seg annerledes med sykdommer som ubehandlet medfører livsfare selv om det finnes behandling. Se også de spesielle merknadene til utkastet til § 237.

11.2.2.4 *Bør straffetrusselen også omfatte smittefare?*

Utvalget har drøftet om bare smitteoverføring skal rammes av straffebudet, eller også det å utsette andre for smittefare.

Se punkt 3.6 om hensyn og argumenter knyttet til spørsmålet. Som det fremgår der, anbefaler UNAIDS at straffeforfølgning ikke skal finne sted med mindre smitte er overført fra gjerningspersonen til fornærmede, jf. også punkt 8.3.5.

Skadefølgeprinsippet, som ble lagt til grunn som et utgangspunkt i arbeidet med straffeloven 2005, omfatter så vel påført skade som fare for skade, se punkt 3.2.1 og 3.2.3.

Som omtalt i punkt 11.2.2.3, foreslår utvalgets flertall (Syse, Brumoen, Frøland, Hofmann, Hognerud, Keller-Fløystad, Moseng, Skjelmerud, Søbstad, Thorheim og Træen) et straffebud om smitteoverføring mellom mennesker som bare skal omfatte sykdommer som medfører betydelig skade på kropp eller helse. Samtidig foreslår utvalgets flertall en samtykkebestemmelse som ikke er begrenset til den smittedes ektefelle og samboer, jf. punkt 11.2.2.8. Videre foreslås en eksplisitt tydeliggjøring av at forsvarlige smitteverntiltak, for eksempel kondombruk, fritar for straff, jf. punkt 11.2.2.7. Med de foreslåtte formuleringene i utkastet til § 237, er området for det straffbare snevret inn. Straffebudet vil dermed ikke legge sterke restriksjoner på smittedes livsførsel. Det er i utformingen av reglene lagt vekt på at smittede personer også skal kunne ha et seksualliv uten frykt for straffeforfølgning.

Som det fremgår i punkt 11.2.1.2, mener et mindretall (Fangen) at smitteoverføring bare skal kunne straffeforfølges etter de generelle straffebudene om kroppsskade, og kun dersom handlingen ble utført i den hensikt å smitte og resulterte i at smitte ble overført.

Et annet mindretall (Hognerud og Skjelmerud) er enig i at smitteoverføring bør være straffbelagt gjennom et eget straffebud, men er ikke enig i at fare for smitteoverføring i seg selv skal være straffbelagt. Deres dissens er inntatt til slutt i dette punktet.

Et flertall bestående av de øvrige ni utvalgsmedlemmene (Syse, Brumoen, Frøland, Hofmann, Keller-Fløystad, Moseng, Søbstad, Thorheim og Træen) som mener smitteoverføring mellom personer bør reguleres i et særskilt straffebud, er kommet til at dette bør omfatte det å utsette andre for smittefare, men kun i kvalifiserte tilfeller, jf. utkastet til § 237 første ledd andre punktum.

Se punkt 3.6 om argumenter for og mot strafferegulering av det å utsette andre for smitte uten at det skjer smitteoverføring. Det er bare når smitteoverføring har skjedd at det har oppstått en direkte skade, og dette gir en sterkere begrunnelse for straff, men skadefølgeprinsippet omfatter som nevnt også det å utsette noen for fare for skade. Straffetrusler som retter seg mot konkret eller abstrakt fare, er kjent også fra andre rettsområder. Den smittede utfører den smittefarlige handlingen, men har ikke kontroll over resultatet, det vil si om den annen part blir smittet.

Viktigst for flertallet er at et straffebud kan stimulere til atferdsendring slik at smittevern hensynet blir ivaretatt. Dette kan bare skje ved at straffebudet også omfatter smittefarlig og klanderverdig atferd. For enkelte alvorlige sykdommer kan smitterisikoen være liten slik at et straffebud som bare rammer smitteoverføring, ikke vil ha tilstrekkelig forebyggende virkning. Samtidig ønsker ikke flertallet å straffebelegge ethvert tilfelle av manglende eller mangelfulle smitteverntiltak. Straffverdigheten ved det å utsette noen for smittefare er klart når det synes å være et mønster hos den smittede, eller skjer under omstendigheter som på annen måte tyder på likegyldighet med hensyn til om andre blir smittet eller ikke. Utvalget mener det bare er situasjoner der forskjellige personer utsettes for smittefare, eller der én person ved gjentatte anledninger eller på en hensynsløs måte utsettes for smittefare, som bør møtes med straffetruassel.

I lys av de nevnte begrensningene og unntakene, antar utvalgets flertall at et straffebud som rammer smittefare i tillegg til smitteoverføring, ikke vil virke urimelig mer tyngende enn om bare smitteoverføring rammes. Smitteoverføring og smittefare oppstår uansett som følge av samme type handling, for eksempel ubeskyttet seksuell omgang. Partene vil ikke ha kontroll over om handlingen i det enkelte tilfelle leder til at smitte overføres, selv om den ene eller begge partene kan ha kjennskap til omstendigheter som påvirker risikoen størrelse.

Utvalgets flertall ønsker ikke et straffebud som bare rammer dem som overfører smitte, selv om det bare er i de tilfellene fornærmede blir påført en varig fysisk skade. Straffebudet bør også ramme det skadepotensialet som ligger i å utsette noen for fare for å bli smittet med slike alvorlige sykdommer som utvalget mener straffebudet bør omfatte. Dette vil også gi en ekstra oppfordring til iverksettelse av forsvarlige smitteverntiltak. Selv om de fleste smittede uansett opptrer ansvarlig, vil et straffebud som bare rammer smitteoverføring, i

noen grad kunne tenkes å føre til at flere smittede vil ta risikoen på ubeskyttet sex fordi smittefaren gjennomsnittlig ikke er særlig stor ved et enkelt samleie, i all fall hva gjelder hiv, jf. vedlegg 1. Utvalgets flertall mener straff bør kunne anvendes overfor smittede som utsetter andre for det skadepotensialet for eksempel ubeskyttet seksuell omgang utgjør, og ganske særlig når det er tale om tilfeller hvor vedkommende har opptrådt klanderverdig, svært likegyldig eller hensynsløst. Det å være eksponert for smittefare og ikke selv vite om en er blitt smittet, vil dessuten være en belastning inntil man får avklart smittestatus, noe som er illustrert i rettspraksis knyttet til straffeloven 1902 § 155, også ved at fornærmede er tilkjent oppreisning i mange slike tilfeller.

Den smittede har etter hele utvalgets syn et særskilt ansvar for forebygging, selv om også den ikke-smittede har ansvar for å unngå smitte, særlig når det er tale om jevnbyrdige parter.

Det er viktig at smittede får tilstrekkelig veiledning og annen smittevernhjelp i vid forstand for å håndtere smittefaren på en forsvarlig måte, jf. punkt 11.3.3. Som nevnt i punkt 11.2.1.2 har smittevernloven imidlertid ikke egnede administrative reaksjoner eller sanksjoner overfor smittede som etter gjentatte oppfordringer og veiledning ikke overholder anbefalingene om smitteverntiltak, for eksempel «sikrere sex», jf. også punkt 11.3.4.

Utvalgets flertall legger også noe vekt på bevis hensyn. Selv om den fornærmede er smittet, vil det kunne være vanskelig å bevise at det er gjerningspersonen som har overført smitten, jf. vedlegg 1 hva gjelder hiv. Videre vil det være vanskeligere å konstatere forsett til smitteoverføring enn forsett med hensyn til smittefare. Effektivitetshensyn i straffeforfølgningen tilsier således at straffebudet også rammer det å utsette noen for smittefare.

Etter avveininger av de ulike hensyn er utvalgets flertall kommet til at det å utsette noen for smittefare, bare bør være straffbart i kvalifiserte tilfeller, jf. utkastet til § 237 første ledd andre punktum. Flertallet har søkt å finne en formulering som rammer uansvarlig og/eller hensynsløs opptreden. Utkastet til § 237 rammer den som opptrer slik enten ved gjentatte ganger å utsette andre for smittefare, en slags objektiv uansvarlighet eller hensynsløshet, eller ved at omstendighetene rundt den enkelte handlingen er å karakterisere som hensynsløs atferd.

For at gjerningsbeskrivelsen skal være oppfylt, må det ha oppstått fare for smitte. Det må være en reell smittefare, men i likhet med gjel-

dende og vedtatte straffebestemmelser angir ikke straffebudet i utvalgets utkast noen nedre grense for risikoenes størrelse. Selv en liten risiko kan være tilstrekkelig, jf. Rt. 2006 s. 1246 hvor Høyesterett bemerket:

«Skuldspørsmålet vart avgjort i tingretten. Eg finn likevel grunn til å understreke at etter som følgjene av smitte med hiv-viruset er svært alvorlege, vil tilhøvet vere strafflagt etter straffelova § 155 første straffealternativ også om det er relativt lite sannsynleg med smitte.»

Blant annet fordi det vil bestå en liten risiko for smitte også når smitteverntiltak er iverksatt, for eksempel ved konsekvent bruk av kondom, foreslår utvalget et uttrykkelig straffritak for dette, jf. punkt 11.2.2.7.

Det kan reises spørsmål om det foreligger smittefare i lovens forstand dersom begge parter allerede var smittet på handlingstidspunktet, se punkt 11.2.2.5.

Utvalget har i de spesielle merknadene til utkastet til § 237 første ledd andre punktum redegjort nærmere for hvordan bestemmelsen om smittefare skal forstås.

Selv om utvalgets flertall mener at det å utsette noen for smittefare bør være straffbart i slike kvalifiserte tilfeller, bør resultatet av handlingen, det vil si om smitte ble overført eller ikke, tillegges vekt under straffutmålingen, jf. punkt 11.2.2.9 og de spesielle merknadene til utkastet til § 237 første og femte ledd.

Et mindretall (Hognerud og Skjelmerud) mener straff bare bør kunne anvendes i tilfeller der smitte er overført, og at utkastet til § 237 derfor bør utformes slik at det ikke rammer det å utsette noen for smittefare når smitte ikke blir overført. Disse to medlemmene reserverer seg således mot utkastet til § 237 første ledd andre punktum. Dette mindretallet påpeker at de er tilfreds med at flertallet vil begrense bruken av straff til det mer straffverdige når smitte ikke er overført. På tross av dette finner mindretallet behov for å gå lenger i å avkriminalisere. Det legges da særlig vekt på at kriminalisering av smittefare, hvor selv en liten risiko vil være tilstrekkelig, vil fange opp for mange handlinger. Etter mindretallets syn rammer straffebudet også handlinger der smittefare i realiteten ikke har utgjort en konkret risiko.

Den generelle risikoen for smitte, spesielt av hiv, er lav. Den konkrete risikoen påvirkes videre av en rekke faktorer, som hvorvidt han/hun er under vellykket behandling, fravær eller nærvær

av andre seksuelt overførbare infeksjoner samt forhold hos den som utsettes for risiko. Alle disse faktorene gjør at det er tilnærmet umulig, ut fra dagens kunnskap, å fastlegge den konkrete risikoen for smitte ved ulike handlinger. Disse problemene ved å skille ut situasjoner hvor smittefare reelt sett har vært eksisterende, må tas til inntekt for at kun faktisk smitte gjøres straffbart.

Mindretallet mener, i likhet med flertallet, at hiv, hepatitt B og C er alvorlige diagnoser. De finner likevel grunn til å legge vekt på at behandlingsmulighetene i dag er meget gode. På tross av sykdommenes alvorlighet finner mindretallet ikke at de er av en slik alvorlighetsgrad eller at de utgjør en så stor trussel for samfunnet at dette forsvarer at enhver risiko, i ytterste konsekvens helt ned til den rent teoretiske, skal være straffbar.

Mindretallet erkjenner at ved kun å kriminalisere faktisk smitte, vil like handlinger ikke bedømmes likt. De har likevel funnet at dette hensynet må vike for å sikre at de handlinger som kan pådømmes, ligger over det de finner bør være den nedre grensen for straffbare handlinger. Et moment i denne sammenheng er også at de handlinger som oftest vil straffes etter § 237, er normale handlinger, nemlig frivillig seksuell kontakt mellom to likeverdige partnere. Mindretallet mener at dette taler for at straff kun bør benyttes når handlingens konsekvens er smitteoverføring.

Mindretallet frykter ikke at en avkriminalisering av smitterisiko vil føre til at flere «tar sjanser». Det vil være uforutsigbart for partene om atferden, for eksempel ubeskyttet seksuell omgang, vil føre til smitte. For å sikre at man holder seg innenfor det lovlige vil derfor bruk av kondom eller samtykke fra seksualpartnern være nødvendig. For mindretallet er en avkriminalisering av smittefare også et viktig signal til en gruppe som opplever seg stigmatisert, ved at det er konsekvensen av handlingen som gjøres straffbar og ikke handlingen i seg selv. Det kan samtidig være et tydelig signal til alle som har ubeskyttet sex om at de har selvstendig ansvar for egen seksuell helse.

Mindretallet erkjenner at det vil kunne være problematisk å bevise at smitte har skjedd i en konkret situasjon. Utfordringer knyttet til bevis er imidlertid et kjent problem i strafferetten og kan etter disse medlemmenes syn ikke være avgjørende.

Dette mindretallet vil for øvrig påpeke at de prinsipielt er av den oppfatning at straff ikke bør komme til anvendelse, til tross for at smitte er overført, når to likeverdige parter har hatt tilfeldig sex og ingen av partene har tatt initiativ til å

benytte beskyttelse. De begrunner dette standpunktet med viktigheten av at alle tar ansvar for egen seksuell helse.

Mindretallet velger likevel å ikke ta dissens på dette punktet. Dette primært fordi flertallet åpner for en nyansert straffutmåling som tar hensyn til begge parters atferd, og således ikke uten videre vil gi streng straff til en person etter en «glipp» selv om dette får alvorlige følger, jf. punkt 11.2.2.9. Videre ser mindretallet ikke ubetydelige utfordringer knyttet til forutberegnelighet av en slik eventuell unntaksregel.

11.2.2.5 Enkelte særlige situasjoner

Ordlyden i et straffebud vil kunne ramme forhold som ikke er ment å skulle straffes, jf. blant annet den ulovfestede rettsstridsreservasjonen, se punkt 5.2.2.8. For eksempel må det være utelukket å straffe en person som blir utsatt for voldtekt, for smitteoverføring selv om overgriperen blir smittet under voldtekten. Det kan være andre situasjoner hvor løsningen ikke er like åpenbar, men hvor det ut fra ulike hensyn i hvert fall kan synes uhensiktsmessig eller urimelig å straffeforfølge et forhold selv om det kanskje vil omfattes av straffebudets ordlyd.

Utkastet til § 237 første ledd vil etter ordlyden kunne dekke smitteoverføring fra mor til barn under svangerskap, fødsel eller amming. Utvalget finner ikke grunn til å gå nærmere inn på om – og i så fall under hvilke omstendigheter – fare for slik smitte fra mor til barn vil omfattes av alternativene «gjentatte ganger» eller «hensynsløs atferd» i utkastet til § 237 første ledd andre punktum.

Utvalget mener påtalemyndigheten bør være sterkt tilbakeholden med å ta ut tiltale i slike tilfeller, ikke minst av hensyn til barnet. Det gjelder uansett om smitte er overført eller ikke. Utvalget anser det ikke hensiktsmessig med straffeforfølgning blant annet fordi forholdet mellom mor og barn har en helt annen karakter enn de tilfeller straffebudet i hovedsak er ment å ramme. I utgangspunktet vil en mor gjøre det hun kan for å unngå at barnet blir smittet. Om smitte likevel skulle bli overført, vil dette i seg selv være en stor påkjenning for foreldrene.

Straffritaket etter tredje ledd om smitteverntiltak vil, ut fra det som er sagt i punkt 11.2.2.7 om betydningen av hivbehandling, neppe komme direkte til anvendelse selv om mor og barn har fått adekvat medisinsk behandling for å forebygge smitte, men tungtveiende grunner taler mot tiltale i slike tilfeller. Behandling reduserer smittefaren betraktelig, jf. vedlegg 1. Dersom moren lar være

å søke helsehjelp til tross for at hun er kjent med sin smittestatus, eller nekter å motta adekvat behandling for å forebygge smitteoverføring til barnet, vil det kunne stille seg annerledes. Det bør likevel utvises forsiktighet med strafforfølgning mot moren også i slike tilfeller, særlig på grunn av konsekvensene for barnet. Det bemerkes også at helsetjenesten i slike situasjoner må gjøre det som er mulig for å bidra til at kvinnen forstår viktigheten av å iverksette adekvate tiltak for å forebygge smitteoverføring til barnet, og bidra til å legge til rette for at kvinnen velger å følge den aktuelle behandlingen.

Et annet særskilt spørsmål er om straffebudet kan og bør ramme det å utføre smittefarlige handlinger, typisk seksuell omgang, med en person som allerede er smittet med den aktuelle sykdommen. Det er i enkelte saker fra rettspraksis vedrørende hiv lagt til grunn at det kan være tale om utjenlig forsøk dersom man utsetter en smittet for en handling som vanligvis medfører smittefare, mens det i andre tilfeller er domfelt for fullbyrdet overtredelse av straffeloven 1902 § 155. Rettspraksis er ikke ensartet på dette punktet, se punkt 5.2.2.9. Den rettslige situasjonen vil i utgangspunktet ha nær sammenheng med medisinske spørsmål. Når det gjelder hiv, *kan* det skje en såkalt superinfeksjon, som teoretisk kan forverre situasjonen for denne parten, men som vil være vanskelig å dokumentere. Hivpositive kan smittes med flere varianter av hiv-virus, men trolig vil dette bare unntaksvis påvirke sykdomsforløpet og behandlingsmulighetene, jf. vedlegg 1. Uansett bør påtalemyndigheten etter utvalgets syn være tilbakeholden med å ta ut tiltale når begge parter allerede var smittet. Såfremt det ikke er tale om vesentlig forverring etc., vil straffverdigheten være liten, i alle fall der begge parter var kjent med den andres smittestatus og det ikke er utvist hensynsløs atferd. Dersom tiltalte på forhånd visste at fornærmede var smittet, kan dette også være av betydning i vurderingen av om det foreligger subjektiv skyld.

Det kan også spørres hvem av de to smittede som i så fall bør tiltales, eller begge. Selv om ordlyden om smittefare rammer vidt, bør det etter utvalgets syn bare vurderes tiltale dersom det foreligger hensynsløs atferd og det ikke er et jevnbyrdig forhold mellom partene.

Sexarbeidere som er smittet med en alvorlig seksuelt overførbart infeksjon, vil stå i fare for å pådra seg straffansvar etter reglene om smitteoverføring/smittefare med mindre de sørger for iverksette smitteverntiltak, selv om sexkjøperen handler i strid med straffeloven 1902 § 202a (sexkjøpsbestemmelsen, som trådte i kraft 1. januar

2009, jf. også straffeloven 2005 §§ 309 og 316). Sexarbeidere vil imidlertid som regel i egen interesse påse at det brukes kondom, også om de allerede er smittet med en slik sykdom. Det vil da ikke være aktuelt med straff, jf. punkt 5.2.2.6, 5.2.2.7 og 5.3.6.

Hvis sexkjøperen presser på for at det ikke skal brukes kondom eller lignende, kan dette legge et utilbørlig press på sexselgeren. Etter utvalgets syn bør det da vises tilbakeholdenhet med straffeforfølgning, slik at ikke sexselgeren straffes under slike omstendigheter. Utvalget er ikke kjent med eksempler i rettspraksis på straffeforfølgning av sexarbeidere etter straffeloven 1902 § 155. Dette kan blant annet skyldes at sexkjøperen neppe ønsker å anmelde et forhold som samtidig retter søkelyset mot egen lovstridig atferd. Også før forbudet mot sexkjøp ble innført, ønsket trolig de færreste sexkjøpere fokus på slike handlinger.

Utvalget kjenner heller ikke til straffesaker vedrørende smitteoverføring eller smittefare som følge av deling av injeksjonsutstyr blant rusmiddelbrukere. Dette kan blant annet ha sammenheng med at brukerne sjelden vil ønske å anmelde forhold knyttet til eget bruk av ulovlige rusmidler. Påtalemyndigheten bør etter utvalgets syn være tilbakeholden med å straffeforfølge smitteoverføring/smittefare i forbindelse med deling av injeksjonsutstyr, hva enten det er den smittede som setter injeksjonen etter ønske fra den ikke-smittede eller det er tale om medvirkning i form av overlattelse av sprøyte eller deling eller overlattelse av annet injeksjonsutstyr i forbindelse med at den ikke-smittede selv setter injeksjonen.

11.2.2.6 Skyldkrav

I henhold til mandatet skal utvalget blant annet redegjøre for «relevant rettspraksis om overføring/spredning av allmennfarlige smittsomme sykdommer og vurdere om denne gir grunnlag for å initiere lovendringer, herunder om skille mellom overlatt og uaktsom smitte er godt nok ivaretatt».

UNAIDS anbefaler at overføring av hiv ikke straffeforfølges med mindre den hivpositive hadde kunnskap om sin smittestatus og smitteoverføringen har skjedd med hensikt, jf. punkt 8.3.5.

Utvalget viser til punkt 5.2.2.7 for redegjørelse om skyldkravet etter straffeloven 1902 § 155 og rettspraksis knyttet til dette, jf. også punkt 5.2.2.17. Det er sjelden dømt for uaktsom overtredelse.

Med mindre annet fastsettes i den enkelte bestemmelse, er skyldkravet etter straffeloven 2005 forsett, jf. § 21. Skyldkravet etter straffeloven 2005 §§ 237 og 238 er forsett eller uaktsomhet (alminnelig og grov), jf. punkt 5.3.6.

Forsett omfatter i tillegg til hensikt to lavere former for forsett som er definert i straffeloven 2005 § 22 (gjengitt i punkt 5.3.6). Loven bruker ikke begrepet overlegg/overlagt.

Kun få bestemmelser i straffeloven 2005 er formulert slik at det uttrykkelig kreves hensikt. Eksempler er bestemmelser om folkemord (§ 101) samt visse former for forbrytelse mot menneskeheten (§ 102 bokstav j) og forsikringsbedrageri (§ 375 første ledd bokstav b). For noen typer lovbrudd er det fastsatt særskilte bestemmelser med høyere strafferamme for de tilfeller hvor handlingen er utført i en spesiell hensikt, jf. § 131 om terrorhandlinger, eller hensikt kan være nevnt som en omstendighet det skal legges vekt på i avgjørelsen av om det foreligger grov overtredelse med høyere strafferamme.

Hensikt er et meget strengt skyldkrav, som sjelden vil være oppfylt når det gjelder smitteoverføring. Det vil dessuten være svært vanskelig å bevise at gjerningspersonen har handlet i den hensikt å smitte noen, selv om så skulle være tilfelle. De smittefarlige handlingene er som oftest helt vanlige handlinger som utføres uten skadehensikt, typisk seksuell omgang.

Som det fremgår i punkt 11.2.1.3, foreslår utvalgets flertall (Syse, Brumoen, Frøland, Hofmann, Hognerud, Keller-Fløystad, Moseng, Skjelmerud, Søbstad, Thorheim og Træen) et eget straffebud om smitteoverføring direkte og indirekte mellom mennesker, jf. utkastet til straffeloven 2005 § 237, mens ett medlem (Fangen) mener at det ikke bør være et separat straffebud for slik smitteoverføring og at bare smitteoverføring utført i den hensikt å smitte, bør straffeforfølges etter alminnelige straffebud om voldslovbrudd.

Utvalgets flertall er av den oppfatning at et skyldkrav som bare rammer handlinger utført i smittehensikt, ville innebære en altfor høy terskel for å domfelle personer som smitter andre eller utsetter andre for smittefare. Den smittede parten vil etter utvalgets syn ha et særskilt ansvar for å forebygge smitteoverføring, og særlig når den andre parten ikke en gang er kjent med den konkrete smittefaren. Utvalget mener derfor at den smittede parten i mange tilfeller vil være å bebreide selv om vedkommende på ingen måte har handlet i den hensikt å smitte, eller har ønsket

et slikt resultat av en handling som ble foretatt av andre grunner.

Dersom man fastsatte hensikt som skyldkrav i et særskilt straffebud om smitteoverføring og smittefare, ville det dessuten kunne oppstå spørsmål om generelle straffebud om kroppsskade ville kunne komme til anvendelse når det ikke forelå smittehensikt.

Utvalgets utkast til § 237 omfatter alle de alminnelige forsettsformene samt grov uaktsomhet, jf. punkt 14.1 og de spesielle merknadene i punkt 13.1.

Dette innebærer at utvalget foreslår en realitetsendring slik at utkastet til § 237 ikke omfatter alminnelig uaktsomhet, jf. fjerde ledd som bare omfatter grov uaktsomhet. Dette forslaget skyldes dels at det i praksis har vist seg lite aktuelt med straffeforfølgning av uaktsomme overtredelser, og dels at terskelen for hva som skal straffes etter utvalgets syn bør ligge noe høyere enn alminnelig uaktsomhet når det gjelder smitteoverføring fra person til person. Utvalget mener likevel at grovt uaktsom smitteoverføring og smittefare bør kunne straffes. Dette vil særlig kunne være aktuelt i tilfeller der gjerningspersonen ikke hadde positiv kunnskap om sin smittestatus, men burde ha hatt det. Grov uaktsomhet innebærer et vesentlig avvik fra det som er forsvarlig atferd på det aktuelle livsområdet, og forutsetter dessuten at gjerningspersonen sterkt kan bebreides, jf. straffeloven 2005 § 23 andre ledd og de spesielle merknadene til utkastet til § 237 fjerde ledd. Under slike omstendigheter er det ikke urimelig at den smittede straffes til tross for manglende sikker kunnskap om faktisk smittestatus.

I Norge er de fleste kjent med den generelle smittefaren ved ubeskyttet seksuell omgang, og tilgangen på informasjon om seksuelt overførbare infeksjoner er relativt god for den som ønsker å orientere seg. Utvalget har i punkt 11.3.3 understreket betydningen av at elever i grunnskolen får tilstrekkelig undervisning i spørsmål relatert til seksuell helse.

Alle som mistenker at de kan være smittet av en allmennfarlig smittsom sykdom, har plikt til å kontakte lege og la seg undersøke og motta smittevernveiledning, jf. punkt 4.3.6 om smittevernloven. Helsepersonellet har med noen unntak taushetsplikt, jf. punkt 4.3.3.

Forholdene ligger derfor til rette for at personer som har utsatt seg for en særlig smittefare, kan innse at han eller hun kan være smittet og få undersøkt dette.

Det hevdes at strafferegulering kan medføre at personer som mistenker at de kan være smittet,

unnlater å bli testet nettopp for å unngå straffeforfølgning eller domfellelse. Dette er et argument utvalget ikke finner godt belegg for og derfor ikke legger stor vekt på. Med dagens behandlingsmuligheter, også ved hivinfeksjon, vil den som tror seg smittet, ha incentiver for å la seg undersøke av hensyn til eget liv og helse. Ved at også grov uaktsomhet rammes av straffebudet, vil det harmonere med ønsket om ikke å gi incentiv til å unnlate å ta test når det er gode grunner for dette. Terskelen bør imidlertid ligge såpass høyt at utvalget mener det bør kreves grov uaktsomhet, ikke bare alminnelig uaktsomhet.

Når det gjelder smittespredning gjennom luft, vann, mat etc., som utvalget foreslår regulert i utkastet til § 238, mener utvalget også alminnelig uaktsomhet bør kunne straffes, jf. punkt 11.2.3.

Det er redegjort i de spesielle merknadene til utkastet til § 237 første ledd om hva som skal til for å konstatere forsett med hensyn til henholdsvis smitteoverføring (første ledd første punktum) og smittefare (første ledd andre punktum). Se merknadene til fjerde ledd for eksempler på hva som vil kunne utgjøre grov uaktsomhet.

11.2.2.7 Smitteverntiltak og andre faktorer som påvirker smitterisikoen

En rekke faktorer kan påvirke smittefaren ved den enkelte smittefarlige handlingen. Dette kan være forhold som begge parter har kjennskap til, og eventuelt kontroll over, slik som bruk av kondom. Det kan også være omstendigheter som begge eller bare den ene parten har kjennskap til, og som ikke er like kontrollerbare eller påviselige som kondombruk. Dette kan blant annet være forekomst av andre seksuelt overførbare infeksjoner eller sår hos den ene eller begge, hvilket stadium sykdommen er i, redusert smittsomhet som følge av behandling m.m. Se vedlegg 1 om hiv.

Etter rettspraksis knyttet til straffeloven 1902 § 155 fritar forsvarlig bruk av kondom for straff ved sykdommer som smitter ved seksuell omgang, jf. punkt 5.2.2.6, 5.2.2.7 og 5.2.2.17 særlig sak A.2. Dette er også nevnt i forarbeidene til straffeloven 2005, både i relasjon til straffeloven 1902 § 155 og de nye straffebestemmelsene, jf. punkt 5.3.6 om straffeloven 2005 § 237. Dette er sikker rett selv om bruk av kondom ikke helt utelukker smitteoverføring, jf. vedlegg 1 for så vidt gjelder hiv. Dersom også beskyttet seksuell omgang skulle være straffbar på grunn at den reduserte, men aktuelle smittefaren, ville det i altfor sterk grad begrense smittedes livsutfoldelse, og da særlig ved sykdommer som medfører smittefare livet ut.

I tillegg til at kondom gjennomgående reduserer smittefaren vesentlig, vil bruken ha betydning i vurderingen av om det foreligger subjektiv skyld. Tilsvarende må gjelde ved bruk av femidom og eventuelt andre barrieremetoder som omfattes av begrepet «sikrere sex».

Utvalget har registrert at en del – selv blant dem som er berørt eller interessert i feltet – ikke har vært klar over at forsvarlig bruk av kondom fritar for straff. Dette fremkom blant annet i forbindelse med høringsmøtet som utvalget avholdt i januar 2012.

For at rettstilstanden ikke bare skal være forutsigbar for dem som har nærmere kjennskap til dette rettsområdet, foreslår utvalget en lovfesting av at forsvarlig smittevernopptreden fritar for straff, se utkastet til § 237 tredje ledd, som støttes av samtlige 11 utvalgsmedlemmer (Syse, Bru-moen, Frøland, Hofmann, Hognerud, Keller-Fløy-stad, Moseng, Skjelmerud, Søbstad, Thorheim og Træen) som mener det bør være et eget straffe-bud om smitteoverføring mellom personer. Som det fremgår i punkt 11.2.1.2 mener et medlem (Fangen) at det ikke bør være et eget straffe-bud om slik smitteoverføring.

Smittefarens størrelse ved seksuell omgang påvirkes som nevnt også av mange andre faktorer, blant annet omstendigheter som partene i mindre grad har kontroll over enn bruk av kondom. Spørsmålet blir om straffritaket bare skal omfatte ytre, fysiske smittevernetoder eller også lege-middelbaserte intervensjoner som påvirker smittefarens størrelse. Dette er særlig av betydning ved hiv, jf. også utvalgets mandat.

Vellykket antiretroviral behandling reduserer virusnivået i hivpositives blod. Dette minsker også smittefaren, men det foreligger ikke tilstrekkelig vitenskapelig dokumentasjon til å fastslå presist smittefarens størrelse ved seksuell omgang, jf. vedlegg 1. Dette gjelder både generelt og i særlig grad i det enkelte parforhold. Hos den hivpositive er det et faktum at virusmengden i andre kroppsvæsker og sekreter ikke nødvendigvis følger virusmengden i blodet. Virusmengden vil også kunne variere over tid og øke for eksempel dersom behandlingen ikke følges med daglig inntak av de forskrevne legemidlene, og ved forekomst av andre seksuelt overførbare infeksjoner. Dessuten vil man sjelden ha målinger som viser nivået på akkurat det eller de tidspunktene som er aktuelle i forbindelse med eventuell straffefølgning, selv om det rutinemessig foretas måling av virusmengde i blodet hos hiv-pasienter noen ganger i året. Videre er det hos den hivnegative part en rekke individuelle for-

hold som har betydning for smittemottagelighet, jf. vedlegg 1.

I og med at den smitteforebyggende effekten av hivbehandling er såpass usikker i det enkelte tilfellet, mener utvalget at den omstendighet at en hivpositiv er under antiretroviral behandling ikke bør omfattes av straffritaket i tredje ledd. I tillegg til usikkerheten om faktisk smittefare ved den enkelte anledning, kommer at den andre parten i liten grad vil ha kontroll med faktorer som påvirker virusmengden i den hivpositives blod. Etter det utvalget er kjent med, er det fortsatt den rådende oppfatning at kondom bør anvendes selv om virusmengden i blodet er liten eller ikke påvisbar. I tillegg vil praktisering av «sikrere sex», herunder forsvarlig kondombruk, vise at også den subjektive motivasjonen for å hindre videre smitte, er til stede. Reduksjon av smittefaren ved hivbehandling vil derimot på sin side som oftest være en positiv bieffekt av behandling som iverksettes for å unngå at pasienten utvikler aids eller aidsrelaterte sykdommer.

Selv om pasienten starter behandling på et tidligere tidspunkt enn det som er medisinsk indisert, i det øyemed å redusere smittefaren, finner utvalget av de grunner som er nevnt ovenfor, at straffritaket i tredje ledd ikke bør komme til anvendelse. Det samme gjelder dersom den personen som utsettes for smittefare, tar legemidler som preeksposisjonell eller posteksposisjonell profylakse, jf. vedlegg 1. I tillegg til usikkerheten i den smittereduserende effekten, er det visse betenkeligheter ved å oppmuntre til bruk av slike legemidler som et alminnelig forebyggende tiltak, blant annet på grunn av faren for resistensutvikling.

Betydningen av medisinsk behandling som medfører redusert smittefare, må – i lys av fortsatt medisinsk utvikling og ny vitenskapelig dokumentasjon – bli å vurdere under spørsmålet om det foreligger smittefare i lovens forstand, noe som allerede er lagt til grunn i forarbeidene til straffeloven 2005 §§ 237 og 238. Etter utvalgets syn er kunnskapen om smitterisiko hos den enkelte behandlede hivpositive på et gitt tidspunkt foreløpig for usikker til at gjerningsbeskrivelsen i straffebudet på dette grunnlaget ikke kan anses oppfylt. Men sannsynligheten for redusert smittefare kan etter omstendighetene tillegges vekt i straffutmålingen, noe det er eksempler på i rettspraksis etter straffeloven 1902 § 155, se blant annet Rt. 2006 s. 1246, jf. også punkt 5.2.2.16 og 5.2.2.17.

Smittefaren ved seksuelt samkvem påvirkes også av hvilken form for seksuell kontakt partene har. Smittefaren er størst ved samleie, men varie-

rer også med ulike former for samleie, slik at vaginalt og særlig analt samleie innebærer større smittefare enn oralt samleie, i hvert fall hva gjelder hiv, jf. vedlegg 1. Smittefaren ved hiv avhenger også av om den smittede er den mottakende eller penetrerende part, og om den smittede har sædavgang under samleiet.

Seksuelle handlinger uten penetrasjon vil innebære mindre smittefare, og vil etter omstendighetene kunne regnes som «sikrere sex». Dersom smittefaren ved en handling er helt ubetydelig, nærmest hypotetisk, vil handlingen trolig ikke anses å oppfylle gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, og av den grunn ikke være straffbar. Utvalget legger imidlertid til grunn at smittefaren ved noen av de handlinger som anses som «sikrere sex» kan tenkes å være noe høyere enn dette, på samme måte som ved bruk av kondom. Det er uansett vanskelig å trekke en eksakt grense for hvilke seksuelle handlinger som medfører en smittefare som skal tas i betraktning etter § 237 første ledd. Utvalget mener derfor at straffritaket i utkastet til § 237 tredje ledd også bør omfatte valg av seksuelle teknikker som i henhold til helsemyndighetenes anbefalinger er å anse som «sikrere sex».

Hvilke teknikker dette gjelder, og hvilke andre smitteverntiltak som etter helsemyndighetenes anbefalinger regnes som «sikrere sex», vil kunne avhenge av hvilken sykdom det gjelder, og i noen grad endres over tid med ny kunnskap og forskning samt introduksjon av nye midler og metoder.

Utvalget foreslår at straffritaket etter tredje ledd – i motsetning til samtykkeregelen i andre ledd, jf. punkt 11.2.2.8 – ikke begrenses til smittefare ved seksuelt samkvem. I den grad det finnes smitteverntiltak som kan iverksettes av partene med en vesentlig reduksjon av smittefaren til følge, bør dette føre til straffrihet også ved andre smitemåter. Forutsetningen er at det er tiltak partene har kontroll over, og at de i det enkelte tilfellet gjennomføres på forsvarlig måte.

Utvalget foreslår en straffrihetsregel som vil slå inn når det er iverksatt «forsvarlige smitteverntiltak». For at innholdet i unntaksregelen skal bli forutsigbart, er det viktig at berørte lett kan finne ut hva forsvarlige smitteverntiltak innebærer. Nasjonalt folkehelseinstitutt bør derfor pålegges å ha oppdaterte retningslinjer om hva som ligger i dette i forbindelse med aktuelle sykdommer. Retningslinjene bør være lett tilgjengelige, blant annet på Folkehelseinstituttets nettsider.

Etter utvalgets syn er det rimelig at straffritaket gjelder uansett om smitte skulle bli overført til

tross for at et forsvarlig smitteverntiltak var iverksatt. Straffritaket gir en oppfordring til å sørge for smittevern, og det bør ikke ramme den smittede om den resterende smittefaren i det enkelte tilfellet resulterer i smitte. Forutsetningen er naturligvis at smitteverntiltaket ble gjennomført på forsvarlig måte, for eksempel at kondom ble brukt under hele samleiet og at den smittede avbrøt samleiet dersom vedkommende ble klar over at kondomet sprakk eller gled av.

Se også de spesielle merknadene til utkastet til § 237 tredje ledd om hvorledes bestemmelsen skal forstås.

11.2.2.8 Samtykke

Den vedtatte § 237 i straffeloven 2005 har en egen samtykkebestemmelse i andre ledd. Samtykke fra ektefelle eller samboer fritar for straff for smitteoverføring/-fare som gjelder seksuelt overførbare infeksjon. Bestemmelsen er nærmere omtalt i punkt 5.3.7.

Utvalget har vurdert om rekkevidden av samtykkebestemmelsen bør utvides. Gode grunner taler etter utvalgets oppfatning for å utvide den personkrets som kan samtykke med straffriende virkning. Muligheten bør ikke være forbeholdt dem som er fast etablert i form av ekteskap eller samboerskap. Seksuell omgang forekommer i mange ulike relasjoner, og retten til selvbestemmelse bør tillegges vekt selv om straffebudet ikke bare skal beskytte enkeltindividet mot smitte(-fare), men også skal verne om folkehelsen. Det er ikke noe forbud mot å utsette seg selv for smittefare.

Når det da er tale om smittefare som oppstår ved frivillig seksuell samhandling mellom to jevnbyrdige parter, mener utvalget samtykke bør kunne fritta den smittede parten for straff. Dette bør gjelde under forutsetning av at den ikke-smittede parten er informert om den konkrete smittefaren og konsekvensene av mulig smitte, og avgir et reelt samtykke til å bli utsatt for slik smittefare.

Etter straffeloven 2005 § 276 fritar samtykke for straff etter bestemmelsene om kroppskrenkelse og kroppsskade i §§ 271 til 274, unntatt § 274 andre ledd, det vil si når fornærmede er påført betydelig skade på kropp eller helse. Samtykke er heller ikke straffriende ved drap. En samtykkeregulering knyttet til utvalgets utkast til § 237 kan sies å bryte med prinsippet om at det ikke kan avgis straffriende samtykke til alvorligste lovbruddene mot kropp og helse, i og med at utkastet til § 237 nettopp retter seg mot sykdommer som medfører betydelig skade på kropp eller helse, jf. ordlyden i første ledd første punktum. Samtykke-

regelen gjelder imidlertid et skadepotensiale som oppstår i forbindelse med ordinære handlinger som vanligvis utføres uten skadehensikt og i frivillig samhandling mellom to mennesker. Partene kan oppnå straffrihet også ved forsvarlig bruk av kondom eller lignende, men utvalget finner likevel at en samtykkeregulering har gode grunner for seg. I tillegg til at partene av ulike grunner kan tenkes å velge å praktisere ubeskyttet sex under visse forutsetninger, vil muligheten for et straffriende samtykke kunne virke betryggende for den smittede personen selv om partene vanligvis praktiserer «sikrere sex». Utvalget mener denne muligheten ikke bør beholdes ektepar og samboere, og foreslår en samtykkeregulering som ikke er begrenset til en særskilt personkrets, jf. utkastet til § 237 andre ledd, som støttes av alle de 11 utvalgsmedlemmene (Syse, Brumoen, Frøland, Hofmann, Hognerud, Keller-Fløystad, Moseng, Skjelmerud, Søbstad, Thorheim og Træen) som mener det bør være et eget straffebud om smitteoverføring mellom mennesker. Som det fremgår i punkt 11.2.1.2 mener ett medlem (Fangen) at det ikke bør være et eget straffebud rettet mot dette.

Utvalget ser visse betenkeligheter ved en vid samtykkeregulering. Dersom et formløst samtykke skulle fritas for straff ved ethvert seksuelt møte, også ved tilfeldig sex og andre kortvarige relasjoner, ville det fort kunne oppstå bevisproblemer med hensyn til om det faktisk ble avgitt samtykke, og om samtykket var gyldig. Og om det ble avgitt samtykke, ville det i en del tilfeller kunne bygge på mangelfullt grunnlag fordi den som utsatte seg for smittefaren, ikke kjente nærmere til konsekvensene av eventuell smitte, og/eller fordi vedkommende ikke tok seg tid til grundige overveielser.

I stedet for å begrense samtykkeregelen ut fra forholdet mellom partene, foreslår utvalget at det stilles formkrav til samtykket. Krav om skriftlighet ville i noen grad kunne avhjelpe bevisproblemer, men utvalget er opptatt av at den som eventuelt samtykker, skal gjøre dette på grunnlag av tilstrekkelig kjennskap til den aktuelle sykdommen, forhold som påvirker smittefarens størrelse, mulige smitteverntiltak mv. Utvalget er derfor av den oppfatning at samtykke bare bør være straffriende dersom det er avgitt i nærvær av helsepersonell i forbindelse med at partene sammen er til smittevernveiledning, se utkastet til § 237 andre ledd. På den måten sikres det at den ikke-smittede er kjent med hva et samtykke innebærer, samtidig som det skapes notoritet ved at samtykke avgis i nærvær av en tredjepart og nedtegnes i pasientjournal.

Utvalget er kjent med at det vurderes å foreslå oppheving av bestemmelsen i ekteskapsloven § 5. Bestemmelsen fastsetter at den som lider av en smittefarlig sykdom som kan overføres ved seksuell omgang, ikke kan inngå ekteskap uten at den andre parten er gjort kjent med sykdommen og begge parter har fått muntlig veiledning av en lege om farene ved sykdommen, jf. punkt 6.16. Slik opplysning om smittestatus og smittevernveiledning innebærer imidlertid ikke et straffriende samtykke fra den andre av brudefolkene til å bli utsatt for smitterisiko.

Utvalget mener i og for seg at gode grunner kunne tale for å beholde reglen fordi det er viktig at den ikke-smittede parten får informasjon og smittevernveiledning. I mange tilfelle bør dette ideelt sett gjennomføres tidligere i forholdet, men om dette ikke har skjedd før, så er det naturlig at det i hvert fall skjer i forbindelse med ekteskapsinngåelse. Bakgrunnen for at bestemmelsen er tatt opp til vurdering, er at opplysningene som er gitt om smittestatus og smittevernveiledning i forbindelse med prøvingen av ekteskapsvilkårene, jf. ekteskapsloven § 7 bokstav f, blir registrert hos Skatteetaten (Folkeregistermyndigheten) og oppbevart i en lang periode i henhold til reglene for offentlige arkiv, jf. arkivloven (lov 4. desember 1992 nr. 126 om arkiv).

Hvorvidt ekteskapsloven § 5 oppheves, har ikke betydning for utvalgets forslag. Utvalgets flertall mener det er viktig at den ikke-smittede parten får smittevernveiledning før et eventuelt samtykke til ubeskyttet seksuell omgang avgis, slik at det er tale om et informert samtykke. Dessuten skal opplysningene om smittevernveiledning og samtykke etter utkastet til § 237 andre ledd nedtegnes i pasientjournaler, og ikke oppbevares i sentrale registre.

Se nærmere om hvordan utvalget mener samtykkebestemmelsen skal forstås og praktiseres, i de spesielle merknadene til utkastet til § 237 andre ledd.

11.2.2.9 Strafferammer og straffutmåling

Utvalget vil generelt bemerke at strafferammene bør stå i forhold til den type handlinger straffebudet retter seg mot, sett i sammenheng med strafferammene i andre straffebud.

Utkastet til straffeloven 2005 § 237 reflekterer standpunktet til utvalgets flertall (Syse, Brumoen, Frøland, Hofmann, Hognerud, Keller-Fløystad, Moseng, Skjelmerud, Søbstad, Thorheim og Træen), men slik at to av disse medlemmene (Hognerud og Skjelmerud) reserverer seg mot

første ledd andre punktum da de ikke ønsker at det å utsette noen for smittefare i seg selv skal være straffbelagt, jf. punkt 11.2.2.4. Som det fremgår i punkt 11.2.1.2, mener ett medlem (Fangen) at det ikke bør være et eget straffebud som rammer smitteoverføring mellom mennesker, men at dette bare bør kunne straffes etter de alminnelige straffebestemmelsene om kroppsskade, og bare dersom handlingen ble utført i den hensikt å smitte og medførte at smitte ble overført.

Utvalget finner ikke grunn til å foreslå andre strafferammer i utkastet til § 237 enn de som følger av de vedtatte §§ 237 og 238, med unntak av at utvalgets utkast ikke inneholder en særskilt strafferamme for (grovt) uaktsomme grove overtredelser. Utvalget foreslår således at den alminnelige strafferammen for overtredelse av (utkastet til) § 237 settes til bot eller fengsel inntil tre år, jf. første ledd som retter seg mot forsettlig overtredelser. I og med at utvalget foreslår at det bare er relativt alvorlige sykdommer som skal omfattes av straffebudet, er det naturlig med en så høy strafferamme for ordinær overtredelse. Dette blant annet med tanke på tilfeller der smitte er blitt overført eller domfelte har utvist et atferdsmønster som har medført smittefare for en eller flere personer ved mange anledninger, og særlig dersom vedkommende også har opptrådt på en subjektivt hensynsløs måte. Strafferammen for grovt uaktsom overtredelse er fengsel inntil et år, jf. fjerde ledd.

Til sammenligning nevnes at strafferammen for forsettlig kroppsskade som fører til betydelig skade på kropp eller helse er fengsel inntil 15 år, jf. straffeloven § 274 andre ledd, mens uaktsom forvoldelse av slik skade etter § 280 kan straffes med fengsel inntil tre år.

Blant annet i lys av dette finner utvalget grunn til å innta en bestemmelse om grov overtredelse, jf. utkastet til § 237 femte ledd, med en strafferamme på fengsel inntil seks år som gjelder for både forsettlig og grovt uaktsomme grove overtredelser. Det vil i første rekke være tale om grov overtredelse der smitte er overført, oftest til flere personer, men det er ikke utelukket at bestemmelsen kan komme til anvendelse i andre tilfeller. Momentene som er nevnt i femte ledd andre punktum om hva det særlig skal legges vekt på, er ikke uttømmende. Smittespredning til en større personkrets via luft, vann, mat mv., er skilt ut som et eget straffebud, se utkastet til § 238 og punkt 11.2.3.

Utvalget mener straffutmålingen etter (utkastet til) § 237 langt på vei bør følge rettspraksis etter straffeloven 1902 § 155, men at straffenivået

under visse forutsetninger bør ligge noe lavere. For eksempel bør bot og/eller betinget fengsel kunne være aktuell reaksjon i saker som gjelder relativt få tilfeller av smittefare uten at smitte er overført og uten at den smittede har opptrådt hensynsløst.

Se nærmere i de spesielle merknadene til utkastet til § 237 første ledd for kommentarer om relevante straffutmålingsmomenter og noen utgangspunkter med hensyn til hvilket straffnivå utvalget finner passende, og merknadene til femte ledd om hva som bør regnes som grov overtredelse.

I tilfeller hvor det i utgangspunktet er aktuelt med en ubetinget fengselsstraff, bør det kunne vurderes helt eller delvis betinget straff på det vilkår at domfelte gjennomfører et adekvat behandlingsopplegg eller annet tiltak med sikte på relevant atferdsendring, jf. straffeloven 2005 §§ 34 og 37 bokstav j. Dette vil også kunne omfatte mestringkurs som har til formål å hjelpe deltagerne til bedre å mestre livet med den smittsomme sykdommen, herunder også ivaretagelse av smittevern. Forutsetningen må være at det finnes et egnet behandlingsopplegg eller program for den aktuelle pasientgruppen og at domfelte er motivert for å gjennomføre og nyttegjøre seg tiltaket.

11.2.3 Smittespredning gjennom luft, vann, mat mv.

Som det fremgår i punkt 11.2.1.4 foreslår utvalget separate straffebud for henholdsvis smitteoverføring (direkte eller indirekte) mellom mennesker, jf. punkt 11.2.2 og utkastet til § 237, og smittespredning gjennom luft, vann, næringsmidler etc., som behandles i dette punktet.

De vedtatte §§ 237 og 238 i straffeloven 2005 er ment å ramme både smitteoverføring mellom personer og smittespredning gjennom luft, vann, mat mv., jf. punkt 5.3.6 og 5.3.8.

Et samlet utvalg finner at det bør være et eget straffebud i straffeloven 2005 som rammer smittespredning gjennom luft, vann og mat mv., se lovutkastet § 238. Det siktes her til smittespredning som vil kunne nå en større eller ubestemt krets av mennesker, ofte uten umiddelbar nærhet til smitekilden. For eksempel kan luftbåren smitte i aerosoler føres over lange distanser. Smitte via luft i form av dråpesmitte ved hoste og nysing til personer i nærheten, omfattes ikke av straffebudet i utkastet § 238, men vil i prinsippet kunne omfattes av utkastet til § 237. Det samme gjelder for eksempel smitte ved felles bruk av gjenstander som spisebestikk eller håndklær. Se punkt 9.2 og 11.2.2.2.

Slik smittespredning som rammes av utkastet til § 238, vil ofte skje i forbindelse med næringsvirksomhet, herunder gjennom virksomhetens produkter som tilbys for salg. Omstendighetene ved slik smittespredning vil være helt andre enn ved smitteoverføring (direkte eller indirekte) mellom mennesker. Et straffebud som er utformet med tanke på smitteoverføring fra person til person og med de særskilte forholdene som gjør seg gjeldende på det livsområdet, jf. lovutkastet § 237, passer ikke tilsvarende godt når det gjelder smittespredning gjennom luft, vann og næringsmidler mv.

Spredning av smittestoffer via luft, vann og mat mv. har et meget stort skadepotensiale, i og med at ett enkelt forhold kan føre til at smittestoffer kan nå svært mange mennesker. Det er også vanskelig for den enkelte å beskytte seg mot slik smitte, med mindre smittestoffene medfører lukt eller synlige tegn på at vannet eller maten ikke er trygg. Tilsvarende gjelder smitte som spres med for eksempel legemidler eller medisinsk utstyr eller ved overføring av blod eller blodprodukter.

Smittespredning kan blant annet skje fra kjøletårn og andre tekniske innretninger som sprer aerosoler som inneholder legionellabakterier. Smittestoffer kan også spres med drikkevann, slik man har eksempel på fra Bergen hvor protozoen *Giardia lamblia* i 2004 ble spredt til deler av byens befolkning og medførte sykdomsutbrudd. Se nærmere de spesielle merknadene til lovutkastet § 238. Se også punkt 5.2.3, 6.7 og 6.9.

I forarbeidene til matloven er det fremhevet at produksjon og omsetning av næringsmidler kan ha store konsekvenser for forbrukernes helse dersom regelverket for mattrygghet ikke overholdes slik at smittestoffer eller giftstoffer spres. Det pekes på at det kan ha dramatiske konsekvenser for folkehelsen dersom det gjelder næringsmidler som produseres i stort omfang. Det er også vist til at stadig flere bakterier utvikler resistens mot antibiotika. Videre heter det at erfaringen har vist at «det til stadighet og gjentatte ganger avdekkes helsefarlig drift og produksjon i de samme virksomhetene». Se Ot.prp. nr. 100 (2002–2003) *Om lov om matproduksjon og mattrygghet mv. (matloven)* s. 120–121, jf. også punkt 6.9 om matloven.

Matloven har en egen straffebestemmelse (§ 28) som rammer brudd på loven med forskrifter samt vedtak fattet i medhold av loven. Strafferammen er ikke høyere enn bøter eller fengsel inntil et år «såfremt forholdet ikke rammes av strengere straffebestemmelse». Under særlig skjerpene omstendigheter kan fengsel i inntil to år anvendes.

Folkehelselovens straffebestemmelse (§ 18) har en strafferamme på bøter eller fengsel inntil tre måneder eller begge deler. Denne bestemmelsen vil blant annet kunne komme til anvendelse ved brudd på reglene om forebygging av spredning av legionellabakterier, jf. punkt 6.7 om folkehelseloven.

I tilfeller hvor smitte er spredt i stort omfang og mange mennesker dør eller blir alvorlig syke, mener utvalget det bør være rom for atskillig strengere straffereaksjoner, og at det hensiktsmessig med et særskilt straffebud om dette i straffeloven.

Straffeloven 1902 § 154 som rammer den som «bevirker eller medvirker til, at en farlig smitsom Sygdom finder Indgang eller almindelig Udbredelse blandt Mennesker, Husdyr eller Vækster», har etter det utvalget er kjent med, vært lite brukt, jf. punkt 5.2.3. Det samme gjelder § 156 som rammer den «som vidende om, at han derved volder Fare for, at en smitsom Sygdom finder Indgang eller almindelig Udbredelse blandt Mennesker eller Husdyr, overtræder de Regler, der lovlig er givne til Forebyggelse eller Motarbeidelse af Sygdommen, eller enkeltvedtak truffet i medhold av smittevernloven», jf. punkt 5.2.5.

Utvalget har søkt å bringe på det rene hvilke straffebud som er blitt vurdert som aktuelle i forbindelse med etterforskning av spredning av legionellabakterier m.m. Dette har til dels vært vanskelig å få svar på, men det kan synes som det i første rekke er straffebud i særlovgivningen som er blitt vurdert. Også i forbindelse med etterforskning etter utbrudd av sykdommen giardiasis som følge av smittespredning gjennom drikkevann, og av pseudomonasinfeksjon på grunn av munnpenselen Dent-O-Sept som ble brukt i helseinstitusjoner mv., er det brudd på særlovgivningen som har blitt vurdert som aktuelt grunnlag for eventuell straffereaksjon. Sakene er gjennomgående blitt henlagt, med noe ulike begrunnelser. Se punkt 5.2.3, 6.7 og 6.9.

At sakene ikke er blitt vurdert etter straffeloven 1902 §§ 154 og/eller 156 i tillegg til særlovgivningen, kan muligens skyldes lite kjennskap til og erfaring med disse straffebudene hos politi og påtalemyndighet, samtidig som tilsynsinstanser og andre fagmyndigheter i første rekke vil fokusere på brudd på «sin» særlov.

Utvalget mener at det i saker med smittespredning av alvorlig karakter er på sin plass med straffeforfølgning i tillegg til eventuelle administrative reaksjoner fra tilsynsorganer på det aktuelle feltet, og at det bør sees hen til (utkastet til) straffeloven 2005 § 238 i tillegg til straffebestem-

melser i særlovgivingen. Utvalget forutsetter at politi og påtalemyndighet setter av ressurser til å følge opp slike saker, som er av stor betydning for folkehelsen, i tillegg til faren og/eller plagene for de enkeltpersoner som blir rammet. Straffeløpfølging av brudd på den foreslåtte bestemmelsen (utkastet til § 238) vil kunne ha en allmennpreventiv virkning og således støtte opp under folkehelsearbeidet.

I og med at smittespredningen kan ramme svært mange mennesker, som vanskelig kan beskytte seg mot smitten, finner utvalget ikke grunn til å sette vilkår om nærmere kvalifisert sykdom i utkastet til § 238, i motsetning til utkastet til § 237 om smitteoverføring mellom mennesker, jf. punkt 11.2.2.3 og 11.2.1.2. Utvalget finner det ikke hensiktsmessig å begrense utkastet til § 238 til sykdommer som regnes som allmennfarlig smittsom sykdom etter smittevernlovens definisjon og den forskriftsfastsatte listen, jf. punkt 4.3.2.3 og 11.3.2. Listen omfatter en rekke sykdommer som det kan være aktuelt å straffefølge etter utkastet til § 238, men det bør også være mulig å straffefølge andre sykdommer som spres på den aktuelle måten. For eksempel står ikke sykdommen giardiasis, som kan spres med drikkevann, på listen. Dessuten inneholder listen en del sykdommer som ikke synes aktuelle for straffefølgning.

Utvalget mener at skyldkravet bør være forsett eller uaktsomhet, jf. utkastet til § 238. I og med at det her er tale om smittespredning i større omfang, og ofte som ledd i næringsvirksomhet, finner utvalget at også alminnelig uaktsomhet bør rammes.

Utvalget foreslår en vid strafferamme, fengsel inntil 15 år for forsettlig overtredelse, i stedet for å foreslå en lavere strafferamme og en separat bestemmelse om grov overtredelse. Også strafferammen for uaktsom overtredelse foreslås satt relativt høyt, til fengsel inntil seks år. Bakgrunnen for de høye strafferammene er det store skadepotensialet smittespredning kan ha. Svært mange mennesker kan bli syke og eventuelt dø som følge av smittespredning. Dette hva enten spredningen skjer ved dårlige rutiner og mangelfulle kontrolltiltak i næringsvirksomhet eller som en villet handling. Straffeloven 2005 §§ 239 og 240 om henholdsvis allmennfarlig forgiftning eller alvorlig miljøkriminalitet, som også står i lovens kapittel om vern av folkehelsen og det ytre miljø, har også strafferammer på fengsel inntil 15 år. Det kan nevnes at strafferammen i straffeloven 1902 § 154 er fengsel inntil ti år, men fra fem til 21 år dersom noe menneske omkommer eller får betydelig

skade på legeme eller helbred. Under særdeles formildende omstendigheter kan bøter anvendes.

I tillegg til spredning av smittestoffer som virus, bakterier og protozoer, rammer utkastet til § 238 spredning av «smittestoffprodukter». Med dette siktes i første rekke til botulintoksin og lignende smittestoffprodukter som kan fremkalle sykdom i fravær av selve smittestoffet. Spredning av andre typer giftstoffer vil derimot ikke rammes av utkastet til § 238, men eventuelt av straffeloven 2005 § 239 om allmennfarlig forgiftning.

Se nærmere i de spesielle merknadene i punkt 13.1 om hvordan utvalget mener utkastet til § 238 skal forstås, og om straffenivå.

11.2.4 Andre endringer i straffeloven 2005

Som det fremgår i punkt 11.2.3, foreslår utvalget et straffebud i straffeloven 2005 kapittel 23 om vern av folkehelsen og det ytre miljø, som vil ramme smittespredning gjennom luft, vann, næringsmidler mv., se utvalgets utkast til straffeloven 2005 ny § 238 om allmennfarlig smittespredning i punkt 14.1 samt de spesielle merknadene til § 238 i punkt 13.1.

Smittespredning gjennom luft, vann og mat mv. foreslås således skilt ut til et eget straffebud, i motsetning til i de vedtatte bestemmelsene i straffeloven 2005 §§ 237 og 238 som omfatter både slik smittespredning og smitteoverføring mellom mennesker.

Utkastet til § 238 blir på mange måter en parallell til straffeloven 2005 § 239 om allmennfarlig forgiftning, men slik at faren for liv eller helse forårsakes på ulik måte. Mens § 239 gjelder «gift eller stoffer med tilsvarende virkning», rammer utkastet til § 238 spredning av «smittestoffer eller smittestoffprodukter». Det sistnevnte omfatter botulintoksin og andre toksiske smittestoffprodukter, mens smittestoffer vil være bakterier, virus og protozoer (visse typer encellede organismer), jf. de spesielle merknadene til utkastet til § 238.

Smittespredning gjennom luft, vann og næringsmidler mv. kan skje med hensikt, andre former for forsett eller uaktsomt, for eksempel i forbindelse med matvareproduksjon eller drikkevannsforsyning.

Botulintoksin er svært farlig og kan selv i små mengder medføre alvorlig sykdom (botulisme) hos et stort antall mennesker. Dette er et nærliggende eksempel på stoffer som kan spres med hensikt, også terrorhensikt. Et annet eksempel er miltbrannsporier.

Straffeloven 2005 § 131 fastsetter en særskilt strafferamme på 21 år for handlinger som rammes

av de oppregnede straffebudene dersom handlingen er begått i terrorhensikt. Terrorhensikt foreligger dersom handlingen begås i den hensikt å forstyrre alvorlig en funksjon av grunnleggende betydning i samfunnet, herunder blant annet helseberedskap og smittevern, å skape alvorlig frykt i en befolkning, eller urettmessig å tvinge offentlige myndigheter eller en mellomstatlig organisasjon til å gjøre, tåle eller unnlate noe av vesentlig betydning for landet eller organisasjonen, eller for et annet land eller en mellomstatlig organisasjon.

Blant de straffebudene som inngår i oppregningen i § 131 er § 239 om allmennfarlig forgiftning og § 240 om alvorlig miljøkriminalitet (som i likhet med utkastet til § 238 står i lovens kapittel 23 om vern av folkehelsen og det ytre miljø), i tillegg til blant annet bestemmelser om terrorbombing, kapring av fly og skip, anslag mot infrastrukturen, grov frihetsberøvelse, menneskehandel, grov kroppsskade og drap. Utvalget finner det naturlig at også utkastet til § 238 tas inn i oppregningen i § 131 første ledd av hvilke typer straffbare handlinger som anses som terrorhandlinger dersom de er begått i terrorhensikt. Se utvalgets utkast til endring i § 131 i punkt 14.1.

I straffeloven 2005 kapittel 23 om vern av folkehelsen og det ytre miljø er det en særskilt bestemmelse i § 241 om forbund om allmennfarlig forgiftning eller alvorlig miljøkriminalitet. Bestemmelsen rammer den som inngår forbund med noen om å begå en straffbar handling som nevnt i § 239 første ledd, det vil si forsettlig allmennfarlig forgiftning eller § 240 første ledd, det vil si forurensning og handlinger som medfører nærliggende fare for forurensning. Strafferammen i § 241 er fengsel inntil seks år. Bestemmelsen rammer avtale om å begå slike handlinger selv om det ikke er foretatt handlinger som innebærer at det kan anses som forsøk på de nevnte straffebudene, jf. straffeloven 2005 § 16 om forsøk. Utvalget finner det naturlig at også forsettlig smittespredning etter utkastet til § 238 første ledd omfattes av forbundsbestemmelsen i § 241. Se utvalgets forslag til endring i § 241 i punkt 14.1.

Utvalget finner videre at utkastet til § 238, i likhet med § 239, bør omfattes av avvergingsplikten etter straffeloven 2005 § 196. Smittespredning kan ha et meget stort skadepotensiale ved at stoffene kan spres til mange mennesker ved én handling. Dersom noen er i en slik posisjon at de kan avverge spredningen, bør de ha en straffesanksjonert plikt til å gjøre dette. Straffebudet i § 196 rammer «den som unnlater gjennom anmeldelse eller på annen måte å søke å avverge en straffbar handling eller følgene av den, på et tidspunkt da dette

fortsatt er mulig og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen er eller vil bli begått». Avvergingsplikten gjelder bare straffbare handlinger som nevnt i § 196 første ledd andre punktum, herunder blant annet en rekke bestemmelser i lovens kapittel 17 om vern av Norges selvstendighet og andre grunnleggende nasjonale interesser, kapittel 18 om terrorhandlinger og terrorrelaterte handlinger, kapittel 24 om vern av den personlige frihet og fred, kapittel 25 om voldslovbrudd mv. og kapittel 26 om seksuallovbrudd. Se utvalgets utkast til endring i § 196 i punkt 14.1.

Det bemerkes at straffeloven 1902 § 154 om smittespredning omfattes av lignende bestemmelser i straffeloven 1902 § 139 (avvergingsplikt), § 147a (terrorhandlinger) og § 159 (forbund om visse allmennfarlige forbrytelser).

Det ligger utenfor utvalgets mandat, men utvalget vil likevel påpeke at straffeloven 2005 § 240 om alvorlig miljøkriminalitet ikke omfattes av § 196, selv om det kunne synes naturlig at avvergingsplikten også gjaldt slike forhold. Forholdet kan skyldes en inkurie.

11.3 Smittevernloven

11.3.1 Innledning

Utvalget har redegjort for smittevernloven og praktiseringen av loven i kapittel 4 om loven og punkt 9.4 om smittevernarbeid.

Forholdet mellom smittevernloven og straffeloven omtales i punkt 11.3.2.

Utvalget foreslår ikke endringer i smittevernloven eller lovens forskrifter.

Selv om utvalget ikke foreslår endringer i forholdet mellom smittevernlov og straffelov eller andre endringer i smittevernlovens bestemmelser, har utvalget enkelte bemerkninger til forståelsen og praktiseringen av smittevernloven. Det kan på noen punkter synes som lovens regler er gode, eller i hvert fall tilstrekkelige, men at det kan være usikkerhet om forståelsen og rekkevidden av bestemmelsene eller mangler i praktiseringen. Se nærmere punkt 11.3.3 om smittevernhjelp og annet forebyggende arbeid. I punkt 11.3.4 omtales oppfølging når det er grunn til å tro at en person ikke følger den smittevernveiledning som er gitt. Punkt 11.3.5 gjelder taushetsplikt og opplysningsrett og -plikt vedrørende pasienters smittestatus. I punkt 11.3.6 omtales tilgang til rent injeksjonsutstyr for innsatte i fengsler. Punkt 11.3.7 omhandler smittevernhjelp til asylsøkere og andre innvandrere.

11.3.2 Forholdet mellom smittevernloven og straffeloven

Utvalget finner det naturlig og hensiktsmessig at smittevernet fortsatt er regulert i egen lov som omhandler organiseringen av smittevernarbeidet, hjemler ulike administrative tiltak ut fra smittevernhensyn, og regulerer visse andre forhold knyttet til smittevernarbeid, slik som taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt, meldesystemer m.m. Loven regulerer i noen grad også individenes rettigheter og plikter.

Smittevernloven § 6-1 gir enhver rett til nødvendig smittevernhjelp, se punkt 4.3.7. Loven pålegger i liten grad befolkningen eller smittede personer plikter. Pliktene er begrenset til å søke undersøkelse ved mistanke om allmennfarlig smittsom sykdom og motta smittevernveiledning i tilfelle slik sykdom påvises, samt gi opplysninger i forbindelse med smitteoppsporing, jf. smittevernloven § 5-1. Dessuten er det fastsatt en plikt til å la seg isolere om nødvendig. Loven fastsetter ingen sanksjoner for brudd på disse pliktene, og det er uttrykkelig fastsatt i lovens § 8-1 at straff for brudd på loven ikke kommer til anvendelse ved brudd på plikter etter § 5-1, jf. punkt 4.3.9.1. Den som ikke frivillig lar seg undersøke eller om nødvendig isolere, kan etter omstendighetene undergis tvungen undersøkelse eller isolering, forutsatt at de relativt strenge vilkårene i §§ 5-2 eller 5-3 er oppfylt, jf. punkt 4.3.6. Tvangshjemlene brukes i svært begrenset utstrekning.

Enkelte andre land har i sin smittevern- eller folkehelseovngivning fastsatt generelle plikter for hele befolkningen med hensyn til å gjøre det man kan for å unngå å bli smittet og smitte andre, og/eller mer spesifikke plikter for smittede med visse sykdommer, for eksempel opplysningsplikt, plikt til å iverksette smitteverntiltak ved seksuell omgang mv., jf. kapittel 7.

Utvalget finner ikke grunn til å foreslå at det tas inn denne typen regler rettet mot allmennheten i smittevernloven, selv om man vet at mange mennesker i ikke ubetydelig omfang utsetter seg for smittefare, og det kan hevdes at begge parter, særlig ved seksuell samhandling, må ta ansvar for å sørge for beskyttelse mot smitte, jf. punkt 3.7 og 3.8 og punkt 11.2.1.2.

Utvalget ser heller ikke grunn til å foreslå en nærmere konkretisering av plikter for smittede generelt eller smittede med allmennfarlige smittsomme sykdommer. Smittevernloven regulerer den helsemessige siden av smittevernet, og utvalget mener det er hensiktsmessig at brudd på smittevernlovens plikter ikke i seg selv medfører

straffansvar for pasienten. Tillit mellom pasient og helsepersonell er av vesentlig betydning, og det ville være uheldig om for eksempel brudd på plikten til å motta smittevernveiledning skulle straffesanksjoneres og eventuelt være gjenstand for anmeldelse fra helsepersonellet til politiet. Blant annet av slike årsaker finner utvalget ikke grunn til å vurdere nærmere om smittede burde pålegges flere plikter etter smittevernloven, for eksempel plikt til å overholde rådene i smittevernveiledningen. Utvalget har heller ikke funnet det hensiktsmessig å pålegge smitteførende plikt til å gi opplysninger om smittestatus til helsepersonell, seksualpartnere eller andre personer hvor nær kontakt kan innebære fare for smitteoverføring. Utvalget vil imidlertid peke på at det i mange tilfeller er ønskelig at den smittede informerer om smittefaren da dette kan bidra til bedre forebygging av smitteoverføring, noe som også vil være i den smittedes egen interesse, i siste instans med tanke på straffelovens bestemmelser om smitteoverføring og smittefare. Utvalget peker videre på at åpenhet overfor helsepersonell er til beste for god helsehjelp, se også punkt 11.3.5.2 om viderefremidling av opplysninger i forbindelse med helsehjelp.

Utvalget finner det hensiktsmessig med en fortsatt «ansvarsdeling» mellom bestemmelser i smittevernloven og bestemmelser i straffeloven, slik at straffebestemmelser som kan ramme smittede personer, og da for det å overføre smitte eller utsette andre for smittefare, står i straffeloven, og ikke i smittevernloven.

Forskrift 1. januar 1995 nr. 100 om allmennfarlige smittsomme sykdommer er fastsatt i medhold av smittevernloven, jf. vedlegg 2 og punkt 4.3.2.3 om lovens definisjon av begrepet. Som omtalt i punkt 5.2.2.5 er det naturlig å ta utgangspunkt i smittevernloven og forskriften i straffesaker etter straffeloven 1902 § 155 som også bruker begrepet allmennfarlig smittsom sykdom, og tilsvarende etter straffeloven 2005 § 237, jf. punkt 5.3.6. Imidlertid er man i slike straffesaker ikke bundet av smittevernlovens definisjon og den forskriftsfastede listen.

Som det fremgår i punkt 11.2.2.3, foreslår utvalget å gå bort fra begrepet allmennfarlig smittsom sykdom i utkastet til straffeloven 2005 § 237 om smitteoverføring og smittefare. Det samme gjelder utvalgets utkast til straffeloven 2005 § 238 om smittespredning gjennom luft, vann, mat mv., men da ut fra andre hensyn, jf. punkt 11.2.3. De to bestemmelsene vil gjennomgående ramme ulike typer sykdommer.

Utvalget foreslår ikke endringer i definisjonen av begrepet allmennfarlig smittsom sykdom i smittevernloven eller endringer i sykdomslisten i forskriften. Loven gir hjemmel for flere smitteverntiltak for sykdommer som er klassifisert som allmennfarlige, og behovene i smittevernarbeidet må være avgjørende for det nærmere innholdet i dette regelverket. Så vel smittemåte som smittsomhet er relevant i denne sammenheng i tillegg til sykdommens alvorlighet og behandlings- og beskyttelsesmuligheter. Utvalget har ikke vurdert hvilke sykdommer som bør regnes som allmennfarlige smittsomme sykdommer i smittevernlovens forstand og således gi grunnlag for plikter og tiltak som ikke gjelder ved andre smittsomme sykdommer. Utvalget finner det som nevnt ikke hensiktsmessig å knytte straffebestemmelsene til smittevernlovens sykdomsliste. Det bør være folkehelsehensyn som styrer det nærmere innholdet i «allmennfarlige smittsomme sykdommer», og ikke strafferettslige vurderinger.

11.3.3 Smittevernhjelp og annen forebygging

Utvalget vil understreke viktigheten av å forebygge både smitteoverføring direkte og indirekte mellom mennesker og smittespredning via luft, vann, mat mv. Både av hensyn til enkeltindividet, folkehelsen og økonomiske og andre samfunnsmessige forhold er det grunn til gjøre en betydelig innsats for i størst mulig grad å forebygge sykdom, i denne sammenheng smittsomme sykdommer.

Staten har en folkerettslig forpliktelse med hensyn til forebygging og behandling som følger av retten til helse og tolkningen av denne rettigheten, sett i sammenheng med andre rettigheter, jf. punkt 8.2.8.

Smittespredning gjennom luft, vann, mat mv. skjer ofte i forbindelse med næringsdrift eller annen organisert virksomhet, og kan langt på vei forebygges ved gode rutiner i virksomheten og overholdelse av relevant regelverk i og i medhold av folkehelseloven og matloven mv.

Smitteoverføring mellom mennesker vil på sin side som oftest skje i forbindelse med vanlige menneskelige aktiviteter, herunder seksuelt samkvem.

Utvalget vil i dette punktet komme med noen bemerkninger og anbefalinger knyttet til forebygging av smitteoverføring mellom mennesker, i første rekke av seksuelt overførbare infeksjoner. Som nevnt i punkt 9.4, kan man skille mellom ulike former for forebygging, og det er der også redegjort for noen typer forebyggingsarbeid og annet smittevernarbeid.

Utvalget vil peke på at det er viktig med primærforebyggende arbeid overfor befolkningen i sin alminnelighet. Alle bør ha grunnleggende kunnskap om smittsomme sykdommer og hvordan man kan unngå å bli smittet. Slik allmennkunnskap bør formidles allerede i grunnskolen. I seksualundervisningen er det naturlig å under vise om seksuell helse og seksuelt overførbare infeksjoner. Dette er særlig aktuelt på ungdomstrinnet.

Temaet er tatt opp i *Aksept og mestring, Nasjonal hiv-strategi (2009–2014)*, og utvalget slutter seg til mye av det som er sagt i tilknytning til Delmål 1: Øke kunnskapen og bevisstheten om hiv og aids i befolkningen (side 20–21). Se også rapporten² fra *Midtveiskonferansen for den nasjonale hivstrategien*³ i april 2012, hvor mangelfull kunnskap blant unge og andre og seksualundervisning er omtalt, se særlig s. 8–12.

I forbindelse med en interpellasjon⁴ til helse- og omsorgsministeren vedrørende økt antall nydiagnostiserte med hiv, særlig blant menn som har sex med menn, understreket flere stortingsrepresentanter behovet for forebyggende arbeid blant ungdom, herunder holdningsskapende arbeid, opplysning og veiledning.

Utvalget ønsker å understreke betydningen av å styrke seksualundervisningen, spesielt når det gjelder hiv og andre seksuelt overførbare infeksjoner, i grunnskolen, og da særlig på ungdomstrinnet. Det er to klare formål med dette. For det ene kan det bidra til en seksualkultur preget av en økt grad av åpenhet og aksept for ulike seksuelle identiteter og preferanser, samt for mennesker som er hivpositive. I et langsiktig perspektiv vil en slik endring i seksualkultur trolig kunne bidra til å underlette kommunikasjon om smittestatus i seksuelle kontekster, hvor smittebeskyttelse bør benyttes. For det andre vil det å nå alle grunnsko-

² Forankring og framdrift – Midtveis i den nasjonale hivstrategien «Aksept og mestring 2009–2012» – Rapport fra fellets vurderinger, Arbeidsforskningsinstituttet, 2012.

³ Se <http://helsedirektoratet.no/Om/kurs-konferanser/Sider/midtveiskonferanse-om-regjeringens-nasjonale-hivstrategi.aspx> hvor Helsedirektoratet bl.a. skriver: «Målene med konferansen er å styrke framdriften av Nasjonal hivstrategi «Aksept og mestring» (2009–2014) i de seks ulike sektorene som har ansvar for implementeringen av planen, å gjennomgå status for implementeringen av planen, og å gjøre prioriteringer og konkretisere innsatsen for resten av planperioden. Etter konferansen vil Arbeidsforskningsinstituttet utforme en rapport som oppsummerer innspill og anbefalinger fra konferansen. Rapporten vil anvendes som grunnlag for Helsedirektoratets anbefaling om videre arbeid med den nasjonale hivstrategien.»

⁴ Interpellasjon fra representanten Bent Høie til helse- og omsorgsministeren, møte i Stortinget 26. april 2012, sak 3.

leelever med seksualundervisning på et tidspunkt før samleiedebuten, kunne bidra til å etablere gode vaner med hensyn til kondombruk og praktisering av «sikrere sex». Se punkt 9.3.3 om seksualvaneundersøkelser og punkt 9.3.5 om betraktninger og teorier om seksuell atferd og faktorer som blant annet påvirker bruken av smittebeskyttelse. Se punkt 9.4.2 om studier av effekten av seksualundervisning etc.

Slikt holdningsskapende arbeid bør følges opp også på andre arenaer enn grunnskolen. Relevante opplysninger bør også være lett tilgjengelig for den som søker informasjon på feltet, blant annet på helsemyndighetenes nettsider. Enkel tilgang til kondomer synes også å være av vesentlig betydning for om slik smittebeskyttelse blir brukt, selv om det også er mange andre faktorer som spiller inn, jf. punkt 9.3.3, 9.3.5 og 9.3.6.

Ved siden av generelt forebyggende arbeid overfor befolkningen, er det viktig med informasjon og holdningsskapende arbeid rettet mot identifiserte risikogrupper og personer som tilhører eller oppsøker miljøer eller arenaer hvor det er kjent at det er høyere forekomst av seksuelt overførbare infeksjoner enn i befolkningen for øvrig.

Utvalget er kjent med at det i *Aksept og mestring, Nasjonal hiv-strategi (2009–2014)* er satt en rekke mål og delmål knyttet til hiv, herunder forebygging, og identifisert aktuelle strategiske grep, som i noen grad også er gjennomført. Hvorvidt tilsvarende strategier bør iverksettes overfor andre alvorlige smittsomme sykdommer, må smittevernmyndighetene vurdere og ta stilling til.

Utvalget vil understreke at det i tillegg til generelt forebyggingsarbeid overfor befolkningen og risikogrupper etc., må gjøres forebyggende arbeid også i form av direkte hjelp til personer som konkret står i fare for å bli smittet, og personer som er smittet og står i fare for å smitte andre.

Retten til slik smittevernhjelp er lovfestet i smittevernloven § 6-1. At smittevernhjelp er ansett som særlig viktig, fremgår av § 6-1 andre ledd siste punktum om at smittevernhjelp som nevnt i dette leddet ikke kan nektes med den begrunnelse at det ikke er dekning for utgiftene på vedtatte budsjetter. Andre ledd omfatter hjelp både til «den som det etter en faglig vurdering er grunn til å anta er i fare for å bli smittet med en allmennfarlig smittsom sykdom» og personer som er smittet med slik sykdom. Rettighetene består i henholdsvis «nødvendig smittevernhjelp i form av vaksinasjon, informasjon og annen nødvendig forebyggende hjelp» og «medisinsk vurdering og utredning (diagnostikk), behandling, pleie og annen nødvendig smittevernhjelp».

Som omtalt i punkt 4.3.7, er smittevernhjelp et vidt begrep, som omfatter langt mer enn informasjon, undersøkelse og behandling for smittsom sykdom. Blant annet omfattes hjelp for underliggende problemer som påvirker atferd som har betydning for smittefare og smittevern.

Utvalget vil bemerke at det medisinske behandlingstilbudet for smittsomme sykdommer i Norge gjennomgående er godt, selv om det er utfordringer knyttet til tilbud og oppfølging overfor særskilte grupper, som asylsøkere og andre innvandrere, se punkt 11.3.7.

Det synes imidlertid å være varierende praksis når det gjelder smittevernhjelp utover den helsehjelpen som er direkte knyttet til sykdommen. Dette kan blant annet ha sammenheng med mangelfull kunnskap hos personell i helse- og omsorgstjenesten om regelverket og hvordan dette skal forstås, utilstrekkelig forståelse av hvilke typer hjelp den enkelte har behov for med tanke på å unngå smittefarlig atferd, og mangel på kompetanse til å yte hjelpen eller relevante tilbud å henvise til.

Det kan for mange være en stor påkjenning å bli diagnostisert med en kronisk og alvorlig smittsom sykdom. For eksempel vil hivsmittede kunne ha behov for psykososial bistand for å komme gjennom kriser og lære å mestre livet med sykdommen generelt og det å unngå smittefarlig atferd spesielt. Se også punkt 9.3.6.2.

I et foredrag for utvalget illustrerte et styremedlem i Homopositiv – som overfor offentligheten ønsker å være anonym – viktigheten av psykososial oppfølging av hivpasienter. Hjelp til å bearbeide det traumet det kan være å få diagnosen, følelser av skyld og skam og andre negative tanker som følge av sykdommen og andre forhold, kan bidra til at vedkommende foretar destruktive valg og eventuelt får psykiske problemer. Depresjon, rusmiddelbruk mv. kan bidra til manglende evne eller vilje til å sørge for forsvarlig smittevernopptreden. Støtte og hjelp til mestring kan forebygge eller snu en slik utvikling, og således bidra til å unngå videre smitteoverføring.

Det kan være aktuelt med individuell hjelp, som rådgivning, samtaler, eventuelt psykologhjelp eller psykisk helsevern, behandling for rusproblemer mv. Smittevernhjelp kan omfatte helsehjelp av ulike slag samt omsorgstjenester og annen hjelp, se også punkt 4.3.7. Dersom helsepersonellet ikke selv har den nødvendige kompetansen, må det henvises videre slik at behovet blir fulgt opp med et forsvarlig tilbud.

I tillegg til individrettet hjelp, kan det være aktuelt med deltagelse i gruppebaserte tiltak. Det

kan nevnes at det våren 2012 ble avholdt et mestringkurs for nydiagnostiserte hivpositive ved Oslo universitetssykehus i regi av Lærings- og mestringssenteret (LMS) og Infeksjonsmedisinsk avdeling.

Også for personer som ikke er smittet, men som står i fare for å bli smittet, for eksempel som følge av utstrakt ubeskyttet sex i et miljø med høyere forekomst av seksuelt overførbare infeksjoner enn i befolkningen generelt, vil kunne ha behov for konkret smittevern hjelp for å ta i bruk beskyttelsesstrategier eller på annen måte endre atferd. Det er i slike sårbare grupper av betydning å arbeide forebyggende med psykososiale faktorer som kan bidra til manglende evne eller vilje til å sørge for forsvarlig smittevernopptreden, herunder også bekymringer knyttet til det å tilhøre en seksuell minoritet. Se også punkt 4.3.7.

Utvalget vil oppfordre departementet til å sørge for at statlige helsemyndigheter utarbeider en veileder på smittevernfeltet. Veilederen bør gi konkret informasjon om hvordan smittevernloven § 6-1 skal forstås og praktiseres, herunder at smittevern hjelp er et vidt begrep som også omfatter tiltak utover vanlig helsehjelp. Utvalget mener det er behov for tydelige råd og retningslinjer fra fagmyndighetene, noe som vil kunne føre til mer ensartet praktisering av lovverket, selv om lokale forhold i noen grad vil kunne påvirke tilgjengeligheten av visse tilbud.

En slik veileder bør også omhandle de temaene utvalget tar opp i punkt 11.3.4 til 11.3.7.

11.3.4 Forsterket smittevernveiledning når mottatt veiledning ikke følges

Etter smittevernloven § 2-1 første ledd skal den undersøkende eller behandlende legen snarest mulig gi en smittet person med en allmennfarlig smittsom sykdom

- a. informasjon om den sykdommen legen mener den smittede har, dens smittsomhet og smittemåter, og om hvilke lover og bestemmelser som gjelder, og
- b. særskilt personlig veiledning om hva den smittede kan gjøre for å motvirke at sykdommen blir overført til andre (personlig smittevernveiledning).

Smittevernloven har også en bestemmelse om at lege som har grunn til å tro at en smittet person ikke følger den personlige smittevernveiledningen, skal underrette kommunelegen hvis hensynet til smittevernet krever det. Bestemmelsen står lite

synlig i tredje ledd tredje punktum i § 3-6 om legens plikt til å foreta smitteoppsporing, jf. punkt 4.3.4.

Plikten må gjelde leger både i primærhelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten.

Verken loven, forskrifter eller forarbeidene angir hva kommunelegen skal gjøre når slik underretning er mottatt. Utvalget kan heller ikke se at dette er nærmere omtalt i veileder eller rundskriv i tilknytning til loven eller litteratur⁵ som omtaler loven.

Meningen med bestemmelsen må være at kommunelegen skal vurdere om det bør iverksettes ytterligere tiltak for å hindre at andre smittes.

Utvalget legger til grunn at kommunelegen kan innkalle den smittede til en samtale hvor kommunelegen på ny gir personlig smittevernveiledning tilpasset den smittedes sykdom og forhold for øvrig, og understreker viktigheten av at den smittede overholder rådene med hensyn til tiltak for å unngå å smitte andre. Det kan også være grunn til å orientere om straffansvaret etter straffelovens bestemmelser om smitteoverføring og smittefare. Tilsvarende gjelder muligheten for å fravike taushetsplikten for å varsle personer som utsettes for smittefare, jf. nedenfor. I tillegg til muntlig veiledning kan det være aktuelt å gi den smittede skriftlig materiell som beskriver smittefare og smitteverntiltak.

Om nødvendig bør tolk benyttes for å sikre at den smittede forstår veiledningen fullt ut. Egnet materiell på fremmede språk og for analfabeter bør benyttes i den utstrekning det er relevant og tilgjengelig, jf. punkt 11.3.7.

Kommunelegen bør søke å identifisere eventuelle bakenforliggende problemer som rusmiddelbruk eller psykiske lidelser som kan forårsake eller medvirke til den smittefarlige atferden, og sørge for at den smittede blir henvist til et egnet behandlingstilbud om nødvendig. Se punkt 11.3.3 om smittevern hjelp, som er et meget vidt begrep, jf. også punkt 4.3.7. Det kan antas at for eksempel motiverende samtaler⁶ alene vil ha begrenset effekt i mange slike tilfeller.

⁵ Børge Krogsrud: Smittevernloven – Kommentarutgave, 1995, s. 93. Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata (2012) har ingen note til smittevernloven § 3-6 tredje ledd, øvrige noter til § 3-6 berører ikke temaet (skrevet av Kjetil Tveitan).

⁶ Det kan nevnes at Nasjonalt kunnskapssenter for helsetjenesten har utgitt publikasjonen "Motiverende samtale for hiv-relatert atferd hos menn som har sex med menn – Rapport fra Kunnskapssenteret nr. 17-2011 – Systematisk oversikt", som imidlertid ikke synes å gi klare svar på effekten av slike samtaler.

Om nødvendig må kommunelegen kunne innkalle en smittet person til slik forsterket smittevernveiledning flere ganger.

Etter smittevernloven § 5-1 tredje ledd har en smittet person med en allmennfarlig smittsom sykdom «plikt til å ta imot den personlige smittevernveiledning som legen gir for å motvirke at sykdommen blir overført til andre». Det er uklart om den smittede har oppfylt denne plikten når slik veiledning er mottatt første gang (for det enkelte smittetilfellet) eller om den smittede også har rettslig plikt til å motta gjentatt og forsterket smittevernveiledning. Uansett om det skulle foreligge en slik rettslig plikt, finner utvalget ikke grunn til å gå nærmere inn på om det er hjemmel for å hente den smittede til forsterket smittevernveiledning med politiets hjelp, jf. smittevernloven § 4-10 om bistandsplikt. Den smittede vil under slike omstendigheter neppe være særlig mottagelig for smittevernveiledning, og det er lite sannsynlig at en slik fremgangsmåte vil legge til rette for positiv atferdsendring hos den smittede. Brudd på den smittedes plikter etter § 5-1 er heller ikke straffesanksjonert.

Under helt særlige omstendigheter vil det kunne være aktuelt med tvungen isolering etter reglene i smittevernloven § 5-3. Dette vil imidlertid sjelden være tilfelle. Kravet om at man som hovedregel først skal ha forsøkt andre tiltak for å forebygge eller motvirke smitteoverføring, må dessuten innebære at kommunelegen gjennomgående først må søke den smittedes medvirkning. Selv om dette har vært forsøkt forgjeves, vil ikke vilkårene for bruk av tvungen isolering uten videre være oppfylt, se punkt 4.3.6, jf. også punkt 8.2.5 og 8.2.8. Utvalget bemerker at isolering ikke vil være aktuelt når den smittefarlige atferden består i ubeskyttet seksuell omgang. Isolering er i første rekke brukt i forbindelse med tuberkulose. Utvalget finner ikke grunn til å foreslå utvidede eller nye tvangshjemler i smittevernloven.

Utvalget legger til grunn at verken behandlende helsepersonell eller kommunelegen normalt har hjemmel for å anmelde den smittede til politiet selv om det skulle være klart at den smittede utsetter andre for smittefare. Smittevernlovens regler om taushetsplikt og opplysningsrett og -plikt gir ikke adgang til å bryte taushetsplikten for å inngi anmeldelse, jf. punkt 4.3.3.3.

I særlige alvorlige tilfeller der det er grunn til å tro at nye personer vil kunne bli utsatt for smittefare uten å bli informert om dette, vil det etter en konkret vurdering kunne være hjemmel i helsepersonelloven § 23 nr. 4 om at ellers taushetsbe-

lagt informasjon kan gis videre «når tungtveiende private eller offentlige interesser gjør det rettmessig». Utvalget vil imidlertid understreke at helsepersonell normalt bør være noe tilbakeholdende med å sette taushetsplikten til side med tanke på politianmeldelse. Tilliten mellom pasient og helsepersonell er av stor betydning og vil kunne bli skadelidende dersom helsepersonell går til anmeldelse, eller dersom det råder en oppfatning om at helsepersonell har en alminnelig adgang til å gjøre det. Rettsstridighetsbestemmelsen kan imidlertid benyttes i alvorlige tilfeller, og det er da naturlig at det først advares om at anmeldelse vil bli inngitt om det ikke det finner sted en atferdsendring.

Smittevernloven hjemler på visse vilkår unntak fra taushetsplikten for å gi opplysninger til personer som står i fare for å bli smittet, jf. lovens § 2-2 og punkt 4.3.3.3 og 4.3.3.4 om opplysningsrett og opplysningsplikt. Utvalget antar at dette vanligvis vil ha en mer direkte effekt i arbeidet med å motvirke smitte, og dessuten ofte være noe mindre belastende for forholdet mellom pasient og lege, enn politianmeldelse. Om det foreligger opplysningsrett eller opplysningsplikt, er noe kommunelegen også bør vurdere i forbindelse med meldinger om at pasienter ikke overholder smittevernveiledning, jf. også punkt 11.3.5.1. Et varsel om at det kan være aktuelt å gi opplysninger til den eller de smitteutsatte, eller eventuelt politianmeldelse, jf. ovenfor, vil kunne være en oppfordring til atferdsendring. Det kan være aktuelt å tilby felles smittevernveiledning for den smittede og den personen som står i fare for å bli smittet.

Som det fremgår i punkt 11.3.3, oppfordrer utvalget departementet til å sørge for at det utarbeides en veileder eller lignende om innholdet i retten til smittevernhjelp mv. I en slik veileder bør man også fremholde legens plikt til å underrette kommunelegen dersom legen har grunn til å anta at en smittet person ikke følger den personlige smittevernveiledningen som legen har gitt, jf. smittevernloven § 3-6 tredje ledd tredje punktum. Det bør i veilederen skisseres hvordan kommunelegen skal følge opp slike meddelelser, herunder hva forsterket smittevernveiledning bør omfatte. Dette kan bidra til økt etterlevelse av bestemmelsen og bedre oppfølging fra kommunelegens side, samt en mer ensartet praksis. Reglene om taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt og muligheten for anmeldelse i særlige tilfeller bør også omhandles.

En slik veileder bør videre opplyse om hvor det kan hentes oppdatert informasjon om hvilke

råd som bør gis den smittede under smittevernveiledningen, tilpasset den enkelte sykdom. For eksempel bør det foreligge klare og lett tilgjengelige retningslinjer for hva som er å anse som forsvarlige smitteverntiltak, herunder hva som regnes som «sikrere sex». Dette vil også være av betydning for hva som rammes av utvalgets utkast til straffebestemmelse, se utkastet til straffeloven 2005 § 237 tredje ledd, jf. punkt 11.2.2.7. og 14.1.

11.3.5 Taushetsplikt og opplysningsrett og -plikt

11.3.5.1 Innledning

Det kan oppstå vanskelige avveininger i tilknytning til smittevernlovens og helsepersonellovens regler om taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt, jf. punkt 4.3.3 og 6.3. Hensynet til personvernet for pasienten må avveies mot smittevernet for andre personer. Utvalget ser at det vil være vanskelig å regulere spørsmålene nærmere i lov eller forskrift.

EMD har akseptert at lovgiver ikke kan regulere alle slike konflikter nærmere, jf. punkt 4.3.3.7 og 8.2.6.

For å sikre en mer ensartet lovforståelse og praktisering, vil utvalget imidlertid oppfordre helsemyndighetene til å se nærmere på noen situasjoner og utarbeide veiledning for de avveininger helsepersonell må foreta, med blant annet redegjørelse for de aktuelle reglene og de skjønnsmessige momenter som bør tas i betraktning. Disse retningslinjene kan med fordel inntas som en del av den veilederen utvalget anbefaler utarbeidet på smittevernfeltet, jf. blant annet punkt 11.3.3 om smittevernhjelp og punkt 11.3.4 om situasjoner der en smittet person ikke overholder smittevernveiledningen. En samlet veileder vil være et hensiktsmessig hjelpemiddel både for behandlende helsepersonell og kommuneleger.

Utvalget vil knytte noen bemerkninger til to særskilte situasjoner i punkt 11.3.5.2 og 11.3.5.3, men vil peke på at problemstillinger knyttet til taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt også oppstår i andre sammenhenger, ikke minst overfor seksualpartnere når det er tale om seksuelt overførbare sykdommer, og at veilederen også bør omtale slike situasjoner.

I en del av dokumentene med internasjonale tilrådninger vedrørende hiv, fremheves blant annet viktigheten av personvern, særlig helsepersonells taushetsplikt i forbindelse med hivtesting og annen helsehjelp. Blant andre OHCHR og

UNAIDS viser likevel til at det i visse situasjoner bør være rom for å bryte taushetsplikten for å informere pasientens seksualpartnere som utsettes for smittefare, jf. punkt 8.3.6

11.3.5.2 Opplysninger om smittestatus i forbindelse med helsehjelp

En problemstilling er om helsepersonell kan gi videre opplysninger om smittestatus når en smittet pasient søker helsehjelp for andre tilstander, jf. punkt 4.3.3.6.

Utvalget legger til grunn at den smittede selv ikke har opplysningsplikt om sin smittestatus, heller ikke hva gjelder hiv og andre allmennfarlige smittsomme sykdommer. Opplysningsplikt for pasienten er ikke lovfestet, og det er etter utvalgets oppfatning tvilsomt om en slik plikt kan utledes av andre regler.

Utvalget vil imidlertid understreke at pasienten som regel *bør* opplyse om smittestatus i forbindelse med helsehjelp. Dette dels av hensyn til helsepersonellet som skal behandle vedkommende, og dels for å sikre riktig undersøkelse og behandling for egen del.

Ved kirurgiske inngrep etc. vil det alltid kunne være en viss fare for uhell i form av stikkskader eller lignende, også om det er iverksatt generelle forholdsregler mot blodsmitte («universal precautions»). Utvalget vil understreke at det av smittevernhensyn er viktig at det iverksettes generelle forholdsregler mot blodsmitte overalt i helsetjenesten. Utvalget anser likevel ikke slike forholdsregler som tilstrekkelig vern for helsepersonell i forbindelse med operative inngrep. Stikkskader for helsepersonell er ganske vanlige ved slike inngrep.

Sykehus har rutiner for når det skal iverksettes posteksposisjonsprofylakse etter slike skader under inngrep på hivpositive pasienter (med kjent smittestatus). Det foretas en grundig vurdering ut fra skadens karakter og pasientens forhold, for eksempel virusmengde i blod, behandlingsstatus og eventuelt resistensforhold for det aktuelle virus. Gjennomføring av posteksposisjonsprofylakse, som skal gis med flere antiretrovirale legemidler i fire uker, er ganske krevende for den som har vært utsatt for smittefare, med relativt hyppige bivirkninger, som ikke sjelden gjør at man må avbryte behandlingen. Slik profylakse kan eller bør derfor ikke uten videre gis i alle tilfeller der stikkuhell eller andre former for smitteeksposisjon for helsepersonell har skjedd, f.eks. sprut av pasientblod i øye eller munn.

Videre vil sykehus av og til ønske noen flere tiltak mot smitte enn generelle forholdsregler mot blodsmitte, for eksempel valg av en operasjonsstue som ikke benyttes til spesielt smittemottagelige pasienter, som transplantasjonspasienter, eller utsettelse av inngrepet til slutten av arbeidsdagen.

Et annet viktig aspekt er at det er en fordel for pasienten selv at helsepersonellet kjenner smittestatus. Sykdommen og/eller legemidler som pasienten anvender, kan ha betydning for diagnostisering og behandling av andre lidelser. For eksempel kan en hivinfeksjon eller legemidler som brukes i hivbehandling, forklare den foreliggende sykdomstilstanden, eller påvirke symptomer og sykdomstegn. Hivlegemidler vil dessuten ofte kunne interferere med andre legemidler, og det er viktig å kunne ta hensyn til slike legemiddelinteraksjoner. Kunnskap om hivstatus kan i noen tilfeller være helt avgjørende for de diagnostiske vurderinger som gjøres, og for supplerende undersøkelser. Dette gjelder både ubehandlede og behandlede pasienter.

Det vil være å foretrekke at pasienten selv opplyser om smittestatus og medvirker til at helsepersonell gir opplysningene videre, for eksempel i forbindelse med henvisning til spesialisthelsetjenesten. Rettslig sett blir det imidlertid spørsmål om når helsepersonell kan eller skal gjøre unntak fra taushetsplikten for å informere annet helsepersonell om en pasients smittestatus dersom pasienten motsetter seg at opplysningene gis videre, jf. reglene i smittevernloven § 2-2 og helsepersonelloven kapittel 5.

Utvalget har forståelse for mange pasienters ønske om konfidensialitet i størst mulig grad, også overfor helsepersonell. Utvalget vil understreke at overholdelse av taushetsplikt ikke bare utad, men også innad i helsetjenesten – herunder mellom helsepersonell – er svært viktig.

Taushetsbelagte opplysninger skal bare gis videre når det er grunnlag for det, ut fra gjeldende regler og rimelige avveininger av relevante hensyn innenfor de rammene som reglene om opplysningsrett og opplysningsplikt setter. I medhold av helsepersonelloven § 25 kan taushetsbelagte opplysninger gis til samarbeidende personell når dette er nødvendig for å kunne gi forsvarlig helsehjelp, med mindre pasienten motsetter seg det. Og etter helsepersonelloven § 45 skal helsepersonell som skal yte eller yter helsehjelp til pasient, gis nødvendige og relevante helseopplysninger i den grad dette er nødvendig for å kunne gi helsehjelp til pasienten på forsvarlig måte, med mindre pasienten motsetter seg det. Utvalget mener opplysninger om smittestatus kan og bør gis etter disse

bestemmelsene så lenge pasienten ikke motsetter seg det. Dersom pasienten motsetter seg at opplysningene gis, kan det, etter utvalgets oppfatning, i hvert fall ved kirurgiske inngrep, være gode grunner for å vurdere å gi opplysningene etter bestemmelsene i smittevernloven § 2-2 andre ledd bokstav a eller helsepersonelloven § 23 nr. 4.

Det fremholdes at man naturligvis bør forklare forholdene for pasienten og søke dennes samtykke før man eventuelt gir opplysningene videre i medhold av disse unntaksreglene.

Som nevnt i blant annet punkt 11.3.5.1, vil utvalget oppfordre statlige helsemyndigheter til å utarbeide en veileder på smittevernfeltet. Denne bør også inneholde retningslinjer for helsepersonells vurdering av taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt overfor annet helsepersonell i tilknytning til helsehjelp til pasienter med hivinfeksjon eller andre sykdommer som smitter gjennom blod. Det er viktig at helsepersonell har klarhet i hvordan dette skal praktiseres, av hensyn både til den som må vurdere om opplysninger skal gis, og den som eventuelt skal motta opplysningene på grunn av smittefaren. Utvalget mener det også er ønskelig med en ensartet praksis, og at det også for pasientene vil være en fordel med klare retningslinjer på området.

11.3.5.3 Opplysninger om smittede barnehagebarn

Spørsmål om videreformidling av opplysninger om smittestatus kan også oppstå i forbindelse med barnehage og skole. Nasjonalt folkehelseinstitutt (Folkehelseinstituttet) har gitt anbefalinger for situasjoner der barnehagebarn har kroniske blodbårne infeksjoner som hiv og ulike former for hepatitt, jf. punkt 6.7.

Utvalget bemerker at det sjelden vil være behov for å informere foreldrene til de andre barna i barnehagen, og at opplysninger om smittestatus bør gis til ansatte i barnehagen, eventuelt bare de ansatte i den avdelingen i barnehagen hvor det smittede barnet går, og da sammen med veiledning om hvordan de ansatte skal forebygge smitteoverføring for eksempel ved uhell som medfører blødninger. Dersom det er aktuelt med vaksinerings av de andre barna, må det vurderes hvilke opplysninger som skal gis til foreldrene.

Spørsmålet om hjemmel for å gi opplysninger om smittestatus dersom foreldrene til det smittede barnet ikke samtykker, er ikke berørt i forskrift 1. desember 1995 nr. 928 om miljørettet helsevern i barnehager og skoler m.v. eller Folkehelseinstituttets anbefalinger på feltet. Utvalget

legger til grunn at foreldrene ofte vil samtykke, og at spørsmålet derfor sjelden blir aktuelt. I mangel av samtykke må rettmessigheten av å gi opplysninger vurderes ut fra reglene i smittevernloven § 2-2 og helsepersonelloven § 23.

Utvalget påpeker at det ikke synes å være noen ensartet praksis med hensyn til hvem som informeres om hva når barnehagebarn har kroniske blodbårne infeksjoner. Utvalget mener kommunene bør ha en gjennomtenkt holdning til dette og andre spørsmål som gjelder smittevern. Kommunelegen bør bistå med råd og veiledning, noe som kan bidra til ensartet praksis innen kommunen. Med tanke på en ensartet praksis i hele landet, bør problemstillingen omtales i den veilederen som utvalget anbefaler utarbeidet om ulike spørsmål på smittevernfeltet, jf. punkt 11.3.5.1 og 11.3.3, med henvisning til Folkehelseinstituttets faglige anbefalinger. Dette gjelder både utgangspunktene om hvem som bør informeres, og veiledning med hensyn til de rettslige spørsmål som oppstår dersom foreldrene til det smittede barnet ikke samtykker til at opplysningene gis.

11.3.6 Tilgang til rent injeksjonsutstyr for innsatte i fengsler

Retten til nødvendig smittevernhjelp er lovfestet i smittevernloven § 6-1. Dette omfatter også forebyggende tiltak, jf. punkt 4.3.7, 9.4.1 og 11.3.3. En særlig form for smittevernhjelp er tilgang til rent injeksjonsutstyr for personer som bruker narkotiske stoffer ved injeksjon, og da både til personer som står i fare for å bli smittet, og personer som allerede er smittet, med tanke på å unngå videre smitteoverføring. Bruk av narkotika er forbudt, og myndighetene ønsker narkotikafrie fengsler, men når forbudet medfører at rent injeksjonsutstyr ikke er tilgjengelig i fengsler, kan det støte an mot smittevernomsyn, ikke minst fordi en stor del av fangebefolkningen (eller de innsatte) er narkotikabrukere.

Den alminnelige befolkningen har relativt enkel tilgang til rent injeksjonsutstyr. Sprøyter kan kjøpes fritt på apotek, og det er iverksatt særskilte ordninger for sprøytebytte beregnet på injiserende rusmiddelbrukere. Slike sprøytebytteordninger er organisert som lavterskeltilbud og har som formål skadereduksjon, det vil si at narkotikaavhengige ikke påføres annen sykdom ved injeksjonene. Innsatte i fengsler har imidlertid ikke tilgang til nytt injeksjonsutstyr.

Spørsmålet om ordninger for sprøytebytte i fengsler var til vurdering senest i 2009–2010⁷, se nærmere omtale i punkt 4.3.7.

I Helsedirektoratets brev⁸ ved oversendelse av rapporten *Tilgjengelighet i norske fengsler til sterile sprøyter og spisser for injiserende rusmiddelavhengige – forslag til en ny tilnærming*⁹ til departementet het det blant annet:

«Straffegjennomføringslovens regler, legemiddellovens forbud mot narkotikabruk og omsetning av narkotika og straffelovens § 162 er aktuelle rettskilder som må avveies mot smittevernlovens og pasientrettighetslovens bestemmelser.»

I høringsbrevet¹⁰ 19. mai 2009 fra Helse- og omsorgsdepartementet het det blant annet:

«Det er et grunnleggende folkehelseprinsipp at befolkningen skal ha tilgang til kunnskap og fasiliteter som kan hjelpe dem til å opprettholde og forbedre egen helse. Internasjonale konvensjoner som Norge har sluttet seg til, slår fast et prinsipp om at fengselsinnsatte skal ha fri tilgang til helsetjenester av likeverdig kvalitet som helsetjenester som er tilgjengelig for befolkningen for øvrig. Smittevernloven gir i § 6-1 andre ledd rett til «nødvendig forebyggende hjelp». Dette er i forarbeidene blant annet eksemplifisert ved tilgang på rene sprøyter for stoffmisbrukere. Distribusjon av sterile sprøyter og spisser som smitteverntiltak til befolkningen utenfor fengslene er blant annet gjennomført ved utdeling fra «Sprøytebussen» som ble opprettet i 1988.

Dagens smitteverntiltak for å sikre sterile sprøyter og spisser til innsatte i norske fengsler er nedfelt i retningslinjer fra Kriminalomsorgen av 1997. Her pålegges fengslene å gjøre klorin eller kloramin tilgjengelig for de innsatte. Etter Helsedirektoratets vurdering gir imidlertid denne ordningen ikke en fullgod beskyttelse mot blodoverført smitte.»

Resultatet etter høringen ble at det ikke iverksettes ordninger for å gjøre rent injeksjonsutstyr tilgjengelig i fengsler. Departementet viste i en utta-

⁷ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/hoeringer/hoeringsdok/2009/tilgjengelighet-i-norske-fengsler-til-st.html?id=562773>

⁸ <http://www.regjeringen.no/pages/2194496/Anbefalinger%20fra%20Helsedirektoratet.pdf>

⁹ <http://www.regjeringen.no/pages/2194496/Rapport%20fra%20Helsedirektoratet.pdf>

¹⁰ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/hoeringer/hoeringsdok/2009/tilgjengelighet-i-norske-fengsler-til-st/hoeringsbrev.html?id=562777>

lelse¹¹ publisert på departementets nettsider 28. juli 2010, til at noen høringsinstanser uttalte at det ikke er dokumentert behov for endring av dagens praksis da det er registrert meget få smittetilfeller av hiv og hepatitt B i fengsler.

Det heter videre i departementets uttalelse at det også er lagt vekt på hensynet til fengselsansattes sikkerhet, målet om narkotikafrie fengsler og forbudet mot bruk av narkotika, herunder frykt for at utdeling av sprøyter vil undergrave det viktige arbeidet fengselshelsetjenesten gjør for å motivere til rusfrihet.

Utvalget ser at det er kan trekkes fram flere argumenter mot å gjøre sprøyter tilgjengelig i fengsel. Det vises til en rekke høringsuttalelser¹² under høringen i 2009, herunder fra Nasjonalt folkehelseinstitutt¹³ og Sentralt hovedverneombud i kriminalomsorgen¹⁴.

Utvalget kan imidlertid ikke se annet enn at flere av disse argumentene også må gjøre seg gjeldende med hensyn til ordningen med å gjøre tilgjengelig desinfeksjonsmidler til rensing av sprøyter. Dette må i hvert fall gjelde argumentene knyttet til målet om narkotikafrie fengsler og at det strider mot forbudet mot bruk av narkotika og reglene i straffegjennomføringsloven (lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv.) om at straffen skal gjennomføres på en måte som blant annet motvirker nye straffbare handlinger.

Utvalget legger vekt på at rensing av injeksjonsutstyr med de aktuelle desinfeksjonsmidlene ikke anses som et like godt tilbud som sprøytebytte med tanke på smittevern. Effekten og fravær av bivirkninger avhenger av at desinfisering skjer på foreskrevne måte, noe som kan by på utfordringer, ikke minst i fengsel, jf. rapporten¹⁵ som ble sendt på høring i 2009.

Det het i Helsedirektoratets brev¹⁶ ved oversendelse av rapporten til departementet blant annet:

«Internasjonale erfaringer fra en rekke europeiske land som har gitt innsatte tilgang til ste-

rile sprøyter og spisser tilsier at tiltaket hindrer blodsmitteoverføring i fengselet uten at det har ført til økt bruk av rusmidler hos rusavhengige, økte disiplinærproblemer eller til at sprøyter og spisser har vært benyttet som våpen.»

Utvalget viser her også til *Evidence for action technical papers – Interventions to address HIV in prisons – Needle and syringe programmes and decontamination strategies*¹⁷ utgitt av UNODC, WHO og UNAIDS i 2007 i serien *Evidence for action technical papers of Effectiveness of Interventions to address HIV in prisons*. Her redegjøres for innsamlet kunnskap/dokumentasjon om effekten av blant annet å gi innsatte tilgang til henholdsvis desinfeksjonsmidler for rensing av sprøyter, og rene sprøyter og annet injeksjonsutstyr. Det konkluderes med at tilgang til rene sprøyter medfører færre tilfeller av sprøytedeling og at dette synes å redusere smitteoverføring i fengsler. Samtidig påpekes i dokumentet at det ikke er funnet at tilgangen til sprøyter har alvorlige negative konsekvenser som økt narkotikabruk eller bruk av sprøyter som våpen. Videre fremheves at tilgang til desinfeksjonsmidler heller ikke utgjør noe sikkerhetsproblem, men at denne metoden ikke er dokumentert tilstrekkelig effektiv verken i eller utenfor fengsler.

På denne bakgrunn anbefaler UNODC, WHO og UNAIDS at innsatte gis tilgang til rent injeksjonsutstyr, og uttales at desinfeksjonsmidler er et mindre effektivt alternativ som bare bør velges dersom myndighetene motsetter seg sprøyteprogram som gir tilgang til rent injeksjonsutstyr. De samme organene har også avgitt flere andre dokumenter med anbefalinger og retningslinjer vedrørende forebygging av hiv og andre infeksjoner i fengsler. Se punkt 8.3.9.

Retten til helse, som er nedfelt i flere menneskerettskonvensjoner, herunder ØSK art. 12, se punkt 8.2.8, gjelder innsatte i fengsler på linje med andre borgere. Denne retten omfatter også retten til forebyggende tiltak mot smittsomme sykdommer. Det legges til grunn at innsatte beholder alle menneskerettigheter som ikke fratras dem som en direkte følge av frihetsberøvelsen. I henhold til FNs grunnleggende prinsipper for behandling av fanger¹⁸ skal innsatte ha tilgang til landets helse-

¹¹ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/aktuelt/nyheter/2010/nei-til-utdeling-av-sproyter-i-fengslene.html?id=611770>

¹² <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/hoeringer/hoeringsdok/2009/tilgjengelighet-i-norske-fengsler-til-st/hoeringsuttalelser.html?id=562774>

¹³ http://www.regjeringen.no/pages/2194495/Nasjonalt_folkehelseinstitutt.pdf

¹⁴ <http://www.regjeringen.no/pages/2194495/Sentralt%20hovedverneombud%20i%20kriminalomsorgen.pdf>

¹⁵ <http://www.regjeringen.no/pages/2194496/Rapport%20fra%20Helsedirektoratet.pdf>

¹⁶ <http://www.regjeringen.no/pages/2194496/Anbefalinger%20fra%20Helsedirektoratet.pdf>

¹⁷ http://whqlibdoc.who.int/publications/2007/9789241595810_eng.pdf

¹⁸ FNs hovedforsamling, A/RES/45/111, 68th plenary meeting, 14 December 1990, <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r111.htm>

tenester uten å bli diskriminert (prinsipp 9). WHO ga i 1993 ut *Guidelines on HIV infection and AIDS in prisons*¹⁹. Vedrørende helsetjenester og forebygging av smitteoverføring, understrekes det i retningslinjene at alle innsatte har rett til helsehjelp, herunder forebyggende tiltak, tilsvarende det som er tilgjengelig for den alminnelige befolkningen. Det uttales at «in countries where clean syringes and needles are made available to injecting drug users in the community, consideration should be given to providing clean injection equipment during detention and on release».

Et samlet utvalg finner på denne bakgrunn at det også i fengsler bør sørges for smittevern og skadereduserende tiltak i tilknytning til rusmiddelbruk, og da (også) i form av tilgang til rent injeksjonsutstyr, på samme måte som i samfunnet for øvrig. Utvalget legger til grunn at dette smittevernmessig og helsemessig er en bedre løsning enn desinfisering av gammelt injeksjonsutstyr. Det er en kjensgjerning at det ulovlig bringes injeksjonsutstyr inn i fengsler.

I tillegg til forebygging av smitte som følge av sprøytedeling, vil en ordning som gir tilgang til nye sprøyter i fengselet, redusere faren for andre infeksjoner og skader som følge av at innsatte injiserer stoff med gammelt eller selvlaget injeksjonsutstyr som er lite egnet.

Utvalget vil derfor foreslå overfor Helse- og omsorgsdepartementet og Justis- og beredskapsdepartementet at det innføres en ordning som gir innsatte tilgang til sterilt injeksjonsutstyr.

Hvilke former en sprøyteordning i fengsler bør ha, må vurderes nærmere av de berørte myndighetene. Mulige løsninger er skissert i rapporten som var på høring i 2009, og i sitt oversendelsesbrev anbefaler Helsedirektoratet blant annet:

- Nåværende ordning med klordesinfeksjon for å sikre sterile sprøyter og spisser til innsatte i norske fengsler erstattes av en ordning som minst omfatter innbytte av brukte sprøyter og spisser. Pasienter som ikke er i besittelse av brukte sprøyter og spisser får på anmodning også tildelt slikt utstyr.
- Ordningen gjennomføres av helsepersonell og etableres gjennom nye faglige retningslinjer.
- I ordningen distribueres bare sprøyter som ikke kan gjenbrukes (selvdestruerende sprøyter). Distribusjonen kombineres med en effektiv avfallsordning.
- For å sikre tilgang til sterile sprøyter og spisser når helsepersonell ikke er til stede, kan distribusjonen organiseres som en pollettordning

for bruk i diskrete men lett tilgjengelige sprøyteautomater, men denne løsningen bør ikke følges opp nå, men vurderes på nytt når det er gjort erfaringer med utdeling fra helsepersonell.

Utvalget har ikke ytterligere kommentarer til disse konkrete forslagene. Uansett bør det iverksettes et prøveprosjekt i ett eller flere fengsler for å vurdere om et slikt effektivt smitteverntiltak medfører ulemper for gjennomføringen av fengselsstraffen. Erfaringene fra utlandet er gode og tilsier at frykten for ulemper er overdrevet fra kriminalomsorgens side.

Det bør i den veilederen utvalget anbefaler utarbeidet på smittevernfeltet, jf. blant annet punkt 11.3.3, gis retningslinjer for gjennomføringen av slike ordninger dersom det åpnes for at innsatte gis tilgang til sterilt injeksjonsutstyr.

Utvalget har for øvrig merket seg at Sentralt hovedverneombud i kriminalomsorgen²⁰, som i hovedsak argumenterer mot en ordning for utdeling av sprøyter, avslutningsvis i sin høringsuttalelse uttaler:

«Vernetjenesten foreslår at man som et alternativ vurderer å etablere sprøyterom i fengslene. Det vil gi et regime hvor innsatte med helsefaglig tilsyn kan sette sine narkotikadoser. Dette ville sikre kravene til hygiene ved injeksjon, sikkerhet ved avfallshåndtering av brukerutstyr, gi anledning til gode samtaler om rusproblematikk og ivareta innsatte akuttmedisinsk ved eventuelle overdoser.»

11.3.7 Smittevernhjelp til asylsøkere og personer fra høyendemiske områder med opphold i Norge

Utvalget er bredt sammensatt. Personer fra en rekke yrkesgrupper med relevant kompetanse på sine områder, ble oppnevnt som medlemmer, i tillegg til en person som lever med hiv og en person med bakgrunn fra en interesseorganisasjon. Utvalget har imidlertid ingen medlemmer med innvandrerbakgrunn eller som representerer etniske minoriteter i Norge.

Utvalget har innhentet informasjon om innvandrere og smittsomme sykdommer på andre måter. Se punkt 2.4 om hvem som har holdt innlegg etc. for utvalget.

¹⁹ http://www.who.int/hiv/idu/WHO-Guidel-Prisons_en.pdf

²⁰ <http://www.regjeringen.no/pages/2194495/Sentralt%20hovedverneombud%20i%20kriminalomsorgen.pdf>

En betydelig andel av de hivpositive i Norge er utlendinger som er smittet før ankomst til Norge, jf. punkt 9.2. Det forekommer også smitte fra utlendinger i Norge til andre både i innvandrer-miljøer og i den øvrige befolkningen. Flere av straffesakene etter straffeloven 1902 § 155 gjelder slike tilfeller, jf. punkt 5.2.2.17.

Hivforebyggingsarbeid og andre smitteverntiltak overfor innvandrere synes på denne bakgrunn å være av stor viktighet. Utvalgets bemerkninger i dette punktet er i hovedsak knyttet til hiv, selv om en del av de tiltakene som det pekes på, for eksempel generelt informasjonsarbeid, også bør omfatte andre sykdommer som overføres seksuelt, for eksempel hepatitt B og hepatitt C.

Deler av dette punktet omhandler spesielt asylsøkere fordi de er knyttet til institusjoner som asylmottak. Andre deler gjelder mer generelt utlendinger som kommer til Norge med tanke på opphold av noe varighet, blant annet også personer som allerede har flyktningsstatus, og personer som har fått innvilget oppholdstillatelse for familiegjenforening. Litt upresist bruker utvalget ofte ordene «asylsøkere og andre innvandrere» eller bare «innvandrere» når det siktes til en større krets personer som kommer til Norge. Noen bemerkninger vil være relevante for utlendinger uavhengig av nasjonalitet, botid i Norge, opprinnelsesland, oppholdsgrunnlag etc. Noen tiltak vil være særlig viktige overfor nyankomne, spesielt fra høyendemiske områder med hensyn til visse allmennfarlige infeksjonssykdommer. En del av tiltakene vil være mindre aktuelle for eksempel for personer fra EØS-land som kommer for å arbeide i Norge.

På et utvalgsmøte i mars 2012 møtte to sosialkonsulenter ved Aksept (Senter for alle som er berørt av hiv) utvalget for en dialog om oppfatninger om og holdninger til smittefare og smittevern i innvandrer miljøer. Utvalget fikk det inntrykk at mange innvandrere har bekymringer knyttet til oppholdstillatelse, ønske om barn og andre forhold som kan overskygge sykdom og smittefare. I tillegg er det en betydelig andel hivpositive utlendinger som ikke får eller oppfatter tilstrekkelig informasjon om sykdommen, behandlingen, smittefaren etc. Mange antar dessuten at spørsmålet om oppholdstillatelse vil påvirkes av en hivdiagnose. Stigmatiseringen av hiv oppleves sterkt i innvandrer miljøene. Enslige innvandrerkvinner med oppholdstillatelse beskriver dessuten press fra menn som ønsker å stifte familie for å få oppholdstillatelse i Norge, noe som kan være en vanskelig situasjon å håndtere. Dette gjelder i særlig grad for hivpositive kvinner med utfordringer

knyttet til om/når hun skal informere om hivstatus, også med tanke på at mannen vil kunne bruke trussel om politianmeldelse som et pressmiddel dersom de har hatt seksuell omgang. Det ble foreslått at kunnskap om hiv og andre smittsomme sykdommer, smitteverntiltak mv. formidles på asylmottak og inngår i introduksjonskurs for innvandrere.

På samme utvalgsmøte holdt en lege fra spesialisthelsetjenesten innlegg om temaet smittevernveiledning til hivpositive med innvandrerbakgrunn og framla tanker om mulige tiltak. Også flere andre som har holdt innlegg for utvalget, har i noen grad belyst utfordringer knyttet til utlendinger og smittsomme sykdommer, herunder to representanter fra Nasjonalt folkehelseinstitutt (Folkehelseinstituttet). Utvalget har senere vært i kontakt med den ene med tanke på smittevernarbeid og tiltak rettet mot asylsøkere og andre innvandrere.

Utvalget har også gjort seg kjent med relevant skriftlig materiale.

I *Aksept og mestring – Nasjonal hivstrategi (2009–2014)* nevnes flere strategiske grep rettet mot innvandrere i tillegg til mer generelle tiltak og tiltak rettet mot andre grupper. Utvalget er kjent med at hivarbeid overfor flyktninger, asylsøkere og andre innvandrere har vært tema i oppfølgingen av hivstrategien, og at flere etater er involvert i dette.²¹ Hivarbeid overfor immigranter var også blant temaene som ble tatt opp på *Midtveiskonferansen for den nasjonale hivstrategien*²² i april 2012. I Helsedirektoratets statusrapport for gjennomføringen av hivstrategien (2012) fremkommer opplysninger om igangsatte tiltak mv. Se også rapporten²³ fra *Midtveiskonferansen for den nasjonale hivstrategien* i april 2012, hvor tiltak rettet mot asylsøkere og innvandrere omtales (s. 13–15).

Av andre skriftlige kilder kan det blant annet vises til Sosial- og helsedirektoratets rapport IS-1584 *Idédugnad for utvikling av strategier på området seksuell helse overfor afrikanere i Norge – 25. og 26. februar 2008* og *Pre-study report – HIV/AIDS among Africans in Norway – A study project aimed at exploring perceptions, knowledge and interpreta-*

²¹ Referat fra 2. koordineringsgruppemøte for gjennomføring av Aksept og mestring, nasjonal hivstrategi (2009–2014). Helsedirektoratet, fra møte 29. november 2010.

²² Se <http://helsedirektoratet.no/Om/kurs-konferanser/Sider/midtveiskonferanse-om-regjeringens-nasjonale-hivstrategi.aspx>

²³ Forankring og framdrift – Midtveis i den nasjonale hivstrategien «Aksept og mestring 2009–2012» – Rapport fra felts vurderinger, Arbeidsforskningsinstituttet, 2012.

*tions which Africans who live in Norway have about HIV/AIDS prevention, intervention, and sexual behaviour change (July – December 2007)*²⁴ skrevet av John David Kisuule Alao, ved Medisinsk fakultet ved Universitetet i Oslo.

Utvalget er videre kjent med at Norsk institutt for by- og regionforskning (NIBR) med midler fra Helsedirektoratet tildelt i henhold til den nasjonale hivstrategien, gjennomfører et prosjekt vedrørende tilrettelegging av hiv/aidsiltak overfor etniske minoriteter. Utvalget har fått opplyst at prosjektet går over to år og at prosjektrapporten vil bli utarbeidet høsten 2012.

Utvalget ser at hivforebygging og annet smittevernarbeid blant innvandrere av flere grunner innebærer særlige utfordringer. Utvalget er kjent med at det allerede gjøres noe arbeid på feltet. Utvalget har likevel fra flere hold fått det inntrykk at det kan være på sin plass med forbedringer eller økt satsing på området, herunder større grad av oppfølging og gjennomføring av foreslåtte eller vedtatte tiltak. Berørte myndigheter synes å være kjent med dette, men utvalget vil likevel påpeke visse forhold og nevne noen forslag, som utvalget mener vil styrke dette arbeidet.

Utvalget har – som lovutvalg – ikke identifisert behov for lovendringer. Smittevernloven § 6-1 gir «enhver» rett til smittevernhjelp, jf. punkt 4.3.7 og 11.3.3 om innholdet i dette begrepet, som må forstås vidt. Retten til smittevernhjelp omfatter også asylsøkere og andre innvandrere, jf. punkt 4.3.2.2 og 4.3.7 om smittevernloven samt punkt 6.5 om folketrygdloven. Det synes imidlertid å være rom for, og behov for, bedre praktisering av loven for å gjøre smittevernarbeidet rettet mot asylsøkere og andre innvandrere mer effektivt.

Utvalget vil peke på enkelte mulige tiltak for å bedre tidlig diagnostisering og annen smittevernhjelp, informasjon og veiledning mv. blant innvandrere. Flere av tiltakene har vært foreslått tidligere, og noen er delvis iverksatt, men utvalget finner likevel grunn til å trekke dem fram som eksempler på hva som kan gjøres eller forbedres for å styrke forebyggingsarbeidet i innvandrer-miljøer og oppfølgingen blant hivpositive innvandrere.

Informasjon og kommunikasjon er ett område hvor det naturlig nok kreves særskilt innsats, jf. nedenfor.

Det er også utfordringer knyttet til det å identifisere eller diagnostisere hivpositive asylsøkere

og andre innvandrere ved ankomst til Norge og å følge dem opp.

Utvalget legger til grunn at tidlig diagnostisering av hiv er viktig, både av hensyn til den enkelte person med tanke på oppfølging og behandling, men også med tanke på å redusere faren for at vedkommende smitter andre.

Helsedirektoratets veileder IS-1022 (2010) *Helsetjenestetilbudet til asylsøkere, flyktninger og familiegjenforente* inneholder blant annet oversikt over lovpålagte og anbefalte helseundersøkelser (punkt 1.3). Det er kun tuberkuloseundersøkelse som er pålagt under visse omstendigheter, jf. forskrift 13. februar 2009 nr. 205 om tuberkulosekontroll og punkt 4.3.4. I alle de tre kategoriene «Transittmottak», «Ordinært mottak» og «Overføringsflyktninger og familiegjenforente direkte til kommuner» er det angitt «Frivillig hivtest tilbys». Se for øvrig veilederens punkt 3.3.3 og 3.4.

Se også NOU 2011: 10 *I velferdsstatens ventrom* kapittel 25 om asylsøkere og helsetjenester.²⁵

Asylsøkere oppholder seg vanligvis først i transittmottak en periode før de flytter til ordinært asylmottak for senere å bosettes i kommuner over hele landet.

Det synes å være ulik praksis med hensyn til om, når og hvordan asylsøkere og andre innvandrere tilbys hivtest. Utvalget har forstått det slik at det ikke rutinemessig tilbys hivtest til alle nyankomne asylsøkere i transittmottak, og kanskje heller ikke i ordinære asylmottak. Det er blitt opplyst at det i første rekke er gravide, personer som opplyser at de er hivpositive, og personer med medisinsk indikasjon på hivinfeksjon som testes i transittmottak, og at det også forekommer at asylsøkere som selv uttrykker ønske om hivtest på annet grunnlag, blir avvist.

Flytting flere ganger mellom – og kortvarig opphold i – ulike asylmottak kan føre til at testing og andre smitteverntiltak av ulike grunner utsettes. Det samme kan skje ved lengre opphold som i utgangspunktet er av ukjent varighet. I noen fagmiljøer synes det også å råde en oppfatning om at det er bedre å vente med hivtesting til asylsøkerne har kommet til ordinært mottak eller eventuelt er bosatt i en kommune.

Utvalget ser at det kan være problemer med å gjennomføre hivundersøkelse og andre relevante helseundersøkelser på et tidlig stadium og å gi den nødvendige oppfølgingen etter undersøkelsen, blant annet fordi mange ulike aktører i helsetjenesten er involvert over en relativt kort

²⁴ Utvalget kjenner ikke til noen publisert oppfølging av forstudien.

²⁵ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2011/nou-2011-10/26.html?id=645620>

periode på grunn av flytting m.m. I tillegg vil mange innvandrere, og kanskje særlig asylsøkere, ha en rekke andre usikkerhetsmomenter og problemer i livet som kan overskygge forhold som sykdom og informasjon om smittevern, særlig dersom sykdommen (for tiden) er uten symptomer.

Utvalget er likevel av den oppfatning at asylsøkere og andre innvandrere tidligst mulig etter ankomst til Norge bør tilbys hivtest, også om det ikke foreligger særlige tegn på hivinfeksjon eller andre omstendigheter som graviditet hvor det er særlig viktig med rask avklaring av smittestatus. Utvalget mener det bør gis tilbud om test på alle asylmottak (både transittmottak og ordinære mottak). Asylsøkerne bør få informasjon om at et eventuelt positiv prøveresultat ikke vil ha negativ innvirkning på avgjørelsen om asyl eller opphold på humanitært grunnlag, så de ikke avstår fra testing av slike grunner. Hivtesting bør ikke gjøres obligatorisk eller tvungen. Utvalget mener imidlertid at alle nyankomne bør få informasjon og tilbud om test, og at man bør teste alle som ikke reserverer seg («opt out»). I alle fall bør hivtest ikke avslås når noen ber om det. Også utlendinger med flyktningstatus som bosettes i kommune uten opphold i asylmottak, og andre nyankomne innvandrere, for eksempel de som er innvilget oppholdstillatelse for familiegjening, bør tilbys helseundersøkelse og hivtest.

I tillegg til testing er det viktig med informasjon og smittevernveiledning generelt, ikke bare til dem som tester positivt, herunder informasjon om seksuelt overførbare infeksjoner og smitteverntiltak, blant annet kondombruk. Overfor dem som er smittet, er det viktig med god informasjon om sykdommen, behandling, smittefare og smitteverntiltak m.m. Veiledning og kommunikasjon med utenlandske pasienter kan by på særskilte utfordringer på grunn av språk, andre oppfatninger om sykdom, smitte og behandling samt manglende kjennskap til norske forhold hva gjelder helsetjeneste, helsepersonells taushetsplikt, betydningen av hivdiagnose i forbindelse med søknad om asyl eller oppholdstillatelse m.m.

Det er viktig at det benyttes profesjonell tolk om nødvendig, og at ikke familiemedlemmer eller andre ikke-profesjonelle personer fra samme etniske miljø brukes til tolking, blant annet av hensyn til konfidensialitet.

Erfaring tilsier dessuten at smittevernveiledning bør gjentas overfor en smittet person. Også blant etniske nordmenn uten kommunikasjonsproblemer, kan det ta tid før slik informasjon oppfattes og bearbeides av den enkelte i den vanske-

lige situasjon det er å ha blitt diagnostisert som hivpositiv. For utlendinger kan dette vanskeligjøres ytterligere av språkproblemer og andre forhold betinget av den enkeltes bakgrunn. Samtidig vil ofte andre bekymringer kunne ta fokus bort fra smittevern.

Helsedirektoratet har en del brosjyremateriell om hiv, herunder enkle brosjyrer beregnet for analfabeter. Folkehelseinstituttet har hivinformasjonsmateriell på 14 språk på sine nettsider, og utvalget har fått opplyst at det vurderes å gjennomføre oppdatering av materialet. Utvalget har videre fått opplyst at en ny, enkel publikumsbrosjyre om hiv, særlig beregnet for innvandrere, er under utarbeidelse og trolig vil foreligge høsten 2012. Samtidig er et omfattende brukerhefte om hvordan leve med hivinfeksjon under oppdatering. Utvalget legger til grunn at det er av vesentlig betydning i forebyggingsarbeidet å ha tilgjengelig og oppdatert informasjonsmateriell spesielt for innvandrere om det å være hivpositiv i Norge, herunder om sykdommen, behandling, smittefare og smittevern, helsepersonells taushetsplikt m.m. Brosjyren(e) bør foreligge på mange språk og være kvalitetssikret både faglig, pedagogisk og språklig. Det bør overveies å utarbeide ulike brosjyrer beregnet for kvinner og menn, og også i andre sammenhenger bør informasjon, veiledning mv. tilpasses kjønn, kunnskapsnivå og kulturbakgrunn, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-5.

Innvandrere bør få generell informasjon om hiv og andre seksuelt overførbare infeksjoner, smitteverntiltak og helsepersonells rolle, ikke bare i forbindelse med helsehjelp til den enkelte eller gjennom brosjyrer, men også i andre sammenhenger, for eksempel på asylmottak og under introduksjonsprogram for nyankomne utlendinger i henhold til introduksjonsloven (lov 4. juli 2003 nr. 80 om introduksjonsordning og norskopplæring for nyankomne innvandrere).

Sykepleiere ved asylmottak i hele landet bør få jevnlig god opplæring og oppdatering med hensyn til hiv og andre aktuelle smittsomme sykdommer, herunder om testing, smittevernveiledning, behandlingsmuligheter mv. Opplæring kan for eksempel legges til Utlendingsdirektoratets kurs og samlinger for mottaksansatte i tillegg til deltakelse på Folkehelseinstituttets smitteverndager og andre kurs og seminarer med relevante temaer. Utvalget er kjent med at dette allerede finner sted i noen grad, men vil understreke viktigheten av slik opplæring. Med relativt stor utskifting av helsepersonell vil det være et kontinuerlig opplæringsbehov i tillegg til behov for oppfriskning og oppdatering for dem som allerede har gjennomgått opplæring.

Det er viktig at også helsepersonell i den ordinære helsetjenesten i kommunene er oppmerksomme på behovet for, og har den nødvendige kompetanse til, å følge opp asylsøkere og andre innvandrere som kommer til kommunen, og at det settes av tilstrekkelig ressurser til dette arbeidet. En del av disse personene kan ha omfattende behov hva gjelder helse- og omsorgstjenester, men det er også viktig å tilby hivtest uavhengig av symptomer i og med hivinfeksjon kan være tilnærmet asymptomatisk i lang tid.

Smittevern hjelp er et meget vidt begrep, jf. punkt 11.3.3 og 4.3.7.

For å følge opp hivpositive innvandrere bør det vurderes å oppnevne koordinatorene for hiv, eventuelt slik at dagens tuberkulosekoordinatorer, jf. forskrift om tuberkulosekontroll §§ 4-3 og 4-4, tillegges oppgaven med også å koordinere hivarbeidet. Utvalget er kjent med at et slikt forslag har vært fremmet tidligere, blant annet av Folkehelseinstituttet, men at det ikke er blitt realisert. Utvalget mener forslaget bør vurderes på nytt. Koordinatorene vil kunne sørge for at oppfølging skjer hva enten hivpasienten oppholder seg i mottak eller bor i ordinær bolig, og også når vedkommende flytter fra en kommune til en annen. Koordinatoren vil også kunne koordinere arbeidet mellom de ulike nivåer i helsetjenesten. Det bør sikres at utlendingene kan identifiseres entydig slik at identifikasjonsproblemer ikke hindrer eller forsinker arbeidet.

Utvalget vil oppfordre departementet og andre berørte til å vurdere de nevnte tiltakene nærmere og sikre oppfølging på feltet samt eventuelt bevilge nødvendige midler.

Den veilederen utvalget anbefaler utarbeidet på smittevernfeltet, jf. punkt 11.3.3 til 11.3.6, bør også inneholde retningslinjer for smittevern hjelp på asylmottak og overfor asylsøkere og andre innvandrere, særlig personer fra områder med stor forekomst av aktuelle smittsomme sykdommer, i tråd med det som er sagt ovenfor.

11.4 Straffeprosessloven – undersøkelse av mistenktes smittestatus

Selv om hovedtemaet for utvalgets arbeid er spørsmålet om straff for smitteoverføring og smittefare, faller det også inn under utvalgets mandat å se på annen relevant lovgivning.

Smittefare oppstår ofte i forbindelse med frivillig samhandling mellom to mennesker, typisk seksuell omgang. Det er imidlertid ikke all seksuell omgang som skjer frivillig. Utvalget har stor for-

ståelse for at fornærmede i saker om seksuallovbrudd ønsker en raskest mulig avklaring av om de i tillegg har blitt utsatt for konkret smittefare. Fornærmede har ved selve overgrepet blitt utsatt for en stor påkjønning, og særlig i en slik sårbar situasjon vil det være en ekstra belastning å måtte vente lenge på slik avklaring.

Muligheten for undersøkelse av mistenktes smittestatus i forbindelse med seksuallovbrudd er tatt opp i brev av 6. desember 2011 fra en gruppe fagpersoner ansatt i Oslo kommune i forbindelse med utvalgets høring. I brevet gjengis følgende innspill fra overgrepsmottaket, Oslo legevakt:

«Ved overgrep/mistenkte overgrep blir det tatt en rekke prøver av fornærmede mht seksuelt overførte infeksjoner (SOI). Gjerningsmenn (mistenkte) blir imidlertid ikke rutinemessig testet for SOI. Det bør innføres hjemmel i lovverket for slik testing, om nødvendig uten at samtykke foreligger. Frykt for overføring av SOI og spesielt HIV er en betydelig tilleggsbelastning for fornærmede. En tidligst mulig avklaring av mistenktes status vil være gunstig for ofrene, både psykisk og med tanke på forebyggende behandling mht smitte.»

I høringsuttalelse 2. februar 2012 fra Uni Helse, Nasjonalt kompetansesenter for legevaktmedisin, er temaet utdypet noe.

Selv om undersøkelse av mistenktes smittestatus ikke vil gi svar på om fornærmede er blitt smittet, vil det gi en indikasjon på om fornærmede ble utsatt for konkret smittefare ved overgrepet. Testing av gjerningspersonen vil i mange tilfeller gi mulighet for en avklaring av om fornærmede har blitt utsatt for smittefare, før det vil foreligge resultat av undersøkelsene av fornærmede selv. For eksempel vil antistoffer mot hiv vanligvis ikke kunne påvises før etter noen uker eller måneder etter smitteoverføringen. Dersom mistenktes prøveresultat er negativt, vil det være en lettelse for fornærmede, selv om det ikke gir et helt sikkert svar på om det forelå smittefare, med tanke på at mistenkte kunne være smittet kort tid før overgrepet. Videre vil prøvesvaret være av betydning i vurderingen av om posteksposisjonsprofylakse bør iverksettes hos fornærmede. Slik profylakse bør iverksettes så raskt som mulig etter den smittefarlige situasjonen, og senest innen 72 timer. Behandling kan ha betydelige bivirkninger. Tidlig avklaring av mistenktes smittestatus vil kunne føre til at man unngår å iverksette unødvendig behandling eller eventuelt raskt kan avslutte påbegynt behandling.

Det bemerkes at en annen mulighet for å finne ut av om mistenkte lider av en seksuelt overførbart infeksjon, kan være å innhente opplysninger fra helsepersonell. Dette vil imidlertid ofte være vanskelig eller lite tjenlig, særlig dersom det ikke er kjent hvilken lege eller helseinstitusjon som kan ha relevante opplysninger. Det er ikke gitt at mistenkte har blitt testet, og eventuelle tester kan ligge noe tilbake i tid og ikke gi de ønskede opplysninger om smittestatus nærmest mulig gjerningstidspunktet. Videre vil helsepersonellet måtte vurdere om det er hjemmel for å gi opplysninger som i utgangspunktet er undergitt taushetsplikt, jf. blant annet smittevernloven § 2-2 andre ledd bokstav d og e. En prosess med innhenting av opplysninger fra helsepersonell vil kunne ta tid, og i mange tilfeller antagelig ikke føre til avklaring av mistenktes aktuelle smittestatus.

Utvalget mener det er rimelig at fornærmede som er blitt utsatt for et seksuelt overgrep som kan innebære smittefare, får mulighet til en raskest mulig avklaring av om det seksuelle overgrepet også har innebåret en konkret smittefare. I dette øyemed må det etter utvalgets syn om nødvendig også kunne tas blodprøve av den som med skjellig grunn mistenkes for overgrepet, uten dennes samtykke.

Det er i punkt 6.1 kort gjort rede for relevante bestemmelser i straffeprosessloven, herunder § 157 om kroppslig undersøkelse av mistenkte. Når det er skjellig grunn til mistanke om en handling som kan medføre frihetsstraff, og det antas å være av betydning for opplysningen av saken og ikke fremstår som et uforholdsmessig inngrep, kan det tas blodprøve og foretas andre undersøkelser av mistenkte. Forutsetningen er at undersøkelsen kan skje uten fare eller betydelig smerte.

Kravet om skjellig grunn til mistanke som vilkår for kroppslig undersøkelse etter § 157, vil ved seksuallovbrudd relatere seg til det seksuelle overgrepet. Utvalget legger til grunn at det ikke behøver å foreligge skjellig grunn til mistanke om at mistenkte lider av en smittsom sykdom, selv om det er dette forholdet undersøkelsen skal klar gjøre. Ved overtredelse av straffeloven 1902 § 155 om smitteoverføring/smittefare, vil det stille seg annerledes i og med at smitten der omfattes av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Et eksempel på avgjørelse om kroppslig undersøkelse i en slik sak er Moss forhørsretts kjennelse 10. juni 1987, RG 1988 s. 288, hvor mistenkte hadde gitt motstridende opplysninger om sin smittestatus.

I tillegg til kravet om skjellig grunn til mistanke, kreves etter straffeprosessloven § 157 at den kroppslige undersøkelsen «antas å være av betydning for opplysningen av saken».

Utvalget legger til grunn at dette ikke bare knytter seg til skyldspørsmålet, men også kan være oppfylt dersom resultatet av undersøkelsen vil ha betydning for subsumsjon eller straffutmåling. Se Svein Slettan: *HIV-testing og taushetsplikt i straffesaker* (Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 10/1993) s. 71–72.

Ved seksuallovbrudd vil smitteoverføring/-fare være strafferettslig relevant for subsumsjon og straffutmåling. Dersom en seksuelt overførbart sykdom er overført, kommer de skjerpede strafferammene i straffeloven 1902 §§ 192, 195 og 196 om voldtekt og seksuell omgang med barn under henholdsvis 14 og 16 år til anvendelse. Se også straffeloven 2005 § 293 om grov voldtekt, § 301 om grov voldtekt av barn under 14 år og § 303 om grov seksuell omgang mv. med barn mellom 14 og 16 år, hvoretter overføring av seksuelt overførbart sykdom er ett av de momenter det særlig skal legges vekt på i vurderingen av om handlingen skal regnes som grov, slik at de forhøyede strafferammene kommer til anvendelse. Om smitte ikke ble overført til fornærmede, kan et positivt testresultat hos gjerningsmannen likevel ha betydning for straffutmålingen etter de ordinære strafferammer fordi fornærmede ble utsatt for smittefare. Det kan også være aktuelt å ta ut tiltale for overtredelse av straffeloven 1902 § 155 i konkurrans med seksuallovbruddet, slik man har eksempler på i rettspraksis, jf. bl.a. Rt. 1992 s. 1076. Tilsvarende vil gjelde straffeloven 2005 § 237.

Kriteriet «antas å være av betydning for opplysningen av saken» reiser imidlertid også spørsmål om det kreves konkrete holdepunkter for at den mistenkte var smittefarlig, for å si at den kroppslige undersøkelsen antas å være av betydning for saken, eller om det er tilstrekkelig at den aktuelle typen straffbar handlingen i seg selv generelt sett innebærer en smitterisiko, slik seksuallovbrudd i form av ubeskyttet seksuell omgang gjør.

Bjerke, Keiserud og Sæther legger i kommentarutgaven til straffeprosessloven²⁶ s. 565 til grunn at det kreves objektive, konkrete holdepunkter for at undersøkelsen kan sies å ha betydning for sakens opplysning, men at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt. Svein Slettan legger til grunn at det kreves konkrete holdepunkter, om

²⁶ Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud, Knut Erik Sæther: *Straffeprosessloven, Kommentarutgave*, 4. utg., 2011.

enn av atskillig mindre styrke enn «skjellig grunn», jf. *HIV-testing og taushetsplikt i straffesaker* s. 74–76.

Videre synes begrunnelsen for en begjæring om kroppslig undersøkelse å ha betydning. Slettan (s. 69–70) henviser til en sak fra 1988 som gjaldt en politimann som var blitt bitt av en innsatt som hadde avveket fra Oslo kretsfengsel. Det gikk rykter om at den innsatte var hivpositiv, og det ble i politiets begjæring om kroppslig undersøkelse til forhørsretten vist til den psykiske påkjenningen det ville være for fornærmede og hans familie å vente på resultatet av undersøkelsene av om fornærmede var smittet. Ifølge Slettan avsa forhørsretten kjennelse²⁷ for at blodprøve kunne tas uten mistenktes samtykke og la vesentlig vekt på fornærmede ønske om rask avklaring. Lagmannsretten²⁸ kom til motsatt resultat idet det ble vist til at ønsket om avklaring var forståelig, men at det ikke var av direkte betydning for opplysningen av straffesaken mot siktede.

Utvalget har ikke funnet uttalelser i forarbeidene som klargjør spørsmålet om hva som skal til for å si at det antas at undersøkelsen er av betydning i saken. Utvalget er heller ikke kjent med nyere rettspraksis verken med hensyn til seksuallovbrudd eller andre typer lovbrudd, som kaster lys over gjeldende rett med hensyn til de aktuelle spørsmål.

Det antas at hvilken betydning resultatet har for sakens opplysning, også vil kunne være en faktor i vurderingen av om kroppslig undersøkelse vil være et uforholdsmessig inngrep overfor den mistenkte, se Slettan s. 73–74.

Utvalget har vært i kontakt med politiet og påtalemyndigheten om forståelsen og praktiseringen av straffeprosessloven § 157. Det foreligger ikke rundskriv eller retningslinjer for politi/påtalemyndighet med hensyn til når det er aktuelt med kroppslig undersøkelse av mistenkte med hjemmel i straffeprosessloven § 157. I praksis foretas ikke rutinemessig undersøkelse av mistenktes smittestatus i forbindelse med politiets etterforskning av seksuallovbrudd. Undersøkelse foretas i første rekke dersom det er opplysninger i saken som gir særlig grunn til å undersøke smittestatus. Også initiativ fra fornærmede selv eller bistandsadvokat kan etter omstendighetene ha betydning for om testing utføres. Det synes i noe utstrekning å foretas tilsvarende undersøkelser i forbindelse med etterforskning i saker etter straf-

feloven § 127 i tilfeller hvor polititjenestemenn er blitt utsatt for bitt eller spyting.

Ut fra det ovenstående finner utvalget det tvilsomt om kravene etter straffeprosessloven § 157 etter gjeldende rett åpner for undersøkelse av mistenktes smittestatus ved seksuallovbrudd enten rutinemessig eller begrunnet i et ønske fra fornærmede. Det kan synes som det kreves konkrete holdepunkter for at den mistenkte er smitteførende med en seksuelt overførbart infeksjon, noe som ofte ikke vil foreligge.

Dersom fornærmede kjenner gjerningspersonen og har konkret mistanke om at han er smitteførende, eller mistenkte har ytret noe som tyder på dette, vil det klart være holdepunkter for kroppslig undersøkelse. Et eksempel på dette er nevnte sak fra Moss forhørsrett²⁹, hvor mistenkte hadde gitt motstridende opplysninger om sin smittestatus, se også punkt 6.1.

I andre tilfelle vil det trolig sjelden foreligge konkrete holdepunkter for å anta at mistenkte er smitteførende, men det kan for eksempel være spørsmål om det er tilstrekkelig at vedkommende er fra et land med stor forekomst av hiv, jf. Slettan s. 75–76.

Riksadvokaten har i brev av 15. juni 2012 til utvalget sluttet seg til den vurdering at det er tvilsomt om straffeprosessloven gir hjemmel for rutinemessig undersøkelse av mistenktes smittestatus eller slik undersøkelse etter begjæring fra fornærmede, i forbindelse med etterforskning av seksuallovbrudd, og uttalt at det er ønskelig med lovgivers avklaring av spørsmålet.

Utvalget bemerker at man i Sverige har en egen lov (lag (1988:1473) om undersökning beträffande vissa smittsamma sjukdomar i brottmål) som gir hjemmel for undersøkelse av mistenkte med tanke på «hivinfektion och annan allvarlig blodsmitta» som kan overføres til fornærmede ved seksuallovbrudd. Fornærmede kan begjære at den som med skjellig grunn mistenkes for overgrepet, undersøkes, uten at det kreves særskilte holdepunkter for at det forelå smittefare. Ved andre typer lovbrudd kan undersøkelse foretas på begjæring fra fornærmede hvis særskilte omstendigheter tilsier at slik smitte kan ha blitt overført ved lovbruddet.

På denne bakgrunn foreslår utvalget at det tilføyes en ny bestemmelse i straffeprosessloven om adgang til undersøkelse for å avklare mistenktes smittestatus ved seksuallovbrudd, se utvalgets utkast til ny § 157a i punkt 14.2. En slik bestemmelse vil kunne bidra til styrke fornærmedes stil-

²⁷ Oslo forhørsretts kjennelse 7. januar 1988.

²⁸ Eidsivating lagmannsretts kjennelse 14. januar 1988.

²⁹ Moss forhørsretts kjennelse 10. juni 1987, RG 1988 s. 288.

ling ved seksuallovbrudd. Tanken om en slik hjemmel ble nevnt av Slettan s. 87–89, men utvalget er ikke kjent med at spørsmålet har vært vurdert nærmere.

Etter utvalgets utkast til straffeprosessloven § 157a kan kroppslig undersøkelse av den mistenkte foretas uten at det kreves konkrete holdepunkter for å tro at mistenkte er smitteførende, når det foreligger skjellig grunn til mistanke om et seksuallovbrudd og undersøkelsen ikke fremstår som et uforholdsmessig inngrep. Hensikten er da å avklare om fornærmede er blitt utsatt for konkret fare for å bli smittet av en seksuelt overførbart infeksjon.

Utvalget har vurdert om det bør være et vilkår for undersøkelse etter utkastet til § 157a at fornærmede, eller representant for denne, fremsetter begjæring om slik undersøkelse, men legger til grunn at påtalemyndigheten bør sørge for slik undersøkelse av eget tiltak. Prøvetakingen av mistenkte bør skje snarest mulig, slik at et krav om en formell begjæring vil kunne forsinke prosessen. Og særlig i den første tiden etter overgrepet er det neppe grunn til å besvære den fornærmede med spørsmål om det er ønskelig med slik undersøkelse. Utvalget antar at de fleste fornærmede vil ønske en slik avklaring, jf. også nevnte innspill i forbindelse med utvalgets høring. Resultatet av prøveanalysen bør meddeles fornærmede så snart det foreligger, gjennom bistandsadvokat eller helsepersonell, som kan vurdere nærmere når og hvordan opplysningene bør formidles. Ved positivt prøveresultat bør fornærmede få nødvendig veiledning fra helsepersonell om betydning av dette i tillegg til eventuell forebyggende behandling. Dersom fornærmede uttrykker ønske om ikke å få vite resultatet av prøve av mistenkte, bør dette respekteres hva enten prøve allerede er tatt eller ikke. Dersom et slikt standpunkt kommer til uttrykk før prøve er tatt, vil det neppe være grunnlag for å ta prøve etter utkastet til § 157a, men dersom påtalemyndigheten mener mistenktes smittestatus er av betydning for straffesaken, vil undersøkelse eventuelt kunne foretas med hjemmel i § 157.

Undersøkelsen bør av flere grunner foretas snarest mulig. Dette vil gi fornærmede raskest mulig avklaring av om det forelå konkret smittefare, og vil dessuten minimere sannsynligheten for at smittestatus har endret seg i tidsrommet mellom den straffbare handlingen og prøvetakingen. Videre vil et raskt svar kunne være av betydning for om det skal iverksettes posteksposisjonsprofylakse, eller eventuelt om igangsatt profylakse skal avsluttes eller fortsettes. Utvalget fore-

slår derfor at påtalemyndigheten gis hjemmel for å beslutte prøvetaking uten rettens kjennelse, også når mistenkte ikke samtykker.

Utvalgets utkast til § 157a omfatter saker hvor det foreligger skjellig grunn til mistanke om seksuallovbrudd i form av seksuell omgang, jf. straffeloven 2005 kapittel 26. Det vil i første rekke være samleie (vaginalt, analt eller oralt) som innebærer smittefare.

Utkastet omfatter ikke saker etter straffeloven 2005 § 237. Vilkårene for undersøkelse etter straffeprosessloven § 157 vil regelmessig foreligge i slike saker, samtidig som fornærmedes situasjon er en annen enn ved seksuallovbrudd. Utvalgets utkast til § 157a omfatter heller ikke andre typer lovbrudd hvor det kan ha oppstått smittefare, for eksempel biting, men det vil i slike tilfeller eventuelt kunne foretas undersøkelse med hjemmel i § 157 dersom vilkårene er oppfylt.

I tillegg til de nevnte kravene, må det foretas en vurdering av om inngrepet fremstår som uforholdsmessig, jf. utkastet til § 157a første ledd første punktum i.f. Etter utvalgets syn skal det relativt mye til for å anse at en blodprøve er et uforholdsmessig inngrep når vedkommende med skjellig grunn mistenkes for en seksualforbrytelse og undersøkelsen samtidig kan bidra til en vesentlig raskere avklaring av om fornærmede ble utsatt for smittefare ved overgrepet. Dette er ofte svært krenkende lovbrudd som medfører langvarige lidelser for fornærmede, og hvor usikkerheten om smittefare kan utgjøre en betydelig tilleggsbelastning. Utvalget mener det bør legges vekt på dette i avveiningen av om undersøkelsen er å anse som uforholdsmessig overfor mistenkte, selv om det i utgangspunktet skal sterke grunner til for å undergi individer, også mistenkte i straffesaker, tvungen undersøkelse, jf. EMK art. 8.

Se utvalgets lovutkast i punkt 14.2 og de spesielle merknadene til lovutkastet i punkt 13.2.

I *Handlingsplan mot voldtekt 2012–2014*, utarbeidet av Justis- og beredskapsdepartementet i samarbeid med tre andre departementer, heter det under tiltak nr. 23 (s. 27) at departementet i samarbeid med Politidirektoratet og Riksadvokaten vil bidra til at det etableres rutiner i politidistriktene som sikrer at initialfasen blir ivaretatt når man får kunnskap om at en voldtekt har funnet sted. Det heter at dette vil omfatte åstedsundersøkelse, samarbeid med overgrepsmottaket, avhør av fornærmede, vitneavhør, avhør av siktet, sikring av tekniske spor som video, teledata m.m. Dersom det vedtas en ny § 157a som foreslått av utvalget, vil det etter utvalgets syn være naturlig

at også praktiseringen av denne omfattes av slike rutiner. Se også tiltak nr. 34 (s. 32) hvoretter Kripos i samarbeid med Nasjonalt kompetansesenter for legevaktmedisin skal utarbeide rutiner for fast kontakt og samhandling mellom politiet og overgrepsmottakene i voldtektssaker.

Inntil en ny § 157a eventuelt er vedtatt og satt i kraft, bør man etter utvalget syn benytte straffeprosessloven § 157 for å klarlegge mistenktes smittestatus i den utstrekning bestemmelsen gir hjemmel for det, for å styrke offerets stilling ved seksuallovbrudd.

11.5 Bioteknologiloven – assistert befruktning

Når personer med alvorlige, kroniske smittsomme sykdommer som kan overføres seksuelt, ønsker å få barn, oppstår spørsmålet om muligheten for assistert befruktning for å redusere eller helt unngå smittefare.

Bioteknologiloven er omtalt i punkt 6.10, og da særlig lovens regler om assistert befruktning. Som det fremgår, tolker departementet lovens krav om befruktningsudyktighet slik at det ikke omfatter tilfeller der partene er frarådet å ha ubeskyttet seksuell omgang på grunn av smittefare, typisk der den ene av partene er hivpositiv.

Bioteknologinemnda (et flertall på 17 av 21) foreslo i 2005 at bioteknologiloven endres slik at det kan tilbys sædvask og inseminasjon til par der mannen er hivpositiv. Under henvisning til at barnet kan bli smittet eller skadet av legemidlene som anvendes for å hindre hivsmitte, konkluderte et annet flertall (13 av 21) i nemnda med at det ikke burde åpnes for assistert befruktning når det er kvinnen som er hivpositiv. Nemnda viser til dette i sitt «Innspill til evalueringen av bioteknologiloven – desember 2011»³⁰ og påpeker videre at en tilsvarende problemstilling gjelder par der en av partene er smittet av hepatitt C. Det heter at personer som er smittet med hepatitt C og har viruset til stede i blodet, blir nektet assistert befruktning av hensyn til smittefare for andre pasienter (og til en viss grad personalet). Nemnda viser til at fagmiljøet har foreslått at man i likhet med naboland etablerer et nasjonalt senter for par med hiv/hepatitt C (og eventuelt hepatitt B) som har egne lokaler beregnet på å håndtere smitteførende pasienter, og anbefaler at dette spørsmålet tas opp til vurdering i forbindelse med eva-

lueringen av bioteknologiloven. Se nærmere i punkt 6.10.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har etter henvendelse fra HivNorge tatt opp med departementet spørsmålet om assistert befruktning til hivpositive som er medisinsk befruktningsudyktige. Departementet har i sakens anledning uttalt at bioteknologiloven i seg ikke er til hinder for at det foretas assistert befruktning i slike tilfeller. Departementet viste til at hivinfeksjon er et forhold som vil inngå i vurderingen av paret etter lovens § 2-6, og til forskrift 7. mars 2008 nr. 222 om krav til kvalitet og sikkerhet ved håndtering av humane celler og vev § 21 med merknader. Saken er stilt i bero i påvente av evalueringen av bioteknologiloven. Denne kommer tidligst til å forelegges Stortinget våren 2013.

De medisinske aspektene ved svangerskap og assistert befruktning der enten kvinnen eller mannen er hivpositiv, er omtalt i vedlegg 1.

Ved naturlig befruktning vil det være smittefare for den hivnegative parten hva enten det er mannen eller kvinnen som er hivpositiv. Smittefare for mannen vil helt bortfalle dersom det foretas inseminasjon. Dersom det er mannen som er hivpositiv, vil smittefaren bortfalle for kvinnen dersom det foretas sædvask og inseminasjon. Det vil da heller ikke være smittefare for barnet som eventuelt unnfanges. Inseminasjon og eventuelt sædvask kan om nødvendig kombineres med in vitro fertilisering dersom paret er medisinsk befruktningsudyktig.

Dersom det er kvinnen som er hivpositiv, kan barnet bli smittet av moren under svangerskapet, under fødselen eller ved amming. Smitterisikoen er stor (ca. 30 %) dersom mor og barn ikke er under behandling med hivlegemidler. Med optimal behandling av mor og barn og uten amming, er smittefaren under 1–2 %. Enkelte legemidler kan ha bivirkninger for barnet, men en rekke aktuelle hivmedikamenter anses som ganske sikre i svangerskapet. Det vises til vedlegg 1.

I Danmark tilbys assistert befruktning til par hvor den ene eller begge partene er hivpositiv, og uavhengig av om ønsket om assistert befruktning skyldes smittefaren eller at paret er medisinsk befruktningsudyktig. Utvalget er kjent med at enkelte norske par har mottatt behandling i Danmark eller Storbritannia på egen bekostning.

Utvalget er videre kjent med at hivpositive i Norge i noen tilfeller får barn uten assistert befruktning, med den smittefare det innebærer for den hivnegative parten, og eventuelt videre smitte til barnet dersom kvinnen blir smittet. Hivbehandling av mor og barn vil redusere smitte-

³⁰ http://www.bion.no/filarkiv/2011/12/bioteknologiloven_evaluering_Bioteknologinemnda.pdf

fare for barnet på samme måte som nevnt ovenfor, forutsatt at svangerskapet følges etter gjeldende retningslinjer.

Strafferettslig sett vil problemet med smittefare mellom kvinnen og mannen bortfalle når straffeloven 2005 trer i kraft, ettersom det etter § 237 kan samtykkes med straffriende virkning for den smitteførende part i ekteskap og samboerskap, jf. punkt 5.3.7. Se også utvalgets forslag til endret straffebestemmelse og samtykkeregulering, jf. punkt 11.2.2.8 og lovutkastet § 237 andre ledd. Smittevern hensyn tilsier at det likevel bør tilbys assistert befruktning for å unngå smittefare, i stedet for at par der den ene er hivpositiv, gjennomfører ubeskyttet samleie i befruktningsøyemed.

Smittefare for partneren bortfaller ved inseminasjon, noe som er ønskelig ut fra smittevern hensyn. Dette gjelder som nevnt også om det er mannen som er hivpositiv, under forutsetning av at det foretas sædvask. Det vil da uansett ikke være tale om overtredelse av straffebud om smitteoverføring eller smittefare.

I og med at departementet har avvist en utvidende tolkning av bioteknologilovens begrep befruktningsudyktig til også å omfatte tilfeller der partene frarådes ubeskyttet samleie på grunn av smittefare, finner utvalget at det bør foretas en endring i bioteknologiloven som åpner for assistert befruktning i slike tilfeller.

Det kan etter utvalgets syn ikke være noen grunn til å opprettholde et lovforbud mot assistert befruktning når det er mannen som er hivpositiv, i og med at det etter sædvask heller ikke vil være noen smittefare for barnet (via moren) eller bivirkninger for barnet som følge av behandlingen.

Dersom det er kvinnen som er hivpositiv, gjenstår en viss smittefare for barnet selv ved optimal behandling. Utvalget foreslår likevel en kjønnsnøytral lovbestemmelse, det vil si en lovbestemmelse som åpner for assistert befruktning uavhengig av om det er mannen eller kvinnen som er smittebærende. Man kan ikke se bort fra medisinske fremskritt som vil redusere smittefare fra mor til barn ytterligere. Utvalget mener at det allerede i dag bør åpnes for assistert befruktning der det er kvinnen som er hivpositiv, når vilkårene for slik befruktning ellers er oppfylt. Det skal foretas en medisinsk og psykososial vurdering av par som ønsker assistert befruktning, hvor det legges vekt på barnets beste. Utvalget ser dilemmaet ved at det offentlige eventuelt bistår i en prosess som

utsetter barnet som unnfanges, for så vel smittefare som risiko for legemiddelbivirkninger. Dette også sett i sammenheng med straffereguleringen av det å overføre smitte eller utsette andre for smittefare. En smitterisiko i den størrelsesorden som er aktuell for barnet når det gjelder hivsmitte (under en til to prosent), er tilstrekkelig til at det foreligger smittefare i straffelovens forstand, jf. punkt 5.2.2.6. Fra et annet område innen bioteknologi kan det nevnes at i forbindelse med preimplantasjonsdiagnostikk (PGD) anses en risiko av denne størrelse som relativt stor når det gjelder fare for at barnet skal få sykdom eller skade.

Når det offentlige helsevesenet tilbyr en helse-tjeneste, vil det også bli ansvarlig for mulige konsekvenser av dette. Spørsmålet vil være hvor stort dette ansvaret er. I denne sammenhengen vil det å følge opp et smittet barn med nødvendig og hensiktsmessig behandling være en oppfølging av dette ansvaret. Et erstatningsrettslig ansvar vil ikke foreligge fordi det i norsk tradisjon ikke gis erstatning for «wrongful life», se Rt. 1999 s. 203³¹. De fleste barn er glade for å være født, og det antas å være få som i ettertid vil si «det ville være bedre for meg ikke å være født enn å være født med hiv». På den annen side vil et barn som blir født med en alvorlig sykdom, påføres en betydelig belastning eller redusert mulighet for livsutfoldelse, som de aller fleste ville være foruten, og som kan sies ikke å være til beste for barnet (prinsippet om en åpen framtid).

Sosial- og helsedirektoratet utarbeidet i 2006 utkast til rundskriv om medisinsk og psykososial vurdering av par som ønsker assistert befruktning.³² Hensynet til barnets omtales særskilt både hva gjelder psykososiale og medisinske forhold. I utkastet het det blant annet: «Følgende medisinske forhold hos kvinnen bør vurderes spesielt: [...] 2. medisinske forhold som kan medføre risiko for det ufødte barnet.» Det het også: «Alvorlig, kronisk sykdom hos en eller flere familiemedlemmer krever også spesiell vurdering av familiesituasjonen.»

Utkastet til retningslinjer baserte seg i stor grad på overveielser gjort av den britiske Human

³¹ Steriliseringsdommen som gjaldt spørsmålet om en kvinne som hadde gjennomgått et steriliseringsingrep, men som likevel fikk barn, kunne kreve erstatning for utgiftene til å oppfostre barnet. Høyesterett kom enstemmig til at hun ikke kunne kreve erstatning,

³² Sosial- og helsedirektoratets brev 1. februar 2006 til Helse- og omsorgsdepartementet med vedlegg (direktoratets ref. 05/5875).

Fertilisation and Embryology Authority³³ som skisserer fire ulike tilnæringer:

1. Prinsippet om barnets beste må vike for de prospektive foreldrenes autonomi, som alltid vil trumfe over tredje parts mulighet for å hindre et barn fra å bli født.
2. Når helsetjenesten er involvert i assistert befruktning, vil tredjepart ha et ansvar overfor det barnet som blir født. Selvbestemmelsens sterke posisjon gjør likevel at man skal være sikker på at barnet skal lide fysisk eller psykisk skade dersom det blir født, for å avslå assistert befruktning.
3. Når helsetjenesten er involvert i assistert befruktning, vil tredjepart ha et betydelig ansvar overfor det barnet som blir født. Par skal derfor ikke tilbys assistert befruktning med mindre de er trygge på at barnet som blir født, ikke vil lide.
4. Hensynet til barnets beste er det viktigste prinsippet for vurdering av assistert befruktning.

Mens HFEA la seg på alternativ 2, la Helsedirektoratets forslag til rundskriv seg på alternativ 3. Det het: «I vurderingen bør føre-var prinsippet være retningsgivende, og hensynet til barnet bør veie tungt.»

Det ligger i sakens natur at barnet selv ikke kan samtykke til å utsettes for smittefare. Andre vil heller ikke kunne samtykke på vegne av barnet med straffriende virkning. Som nevnt i punkt 11.2.2.5, mener imidlertid utvalget at det bør utvises meget stor tilbakeholdenhet med strafforfølgning på grunnlag av smitteoverføring eller smittefare mellom mor og barn i forbindelse med svangerskap og fødsel. Dette gjelder i særdeleshet der moren har gjort det som er mulig for å forebygge smitteoverføring, det vil si fulgt adekvat medisinsk behandling for seg selv og barnet. Utvalget har forståelse for at også personer med hiv ønsker egne barn, og ikke minst med dagens behandlingmuligheter som medfører at det er gode utsikter til et langt liv til tross for en hivdiagnose.

Dersom helsetjenesten kan bistå slik at unnfangelse, svangerskap og fødsel skjer på den mest ansvarlige måte både for begge foreldrene og barnet, vil det kunne redusere antall par som tar sjansen på naturlig unnfangelse til tross for smittefaren. Hvis kvinnen blir smittet, vil det også være fare for videre smitte til barnet som eventuelt unnfanges.

Dersom helsetjenesten ikke har adgang til å bistå med assistert befruktning for å fjerne eller redusere smittefare, kan det også tenkes at kvinnen i noen tilfeller vil være tilbakeholden med å søke adekvat helsehjelp etter en naturlig unnfangelse, særlig dersom hun er blitt frarådet svangerskap på grunn av smittefaren. Uten behandling vil smittefaren for barnet være langt større.

Assistert befruktning til par der den ene (eller begge) er hivpositiv, tilbys som nevnt i Danmark og flere andre europeiske land, og statistikk av et visst omfang har vist gode resultater med hensyn til å holde smitterisikoen nede. På grunn av kostnadene ved slik behandling i utlandet har ikke alle aktuelle par anledning til dette.

Utvalget er etter en samlet vurdering som nevnt kommet til at lovbestemmelsen bør gjøres kjønnsnøytral, men utvalget understreker at det må foretas en vurdering av om det er medisinsk forsvarlig å gjennomføre assistert befruktning i det enkelte tilfellet, og da også med tanke på konsekvensene for barnet.

Lovbestemmelsen bør etter utvalgets mening ikke være spesielt knyttet til hiv, men utformes slik at den også åpner for assistert befruktning ved andre sykdommer som smitter ved seksuell omgang. Ved sykdommer som kan kureres, bør det i praksis ikke være aktuelt med assistert befruktning ut fra smittehensyn, idet paret da kan utsette svangerskap til behandling er gjennomført. Det antas imidlertid at problemstillingen kan være aktuell i forbindelse med kroniske, alvorlige smittsomme sykdommer som visse former for hepatitt.

Selv om loven endres slik at det rettslig sett ikke er noe til hinder for assistert befruktning begrunnet i smittefare, forutsetter behandling at helsetjenesten har det nødvendige utstyr og den nødvendige kompetanse til å utføre behandlingen. Kravet til medisinsk forsvarlighet må være oppfylt. Dette gjelder på samme måte dersom paret i tillegg til smittefaren er medisinsk befruktningsudyktig.

Bioteknologinemnda har i forbindelse med evalueringen av bioteknologiloven anbefalt at det tas opp til vurdering å etablere et nasjonalt senter for par med hiv eller hepatitt C (og eventuelt hepatitt B) som har egne lokaler beregnet på å håndtere smitteførende pasienter, jf. punkt 6.10.

Videre må det på vanlig måte foretas en medisinsk og psykososial vurdering av paret etter bioteknologiloven § 2-6, og fattes en avgjørelse hvor det legges vekt på parets omsorgsevne og barnets beste. I denne vurderingen vil det at en av partene er hivpositiv, kunne være av betydning. Utvalget

³³ Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA): *Tomorrow's Children – Report of the policy review of welfare of the child assessments in licensed assisted conception clinics*, 2005.

understreker at det må foretas en nærmere vurdering av helsetilstand, livsutsikter mv. slik at det ikke automatisk gis avslag utelukkende av den grunn at den ene parten er hivpositiv. Tilsvarende må gjelde ved andre aktuelle sykdommer.

Som det også fremgår i punkt 14.3, foreslår utvalget et nytt andre ledd i bioteknologiloven § 2-3 med følgende ordlyd:

Inseminasjon kan også finne sted når mannen eller kvinnen er smitteførende med en alvorlig og kronisk seksuelt overførbar infeksjon.

Nåværende andre ledd blir tredje ledd.

Det kan vurderes om det i tillegg bør inntas et nytt ledd i § 2-13 *Behandling av sæd før befruktning* om at det kan foretas behandling av sæd før

befruktning for å redusere eller fjerne smittefare. En slik uttrykkelig presisering av at det er adgang til å foreta sædvask, er neppe nødvendig. Bestemmelsen i § 2-13 fastsetter foreløpig kun at behandling av sæd før befruktning for å påvirke valg av barnets kjønn, bare er tillatt dersom kvinnen er bærer av alvorlig arvelig kjønnsbundet sykdom. Annen behandling av sæd er ikke regulert. En presisering av adgangen til sædvask vil imidlertid fjerne eventuell tvil om lovforståelsen.

Utvalget forutsetter at departementet i forbindelse med gjennomgangen av bioteknologiloven også vil vurdere behovet for endringer i forskrift 7. mars 2008 nr. 222 om krav til kvalitet og sikkerhet ved håndtering av humane celler og vev, og merknadene til forskriften.

Se utvalgets spesielle merknader til lovutkastet i punkt 13.3.

Kapittel 12

Økonomiske og administrative konsekvenser

Utvalget kan ikke se at utvalgets forslag og anbefalinger vil ha vesentlige økonomiske eller administrative konsekvenser.

Utvalgets utkast til straffeloven 2005 § 237 om smitteoverføring (direkte eller indirekte) mellom mennesker og fare for slik smitteoverføring, jf. punkt 14.1 og 11.2.2, innebærer en viss av- og nedkriminalisering i forhold til gjeldende og vedtatte straffebestemmelser.

De endringene utvalget foreslår, innebærer at området for det straffbare klargjøres og snevres noe inn. De handlinger som rammes av utkastet, samsvarer langt på vei med det som i praksis har ført til domfellelse etter straffeloven 1902 § 155. Utvalget legger opp til noe mildere reaksjoner i form av bot og/eller betinget fengsel under visse omstendigheter, jf. punkt 11.2.2.9 og de spesielle merknadene til utkastet til § 237 i punkt 13.1.

Det er lite trolig at det blir noen vesentlig endring i antallet saker om etterforskes, irettettes og eventuelt fører til domfellelse. Det er uansett få tilfeller på dette området som straffefølges. Utvalget har neppe en fullstendig oversikt over straffefølgningen, men er kun kjent med et tyvetalls straffesaker de siste tiårene, jf. punkt 5.2.2.15 og 5.2.2.17. Endringene utvalget foreslår, kan etter dette ikke antas å få nevneverdige konsekvenser for arbeidsbelastningen hos politi, påtalemyndighet og domstoler eller medføre økte utgifter til soning av fengselsstraff.

De endringene utvalget foreslår, innebærer at rettstilstanden blir mer forutsigbar, noe som er en fordel, ikke minst for personer som er smittet av en sykdom som omfattes av straffebudet. I tillegg vil resultatet, etter lovutkastet, være straffefrihet når det er utvist forsvarlig opptreden ved iakttagelse av tilbørlige smitteverntiltak. Dette kan medføre redusert smittefare med tilhørende muligheter for reduserte behandlingsutgifter, se nedenfor.

En mer omfattende ned- eller avkriminalisering på feltet ville kunne føre til en viss innsparing av ressurser innen strafferettspleien, men ville på den annen side kunne føre til økte behandlings-

kostnader dersom resultatet ble flere tilfeller av smittefarlig atferd og smitteoverføring.

Utkastet til § 237 andre ledd innebærer at partene sammen må oppsøke helsepersonell for å få smittevernveiledning dersom den ikke-smittede vil avgi samtykke til å bli utsatt for smittefare med straffriende virkning. Uansett om en slik samtale skjer separat eller finner sted i forbindelse med annen konsultasjon, for eksempel rutinemessig kontroll av den smittede, vil ordningen medføre noe merarbeid for helsetjenesten. Antallet konsultasjoner vil imidlertid neppe bli så stort at det vil utgjøre et kapasitetsproblem eller bør ha budsjettmessige konsekvenser. I noen grad tilbys allerede smittevernveiledning til par der den ene er smittet.

Det vil bero på en tolkning av forskrift 28. juni 2012 nr. 698 om stønad til dekning av utgifter til undersøkelse og behandling hos lege § 3 nr. 7 om det skal betales egenandel for slik konsultasjon hos fastlege eller avtalespesialist, jf. folketrykkløven § 5-4. Tilsvarende gjelder forskrift 19. desember 2007 nr. 1761 om godtgjørelse av utgifter til helsehjelp som utføres poliklinisk ved statlige helseinstitusjoner og ved helseinstitusjoner som mottar driftstilskudd fra regionale helseforetak § 4 nr. 7.

Utvalget har som nevnt lagt vekt på at atferd som reduserer smitterisiko eller kan bidra til dette, herunder også det å motta smittevernveiledning, skal føre til straffrihet. Kostnadene forbundet med effektiv behandling av for eksempel hivinfeksjon er så store at dersom de foreslåtte lovendringene medfører en tilsiktet reduksjon av smittefarlig atferd, finner utvalget at innsparte behandlingsutgifter mer enn vil oppveie utgiftene til smitteforebygging. I tillegg vil det spare aktuelle personer for helseplager mv.

Utvalget vil videre understreke den samfunnsøkonomiske betydningen av godt forebyggende arbeid, jf. også punkt 11.3.3 til 11.3.7.

Utvalget foreslår et separat straffebud om smittespredning gjennom luft, vann, næringsmidler mv., jf. utkastet til straffeloven 2005 § 238 i

punkt 14.1, se også punkt 11.2.3 og de spesielle merknadene i punkt 13.1. Straffetrussel for denne type forhold er heller ikke ny, og de lovendringsene utvalget foreslår, vil i seg ikke medføre nevneverdige endringer i antallet saker av denne typen det kan være aktuelt å straffeforfølge.

Utvalget mener imidlertid, som nevnt i punkt 11.2.3, at det er viktig at det settes av ressurser til etterforskning mv. av slike saker, men antar at det er rom for prioritering av dette innenfor de ordinære rammene. Det er viktig med adekvate tiltak å forebygge spredning av alvorlige sykdommer gjennom mat, luft, vann mv., og utvalget mener at påtalemyndigheten må gi prioritet til å følge opp saker som har medført dødsfall eller alvorlige helseplager for en eller flere personer.

Dette arbeidet vil ofte skje i samarbeid med fagmyndigheter på helse- og matfeltet, som gjerne uansett vil være involvert i sakene gjennom tilsynsarbeid mv. For næringsdrivende vil overholdelse av eksisterende regelverk i og i medhold av folkehelse- og matloven bidra til å unngå overtredelser av utkastet til straffeloven 2005 § 238.

Utvalget foreslår ingen endringer i smittevernloven, men påpeker i punkt 11.3.3, jf. også punkt 11.3.4 og 11.3.7, viktigheten av forebyggende arbeid rettet både mot ikke-smittede og smittede. Det legges vekt på informasjon og at det ytes tilstrekkelig smittevernhjelp i vid forstand og dessuten at man følger opp smittede personer som ikke overholder den smittevernveiledningen de har fått. Dette vil i noen tilfeller kreve mer ressurser, men vil på den annen side forhåpentligvis føre til reduserte behandlingsutgifter.

Utvalget foreslår ikke innføring av nye plikter eller rettigheter på smittevernfeltet, men anbefaler en bedre og mer ensartet gjennomføring av det eksisterende regelverket. Utførelsen av dette arbeidet tilligger i første rekke helse- og omsorgstjenesten, men også helsemyndighetene. Utvalget antar at arbeidet kan gjøres innenfor de eksisterende rammene, og at det ikke kreves tilføring av ekstra midler verken i kommunal eller statlig sektor. Dette gjelder i hovedsak også arbeidet rettet mot asylsøkere og andre innvandrere, jf. punkt 11.3.7, selv om en utvidelse av tuberkulosekoordinatorenes rolle til også å koordinere hivarbeidet, vil medføre nye oppgaver for koordinatorene. Nasjonalt folkehelseinstitutt bør tilføres nødvendige ressurser for sammen med innvandringsmyndighetene å sikre en bedret gjennomføring av det aktuelle regelverket.

En styrking av seksualundervisning i grunnskolen, jf. punkt 11.3.3, vil kunne gjennomføres

uten nevneverdige ekstrakostnader, eventuelt med bistand fra helsetjenesten.

Utarbeidelse av en veileder med retningslinjer for smittevernarbeidet slik utvalget foreslår, jf. punkt 11.3.3 til 11.3.7, vil kreve noe arbeid fra helsemyndighetene.

Utvalget anbefaler at det innføres en ordning for utdeling av rent injeksjonsutstyr i fengsler, jf. utvalgets anbefaling i punkt 11.3.6. Tilgang til rent injeksjonsutstyr er å anse som smittevernhjelp, jf. smittevernloven § 6-1 og punkt 4.3.7. Da Helsedirektoratets anbefalinger og rapport om tilgjengelighet i norske fengsler til sterile sprøyter og spisser for injiserende rusmiddelavhengige, hvor det ble foreslått en slik ordning, ble sendt på høring, skrev Helse- og omsorgsdepartementet i høringsbrevet 19. mai 2009:

«Helsedirektoratets anbefalinger til departementet vil, dersom de gjennomføres, kreve utvidet samarbeid mellom Kriminalomsorgen og helsetjenesten i fengslene, og utarbeidelse av nytt regelverk og rutiner, kompetanseheving, forskning, og evaluering. Kommunehelsetjenesten i kommuner med ansvar for organisering av fengselshelsetjeneste vil få ekstrautgifter til sprøyter og spisser, nødvendige helsepersonellressurser og kompetanseøkning hos fengselshelsetjenestepersonell.»

Utvalget legger til grunn at dette kan gjøres innenfor de ordinære budsjetter eller at et eventuelt behov for tilføring av ressurser vil være relativt beskjedent.

Utvalgets forslag om en ny § 157a i straffeprosessloven som gir hjemmel for rutinemessig undersøkelse av mistenktes smittestatus i saker om visse seksuallovbrudd, tilsikter at det oftere vil bli utført slike undersøkelser, i hovedsak blodprøver. Dette vil medføre noe utgifter til prøvetaking og analysering, i tillegg til noe arbeid for politi og påtalemyndighet i forbindelse med beslutning og eventuell gjennomføring av undersøkelsen med tvang. Det legges til grunn at det er rom for dette innenfor de ordinære budsjetttrammene. Blodprøven vil i mange tilfelle trolig kunne tas samtidig med andre typer undersøkelser som foretas for å klarlegge eller sikre bevis med hensyn til om mistenkte er gjerningspersonen. I følge *Handlingsplan mot voldtekt 2012–2014* s. 9 registrerte politiet 1221 anmeldelser for voldtekt og voldtektsforsøk på landsbasis i 2011. Undersøkelse av mistenktes smittestatus vil i første rekke være aktuelt ved fullbyrdet voldtekt. Se punkt 11.4.

Forslaget til endringer i bioteknologiloven for å åpne for assistert befruktning for å redusere eller fjerne smittefare, jf. punkt 14.3 og 11.5, vil forutsetningsvis medføre at noen flere par vil motta assistert befruktning.

Utvalget legger til grunn at det offentlige vil dekke kostnadene ved assistert befruktning av smittevern hensyn på samme måte som ved assistert befruktning for øvrig. Pasientbetaling ved poliklinikk i forbindelse med assistert befruktning for inntil tre forsøk er kr. 1 500. I tillegg kommer eventuell egenbetaling på kr. 15 315 for legemidler som benyttes i forbindelse med behandlingen. Selv om behandlingen kan anses som en form for smittevernhjelp, må det antas at partene skal yte pasientbetaling på vanlig måte, så lenge det ikke er fastsatt at behandlingen skal være kostnadsfri, jf. smittevernloven § 6-2. Forskrift 19. desember 2007 nr. 1761 om godtgjørelse av utgifter til helsehjelp som utføres poliklinisk ved statlige helseinstitusjoner og ved helseinstitusjoner som mottar driftstilskudd fra regionale helseforetak § 4 nr. 7 gjelder «godkjente egenandeler», jf. forskriftens kapittel 2, punkt 2.1, og kommer ikke til anvendelse på den type pasientbetaling som er fastsatt for assistert befruktning, jf. punkt 2.2. Det er uansett tvilsomt om vilkårene i § 4 nr. 7 ville anses oppfylt.

Det er et begrenset antall personer med de aktuelle sykdommene, jf. punkt 9.2, og av disse igjen er det en ikke ubetydelig andel som uansett ikke vil fylle vilkårene for assistert befruktning. Etter bioteknologiloven § 2-2 kan assistert befruktning bare utføres på kvinne som er gift eller som er samboer i ekteskapsliknende forhold.

Inseminasjon og sædvask er relativt enkle og lite ressurskrevende behandlingsformer.

De økte kostnadene som følge av lovendringen antas derfor å kunne dekkes innen de ordinære økonomiske rammer. Det er da ikke tatt hensyn til eventuelle nødvendige investeringer i utstyr eller eventuell etablering av et særskilt sen-

ter for assistert befruktning for personer med smittsomme sykdommer, jf. punkt 11.5.

Utvalget kan ikke se at forslagene til lovendringer har likestillingsmessige konsekvenser verken hva gjelder likestilling mellom kjønnene eller likestilling for etniske minoriteter, men utvalget har i punkt 11.3.7 understreket viktigheten av forebyggende arbeid og andre tiltak særskilt rettet mot asylsøkere og andre innvandrere.

Utvalgets forslag til endring av bioteknologiloven for å åpne for assistert befruktning for å unngå eller redusere smittefare, punkt 11.5, vil også kunne bidra til å legge til rette for at smittede kan motta assistert befruktning i tilfeller hvor det allerede rettslig sett er adgang til det, under forutsetning av at det er medisinsk forsvarlig og det er tatt hensyn til «barnets beste». Det vises til punkt 6.10 om bioteknologiloven og Likestillings- og diskrimineringsombudets vurdering av mulig diskriminering på dette punktet. Dette vil kunne være et bidrag i arbeidet med å redusere diskriminering og stigmatisering, jf. også punkt 6.11 om diskriminerings- og tilgjengelighetsloven om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.

Utvalget kan ikke se at forslagene innebærer personvernmessige konsekvenser. Som det fremgår i punkt 11.3.5 anbefaler utvalget at det utarbeides retningslinjer for blant annet praktiseringen av helsepersonells taushetsplikt i visse typer situasjoner knyttet til smittevern. Utvalgets forslag om smittevernveiledning til smittede og deres partnere i forbindelse med eventuell avgivelse av straffriende samtykke til å utsettes for smittefare, jf. utkastet til § 237 andre ledd, vil innebære at opplysningene om smittestatus mv. skal nedtegnes i pasientjournal for begge parter. Opplysningene er underlagt helsepersonells taushetsplikt og regler for oppbevaring av pasientjournaler, og dokumentasjonen vil ikke bli lagret i sentrale registre.

Forholdet til menneskerettighetene er omtalt i kapittel 8.

Kapittel 13

Merknader til de enkelte bestemmelser i utvalgets lovutkast

13.1 Merknader til utkastet til endringer i straffeloven 2005

Se punkt 11.2.1 om utvalgets vurderinger av det grunnleggende spørsmål om det fortsatt bør være straffbart å overføre eller spre smitte og/eller utsette andre for smittefare, og valg av reguleringsmåte.

Bestemmelsene i lovutkastet §§ 237 og 238 bygger på straffeloven 2005 §§ 237 og 238 slik de ble vedtatt ved lov 19. juni 2009 nr. 74, men utgjør to separate straffebud, slik at utkastet til § 237 gjelder smitteoverføring direkte og indirekte mellom mennesker, mens utkastet til § 238 rammer smittespredning i større omfang gjennom luft, vann, mat m.m. Se punkt 11.2.2 og 11.2.3 for utvalgets vurderinger vedrørende henholdsvis smitteoverføring mellom mennesker og smittespredning via luft, vann, mat mv.

I tillegg til den endrede inndelingen i to straffebud med ulik gjerningsbeskrivelse, er det foreslått flere realitetsendringer. Dette gjelder i første rekke vilkårene for å dømme for det å utsette andre for smittefare, og rekkevidden og formkravene i samtykkebestemmelsen i utkastet til § 237, se henholdsvis første ledd andre punktum og andre ledd. Hvilke sykdommer som omfattes av straffebudet i utkastet til § 237, er angitt på en annen måte, som setter en høyere terskel for hvilke sykdommer som kan omfattes, jf. første ledd første punktum. Bestemmelsen i utkastet til § 237 tredje ledd om straffriende virkning av smitteverntiltak er ny, men er langt på vei en lovfesting av gjeldende rett knyttet til straffeloven 1902 § 155, som etter forarbeidene også skal gjelde etter straffeloven 2005 § 237. Det er en realitetsendring når skyldkravet i utkastet til § 237 begrenses til forsett og *grov* uaktsomhet, jf. fjerde ledd. I utkastet til § 238 om smittespredning opprettholdes skyldkrav i form av forsett eller (alminnelig) uaktsomhet, som i de vedtatte §§ 237 og 238.

I utkastet til § 237 er strafferammene de samme som i de vedtatte §§ 237 og 238, med unntak av den særlige strafferammen i den vedtatte

§ 238 på fengsel inntil tre år for grovt uaktsom grov overtredelse. I utvalgets utkast er bestemmelsene om grov smitteoverføring, med strafferamme på fengsel inntil seks år for både forsettlig og grovt uaktsom grov overtredelse, inntatt i utkastet til § 237 femte ledd i stedet for som en egen paragraf.

Strafferammen for smittespredning etter utkastet til § 238 er fengsel inntil 15 år for forsettlig overtredelse og fengsel inntil seks år for uaktsom overtredelse, og innebærer således en vesentlig skjerpning i forhold til de vedtatte §§ 237 og 238. Det foreslås ikke særskilte bestemmelser om grov overtredelse av dette straffebudet.

Utkastet til § 238 om smittespredning foreslås inntatt i oppregningen av straffebud som omfattes av bestemmelsene i straffeloven 2005 § 131 om terrorhandlinger, § 196 om avvergingsplikt og § 241 om forbund om visse lovbrudd etter kapittel 23 om vern av folkehelsen og det ytre miljø. Dette er også realitetsendringer.

Utvalgets utkast til lovtekst er tatt inn for merknadene til den enkelte bestemmelse. For samlet lovutkast, se kapittel 14.

§ 131 første ledd skal lyde:

En straffbar handling som nevnt i §§ 138 til 141, § 142 første ledd, §§ 143–144, 192, 238, 239, 240, 255, 257, 274, 275 og 355, anses som terrorhandling og straffes med fengsel inntil 21 år dersom den er begått med terrorhensikt som nevnt i annet ledd.

Til § 131:

Tilføyelsen innebærer at allmennfarlig smittespredning etter utkastet til § 238 anses som terrorhandling dersom det foreligger terrorhensikt. Dette gjelder etter omstendighetene også for grov terrorhandling, jf. straffeloven 2005 § 132.

§ 196 første ledd skal lyde:

Med bot eller fengsel inntil 1 år straffes den som unnlater gjennom anmeldelse eller på

annen måte å søke å avverge en straffbar handling eller følgene av den, på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen er eller vil bli begått. Avvergingsplikten gjelder straffbare handlinger som nevnt i

- a) §§ 111, 113, 115, 117, 119, 121, 123, 128, 129, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 192, 193, 194, 223, 238, 239, 255, 256, 259, 274, 275, 280, 283, 289, 291, 299, 312, 327, 329, 355 og 357,
- b) militær straffelov §§ 50, 52 eller 96, eller
- c) lov om forsvarshemmeligheter §§ 1, 2, 3 eller 4,

Til § 196:

Tilføyelsen innebærer at avvergingsplikten etter straffeloven 2005 § 196 omfatter utkastet til § 238 om allmennfarlig smittespredning.

§ 237 Smitteoverføring

Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som overfører en smittsom sykdom som medfører betydelig skade på kropp eller helse. På samme måte straffes den som utsetter flere personer for slik smittefare eller gjentatte ganger eller ved hensynsløs atferd utsetter en annen person for slik smittefare.

Straff etter første ledd kommer ikke til anvendelse ved smitte som overføres ved seksuell omgang, når den som er blitt smittet eller utsatt for slik smittefare, på forhånd har samtykket i nærvær av helsepersonell i forbindelse med smittevernveiledning.

Straff etter første ledd kommer heller ikke til anvendelse når forsvarlige smitteverntiltak er iaktatt.

Grovt uaktsom smitteoverføring straffes med bot eller fengsel inntil 1 år.

Grov smitteoverføring straffes med fengsel inntil 6 år. Ved avgjørelsen av om smitteoverføringen er grov, skal det særlig legges vekt på om smitten

- a) har ført til tap av liv,
- b) er overført til to eller flere personer, eller
- c) er overført ved atferd som er særlig hensynsløs.

Til § 237 Smitteoverføring:

Til første ledd:

Første punktum omfatter tilfeller der gjerningspersonen har *smittet* en annen person eller flere andre personer med en sykdom som angitt. Andre

punktum rammer under nærmere forutsetninger tilfeller der gjerningspersonen har utsatt en eller flere personer for *fare for å bli smittet* med slik sykdom, uten at vedkommende ble smittet. Straffebudet rammer altså to ulike situasjoner som kan oppstå som følge av samme type handling, for eksempel seksuell omgang. Partene vil gjennomgående ikke ha kontroll over om handlingen fører til at smitte overføres, selv om den ene eller begge partene kan ha kjennskap til faktorer som påvirker risikoens størrelse.

Se punkt 11.2.2 om utvalgets vurderinger knyttet til smitteoverføring mellom mennesker. For spørsmålet om bare smitteoverføring eller også det å utsette andre for smittefare skal omfattes av straffebudet, se særlig punkt 11.2.2.4.

Til første ledd første punktum:

Første ledd første punktum rammer den som *overfører* sykdom. For at første punktum skal komme til anvendelse, må derfor fornærmede være smittet, og det må bevises utenfor rimelig tvil at smitten er overført fra gjerningspersonen. Dersom handlingen har medført smittefare, men den fornærmede ikke ble smittet, kan andre punktum på visse vilkår komme til anvendelse, se nedenfor. Det samme gjelder dersom fornærmede er blitt smittet, men det ikke kan bevises at det er gjerningspersonen som har smittet fornærmede.

Det vil kunne være vanskelig å bevise at fornærmede er smittet av den mistenkte selv om det foretas rettsmedisinske undersøkelser og analyser av smittestoffene hos partene. Se vedlegg 1 om rettsmedisinske undersøkelser ved hivinfeksjon. Resultatet av rettsmedisinske analyser må uansett vurderes i sammenheng med bevismaterialet for øvrig.

Straffansvaret er ikke begrenset til særskilte smittemåter. Hvilke smittemåter som er aktuelle, varierer fra sykdom til sykdom. Noen sykdommer smitter på flere ulike måter, se punkt 9.2.

Smitteoverføring ved seksuell omgang rammes, og det er den smittemåten som i all hovedsak har ført til domfellelse etter straffeloven 1902 § 155.

Straffebudet kan også ramme smitte ved gjenbruk eller overlattelse av brukt injeksjonsutstyr. I praksis er det lite aktuelt med straffeforfølgning ved sprøytedeling blant rusmiddelbrukere, se også punkt 11.2.2.5, men det kan stille seg annerledes om det er helsepersonell som ved uforsvarlig praksis overfører smitte via injeksjonsutstyr i forbindelse med helsehjelp, noe som også vil kunne medføre reaksjoner etter helsepersonelloven, se punkt 6.3.

I teorien vil straffebudet i utkastet til § 237 også kunne ramme andre smittemåter direkte eller indirekte mellom personer, for eksempel smitte ved vanlig hudkontakt, via gjenstander eller ved hosting og nysing, se punkt 11.2.2.2, jf. punkt 9.2 om ulike smittemåter. I dagens situasjon i Norge vurderer utvalget det slik at straffebudet ikke bør ramme noen kjente sykdommer som smitter på disse måtene. Smittespredning til en ubestemt eller større krets av mennesker gjennom luft, vann, mat etc. vil derimot høre under det strengere straffebudet i utkastet til § 238. Det samme gjelder smitte gjennom overføring av blod og blodprodukter.

Ved smitte fra mor til barn i forbindelse med svangerskap, fødsel og amming bør man være ytterst tilbakeholden med straffeforfølgning. I utgangspunktet må det foreligge en svært klanderverdig opptreden fra mors side for å vurdere tiltale, jf. utvalgets vurderinger i punkt 11.2.2.5.

Likeledes bør det vises en viss tilbakeholdenhet med straffeforfølgning av sexarbeidere. Sexarbeidere vil som regel i egen interesse iakttas smitteverntiltak. Dette gjelder også om de allerede er bærer av en seksuelt overførbart sykdom. Det vil kunne være sexkjøperen som presser på for det ikke å bruke kondom eller lignende. Dette kan legge et utilbørlig press på sexselgeren, som derfor ikke bør straffes dersom dette er situasjonen. Det er få eller ingen eksempler i rettspraksis på straffeforfølgning av sexarbeidere. Dette kan blant annet skyldes at sexkjøperen har opptrådt i strid med straffeloven 1902 § 202a (sexkjøpsbestemmelsen) og neppe ønsker å anmelde et forhold som samtidig retter søkelyset mot egen lovstridig atferd. Se også punkt 11.2.2.5.

Det er ikke en forutsetning for straff at gjerningspersonen selv er smitteførende, selv om dette vil være det mest aktuelle. Straffebudet rammer også blant annet det å injisere blod med smittestoffer i en annen person, slik man har eksempel på i nederlandsk rettspraksis, og da uavhengig av hvem blodet stammer fra. Det samme gjelder helsepersonell som ved uforsvarlig praksis overfører smitte fra én pasient til en annen.

For at straff skal komme til anvendelse, må smitten gjelde en sykdom av alvorlig karakter. Avgrensningen av straffebudet følger ikke smittevernlovens begrep allmennfarlig smittsom sykdom, men er begrenset til *smittsom sykdom som medfører betydelig skade på kropp eller helse*.

I vurderingen av hvilke smittsomme sykdommer som omfattes, må det sees hen til den alminnelige tolkningen av begrepet «betydelig skade på kropp eller helse». Begrepet er i straffeloven 2005

§ 11 første ledd definert som «tap eller vesentlig svekkelse av en sans, et viktig organ eller en viktig kroppsdel, vesentlig vansirethet, livsfarlig eller langvarig sykdom, eller alvorlig psykisk skade». Betydelig skade er det etter § 11 andre ledd også når et foster dør eller skades som følge av en straffbar handling.

Alternativene «livsfarlig eller langvarig sykdom» vil være sentrale her, men også andre av alternativene vil etter omstendighetene kunne være aktuelle.

Bare smittsomme sykdommer av en slik karakter at de medfører konsekvenser som nevnt i § 11, vil rammes av straffebudet. Vurderingen må gjøres på generelt grunnlag, det vil si om den aktuelle sykdommen vanligvis arter seg slik at det må regnes som «betydelig skade på kropp eller helse». Det vil ikke være straffbart å overføre sykdommer som vanligvis ikke har et slikt forløp, selv om en person i et enkelttilfelle skulle bli påført slik skade som følge av sykdommen. For eksempel dersom en person med svært svekket immunforsvar dør av en smittsom sykdom som hos de fleste går over av seg selv eller kureres lett, vil det ikke rammes av dette straffebudet. Det bør være forutsigbart hvilke sykdommer som omfattes.

I vurderingen av om en sykdom omfattes, må det i noen grad sees hen til de eksisterende behandlingsmulighetene på den aktuelle tiden. Sykdommer som innebærer livsfare, omfattes imidlertid uansett om det finnes virksom behandling mot sykdommen, dersom sykdommen ubehandlet vil føre til døden. Andre konsekvenser, for eksempel infertilitet, vil kunne være å anse som «betydelig skade på kropp eller helse», men det må foretas en helhetsvurdering av om den aktuelle sykdommen omfattes av straffebudet, blant annet ut fra behandlingsmulighetene og hvor vanlig en slik følge er av sykdommen. Se også punkt 11.2.2.3.

Sykdommer som ikke går over etter et naturlig sykdomsforløp og heller ikke kan helbredes ved behandling, vil kunne rammes av straffebudet selv om de ikke er livsfarlige eller medfører «tap eller vesentlig svekkelse av en sans, et viktig organ eller en viktig kroppsdel». Slike kroniske sykdommer vil kunne omfattes selv om levetiden ikke forkortes eller sykdommen medfører vesentlige hindringer i livsførselen. I slike situasjoner må like fullt sykdommen oppfattes å resultere i «betydelig skade på kropp og helse». Dette krever at sykdommen fører til subjektive og/eller objektive plager.

Også sykdommer som kan kureres, kan omfattes dersom de er livsfarlige eller har et lang-

varig forløp. Det å lide av livsfarlig, kronisk eller annen langvarig sykdom vil, i tillegg til de fysiske belastningene, kunne medføre psykiske påkjenninger blant annet på grunn av usikkerheten om sykdommens forløp og effekten av behandlingen, viktigheten av å følge forskrevet legemiddelinntak til enhver tid, bevisstheten om faren for å smitte andre mv.

Hivinfeksjon og ulike former for hepatitt er blant de sykdommene som omfattes av utkastet til § 237, jf. punkt 11.2.2.3. Straffebudet vil i fremtiden også kunne ramme sykdommer som foreløpig ikke eksisterer eller ikke er kjent.

Straffeloven 2005 kapittel 26 om seksuallovbrudd har flere bestemmelser om at «seksuelt overførbart sykdom» alltid regnes som betydelig skade på kropp eller helse etter de aktuelle paragrafene. Dette gjelder blant annet § 293 om grov voldtekt hvorefter det at fornærmede som følge av handlingen dør eller får betydelig skade på kropp eller helse, er blant de omstendigheter det skal legges særlig vekt på i avgjørelsen av om voldtekten er grov. Tilsvarende gjelder etter §§ 301 og 303 om grove overtredelser av forbud mot seksuell omgang med mindreårige.

Etter § 237 skal derimot ikke enhver seksuelt overførbart infeksjon anses som betydelig skade på kropp eller helse, jf. punkt 11.2.2.3. Denne forskjellen har å gjøre med at graden av overgrep er høyst forskjellig etter de ulike bestemmelsene.

Skyldkravet etter første ledd er forsett, jf. straffeloven 2005 §§ 21 og 22. Se under fjerde ledd om grovt uaktsomme overtredelser. Se også punkt 11.2.2.6.

Etter første ledd første punktum må forsettet gjelde det at smitte overføres.

Den som handler i den hensikt å smitte, utviser klart forsett. Slik hensikt vil sjelden forekomme eller kunne bevises.

Også den som holder det for sikkert eller overveiende sannsynlig at handlingen vil medføre smitte, utviser forsett. Få sykdommer er så smittsomme at det vil være vanlig at gjerningspersonen handler med en slik oppfatning om smittefaren.

Eventuelt forsett (*dolus eventualis*) er den laveste grad av forsett i norsk rett, jf. den positive innvilgelsesteori. I relasjon til smitteoverføring (første punktum) må gjerningsmannen ha innsett muligheten for at smitte kunne bli overført og i sitt sinn ha bestemt seg for å handle selv om dette skulle være tilfellet.

Det vil være mer krevende å bevise at det foreligger forsett med hensyn til første punktum enn andre punktum, jf. nedenfor. Dersom det i en sak hvor smitte er overført, ikke kan bevises forsett til

smitteoverføring, vil gjerningspersonen kunne dømmes etter andre punktum dersom det foreligger forsett til det å utsette noen for smittefare, og de øvrige vilkårene etter andre punktum er til stede (smittefare gjentatte ganger eller hensynsløs atferd). Alternativt kan det dømmes for grovt uaktsom overtredelse dersom vilkårene for dette foreligger, jf. fjerde ledd.

I tilfeller hvor det anses bevist at gjerningspersonen har smittet fornærmede og har utvist subjektiv skyld i relasjon til smitteoverføring, kan det domfelles etter første ledd første punktum. Det er da uten betydning for spørsmålet om domfellelse hvor mange ganger eller på hvilken måte gjerningspersonen utsatte den som er blitt smittet (eller andre) for smittefare, i motsetning til etter andre punktum. For eksempel vil ett samleie som fører til smitteoverføring, være tilstrekkelig til domfellelse. Det vil etter omstendighetene kunne være aktuelt å domfelle etter både første og andre punktum dersom gjerningspersonen har utsatt flere personer for smittefare, men ikke alle er blitt smittet. I forhold til den enkelte fornærmede som er blitt smittet, vil smitteoverføring og andre eventuelle tilfeller av smittefare vanligvis anses som ett fortsatt forhold. Forholdene rundt smitteoverføringen vil for øvrig kunne få betydning for straffutmålingen, jf. nedenfor.

Medvirkning og forsøk rammes, jf. straffeloven 2005 §§ 15 og 16. Dette gjelder både første og andre punktum.

Det vil ikke være aktuelt å domfelle for forsøk på overtredelse av § 237 første ledd dersom den smittefarlige handlingen er fullbyrdet, men smitte ikke er (bevist) overført. Dette fordi smittefare er særskilt regulert i første ledd andre punktum. Det vil imidlertid kunne være tale om forsøk der gjerningspersonen har forsøkt å utføre en smittefarlig handling, men ikke har fullført handlingen, under forutsetning av at det er utvist forsett, jf. straffeloven 2005 § 16. Eksempel på dette finnes i rettspraksis etter straffeloven 1902 § 155, jf. punkt 5.2.2.9 og 5.2.2.17.

Dersom begge parter allerede på handlingstiden var smittet, bør man være svært tilbakeholdne med straffefølgning, særlig der begge parter var kjent med den andres smittestatus. Dette bør gjelde selv om det oppstår en superinfeksjon. Se nærmere under punkt 11.2.2.5.

Smitteoverføring er ikke straffbart hvis den som ble smittet, på forhånd hadde samtykket til å bli utsatt for smittefaren, og samtykket oppfyller de formkravene som er angitt i andre ledd. Samtykkeregelen er begrenset til å gjelde smitte(-fare) ved seksuell omgang.

Det er heller ikke straffbart dersom smitte er overført til tross for at forsvarlige smitteverntiltak var iaktatt, jf. tredje ledd.

Til første ledd andre punktum:

Andre punktum gjelder smittefare uten at smitte er blitt overført, se utvalgets vurderinger i punkt 11.2.2.4.

Andre punktum kan på visse vilkår komme til anvendelse dersom handlingen har medført smittefare, men de(n) fornærmede ikke ble smittet. Det samme gjelder dersom fornærmede er blitt smittet, men det ikke kan bevises at det er gjerningspersonen som har smittet fornærmede ved sin(e) smittefarlige handling(er). Se imidlertid punkt 11.2.2.5 om tilfeller der begge parter var smittet på handlingstidspunktet.

Se ovenfor under første ledd første punktum om hvilke sykdommer og smitemåter som omfattes. Disse vurderingene og avgrensningene gjelder tilsvarende for andre punktum.

Begrepet *smittefare* innebærer at handlingen må innebære en reell fare for overføring av smitte, men loven oppstiller ingen grense for smittefarens størrelse. Smitterisikoen varierer mellom ulike sykdommer. For enkelte sykdommer kan det også være store variasjoner avhengig av sykdommens stadium, om den smittede er under behandling, om behandlingen er vellykket, om det samtidig forekommer andre sykdommer hos en eller begge parter, omstendighetene ved den smittefarlige handlingen m.m. For så vidt gjelder hivinfeksjon, se vedlegg 1. I og med at straffebudet bare rammer sykdommer som vanligvis medfører betydelig skade på kropp eller helse, vil det være tale om alvorlige sykdommer. Selv en relativt liten smitterisiko vil da utgjøre smittefare i lovens forstand, jf. punkt 11.2.2.2 og Rt. 2006 s. 1246. Om betydningen av hivbehandling rettslig sett, se punkt 11.2.2.7.

Hypotetisk smitterisiko må det derimot sees bort fra, for eksempel fare for at hiv skulle overføres ved spyting, jf. vedlegg 1.

Om betydningen av reduksjon av smitterisikoen ved iverksettelse av smitteverntiltak, herunder «sikrere sex», se nedenfor om tredje ledd.

Som det følger av ordlyden i første ledd andre punktum, rammer ikke straffebudet et hvilket som helst tilfelle av det å utsette en annen for (reell) smittefare. Når smitte ikke er (bevist) overført, er straffansvaret begrenset til smittefare som enten gjelder «flere personer» eller som faller inn under ett av de to alternativene «gjentatte ganger» eller «ved hensynsløs atferd» når det bare er én person som er utsatt for smittefare.

Andre punktum omfatter således tre ulike situasjoner. For det første omfattes det å utsette to eller flere forskjellige personer for smittefare minst én gang hver (ved ulike anledninger). For det andre omfattes det å utsette én person for smittefare gjentatte ganger. For det tredje omfattes det å utsette en annen person (eller flere andre personer) for smittefare ved hensynsløs atferd.

Med *flere personer* siktes til to eller flere personer. Meningen er å ramme den som ved ulike tilfeller utsetter andre for smittefare. Dersom to eller flere personer i tillegg til den smittede er involvert samtidig, for eksempel i gruppesex, vil det i denne sammenheng ikke anses å oppfylle vilkåret «flere personer». Det siktes til smittefare ved flere ulike anledninger hvor gjerningspersonen i mellomtiden har hatt tid og mulighet til å overveie sine handlinger. Dersom den smittede opptrer hensynsløst, vil vedkommende imidlertid kunne straffes etter det alternativet, jf. nedenfor.

Hva som ligger i *gjentatte ganger* i utkastet til § 237 eksemplifiseres her i tilknytning til sykdom som smitter ved seksuell omgang. Et tilfelle som klart vil rammes av «gjentatte ganger», er det å utsette en person for smittefare jevnlig, for eksempel gjennom seksuelt samliv med ektefelle eller samboer. En rekke tilfeller av seksuell omgang mellom to personer over en kortere eller lengre periode vil rammes uavhengig av om partene regner seg som kjærester, faste partnere eller lignende.

Dersom det bare er tale om noen få samleier, vil man nærme seg den nedre grense for det straffbare, med mindre andre omstendigheter tilsier at det er tale om hensynsløs atferd, jf. nedenfor. Og særlig dersom det er gått lang tid mellom de enkelte tilfellene slik at det ikke fremstår som et mønster hos gjerningspersonen, bør påtalemyndigheten være tilbakeholden med å ta uttale.

Det straffebudet særlig er ment å ramme, er tilfeller der gjerningspersonen utviser en atferd som preges av at andre utsettes for smittefare, for eksempel ved regelmessig å praktisere ubeskyttet sex til tross for at gjerningspersonen er kjent med at han eller hun lider av en alvorlig seksuelt overførbart infeksjon. Straffebudet rammer ikke den som ved ett enkelt tilfelle praktiserer ubeskyttet sex, med mindre det skjer ved hensynsløs atferd, se nedenfor. Den som vanligvis praktiserer «sikrere sex», men gjør seg skyldig i en «glipp», skal ikke straffes. Det er imidlertid ikke et krav for domfellelse at gjerningspersonen har et vedvarende atferdsmønster som medfører smittefare for andre. Straffebudet angir ikke en eksakt

grense for antall tilfeller som skal til, men det må være mer enn to-tre tilfeller. Et titalls tilfeller vil klart utløse straffeansvar, mens det ved færre tilfeller vil være naturlig å se hen til omstendighetene for øvrig, herunder over hvor lang periode samleiene har funnet sted. Det må bedømmes ut fra forholdets totale karakter om terskelen for «gjentatte ganger» er overskredet. Faktorer i denne vurderingen kan også være sykdommens alvorlighetsgrad og hvor smittsom sykdommen er, det vil si hvor stor smittefaren er ved den enkelte handling. For eksempel er faren for å bli smittet ved et enkelt samleie betydelig større ved hepatitt B enn ved hiv.

Dersom to personer har flere samleier ved samme møte, for eksempel i løpet av en natt, regnes det i denne sammenheng ikke som «gjentatte ganger». På samme måte som med kriterier «flere personer» er meningen å ramme smittefare ved flere ulike anledninger hvor gjerningspersonen i mellomtiden har hatt tid og mulighet til å overveie sine handlinger.

Dersom gjerningspersonen bare har gjort seg skyldig i ett tilfelle av det å utsette en annen person for smittefare og smitte ikke ble overført, er dette ikke straffbart med mindre det har skjedd ved *hensynsløs atferd*. Det samme gjelder et par tilfeller som etter en konkret vurdering finnes å være under terskelen for «gjentatte ganger». Men dersom atferden først er hensynsløs, er ett tilfelle nok.

Gjerningspersonen må ha handlet subjektivt klanderverdig, og terskelen for «hensynsløs atferd» ligger relativt høyt.

Begrepet «hensynsløs atferd» innebærer noe mer enn det at gjerningspersonen unnlater å iverksette smitteverntiltak. Unnlattelse av å iakttas forsvarlige smitteverntiltak er i seg selv et vilkår for domfellelse, jf. nedenfor om tredje ledd. Det må altså noe ytterligere til for at atferden skal karakteriseres som hensynsløs etter første ledd andre punktum.

Ujevnbyrdighet mellom partene i kunnskap, alder, posisjon mv. vil kunne være momenter i vurderingen av om den smittede har handlet hensynsløst.

For at enkeltstående tilfeller av smittefare skal rammes, må asymmetrien mellom partene bestå i noe mer enn det faktum at gjerningspersonen kjente den konkrete smittefaren, mens fornærmede ikke gjorde det. Det er ikke tilstrekkelig for straffansvar for et enkeltstående tilfelle at gjerningspersonen unnlater å fortelle om sin smittestatus. Derimot kan det være å anse som hensynsløs atferd dersom vedkommende på spørsmål

benekter å være smitteførende eller selv opplyser å være frisk, med den følge at smitteverntiltak ikke iverksettes. Særlig dersom fornærmede i utgangspunktet ønsket for eksempel bruk av kondom, men gjerningspersonen overtaler vedkommende til å ha ubeskyttet sex ved uriktig å oppgi negativ smittestatus, vil det kunne være hensynsløs atferd i lovens forstand.

Dersom det er tale om mer enn ett tilfelle, skal det imidlertid mindre til for at man vil komme til at det er hensynsløs atferd å utsette den andre for smittefare uten å si fra om den konkrete smittefaren eller ta forholdsregler mot smitte. Vedkommende har da hatt tid til overveielser med hensyn til hvordan han eller hun skal forholde seg etter den første «glippen». Straffetruuselen slår ikke inn etter en «glipp», og den smittede personen har da all grunn til å informere partneren om smittestatus og iverksette smitteverntiltak før et nytt samleie. Ikke å informere i denne situasjonen kan lett vurderes som hensynsløs atferd.

Voldtekt og seksuell omgang med barn under 16 år vil anses som hensynsløs atferd. Tiltale etter (utkastet til) § 237 kan være aktuelt i konkurrans med bestemmelsene om seksuallovbrudd. Alternativt kan smittefaren tas i betraktning som en skjerpene omstendighet under straffutmålingen for seksuallovbruddet. Overført smitte, men ikke smittefare, er nevnt blant momentene som det særlig skal legges vekt på i vurderingen av om det foreligger grov overtredelse, jf. straffeloven 2005 §§ 293, 301 og 303.

Et annet eksempel på hensynsløs atferd kan være at gjerningspersonen utsetter fornærmede for press for å oppnå samleie, eventuelt for å oppnå at samleiet gjennomføres uten beskyttelse, selv om presset ikke er av en slik karakter at det bedømmes som voldtekt. Dette kan etter omstendighetene være aktuelt i ulike typer relasjoner, også mellom noenlunde jevnbyrdige parter.

I situasjoner der partene ikke er jevnbyrdige, vil dette i seg selv kunne medføre at den sterkeste parten anses å ha utvist hensynsløs atferd ved å utsette den andre parten for smittefare. Eksempler kan være en godt voksen mann som utsetter en ung jente for smittefare, selv om hun er over 16 år og den seksuelle omgang som sådan ikke er straffbar. Tilsvarende kan gjelde når den ikke-smittede parten – av andre grunner enn alder – er i en særlig sårbar situasjon eller ikke har de samme forutsetninger som de fleste andre for selv å ta i betraktning faren for smitte og eventuelt sette vilkår for smittefarlig samkvem, for eksempel bruk av kondom. Det kan også være situasjoner der den smitteførende personen (uavhengig

av alder) er i en posisjon som innebærer makt eller myndighet overfor fornærmede og som gjør det vanskelig for fornærmede å insistere på bruk av kondom eller motsette seg den seksuelle omgangen i det hele tatt, selv om forholdene ikke er av en slik karakter at det er voldtekt eller rammes av forbudet mot misbruk av overmaktsforhold, jf. straffeloven 2005 § 295.

Skyldkravet etter første ledd er forsett. Se nedenfor under fjerde ledd om grov uaktsomhet.

Etter første ledd andre punktum er det tilstrekkelig at forsettet dekker det å utsette noen for smittefare.

Smittehensikt omfattes, men vil sjelden forekomme.

Etter andre punktum vil det være sannsynlighetsforsett dersom gjerningspersonen holder det for sikkert eller overveiende sannsynlig at handlingen vil medføre smittefare. Dette vil gjennomgående være oppfylt når gjerningspersonen vet at han eller hun lider av en smittsom sykdom og vet hvordan sykdommen smitter, og ikke foretar aktive skritt for å hindre smitteoverføring.

Det vil være tilstrekkelig for å konstatere eventuelt forsett med hensyn til smittefare, at gjerningspersonen har innsett muligheten for at den andre parten utsettes for smittefare og har bestemt seg for å handle selv om dette skulle være tilfelle.

Det å utsette en annen for smittefare er ikke straffbart dersom vedkommende på forhånd hadde samtykket til å bli utsatt for smittefaren, og samtykket oppfylder formkravene som er angitt i andre ledd, se nedenfor. Samtykkeregelen er begrenset til å gjelde smitte(-fare) ved seksuell omgang.

Se nedenfor under tredje ledd om straffritak når forsvarlige smitteverntiltak var iakttatt.

Det bør utvises tilbakeholdenhet med hensyn til straffeforfølgning ved smitte(-fare) fra mor til barn i forbindelse med svangerskap, fødsel og amming. Dette gjelder langt på vei også når begge parter allerede er smittet på forhånd og i enkelte andre situasjoner, jf. punkt 11.2.2.5.

Om straffutmålingen ved overtredelse av første ledd:

Se punkt 11.2.2.9 om utvalgets vurderinger knyttet til strafferammen og straffutmåling.

Strafferammen etter første ledd er bot eller fengsel inntil tre år. Her omtales straffutmåling ved forsettlig overtredelse av straffebudet i første ledd, uten at det foreligger omstendigheter som fører til at femte ledd om grov overtredelse av straffebudet kommer til anvendelse. Se nedenfor

om femte ledd. Se fjerde ledd om grovt uaktsom overtredelse.

Straffenivået i rettspraksis etter straffeloven 1902 § 155 kan gi veiledning i straffutmålingen, både med hensyn til hvilke faktorer som er av betydning og hvilken vekt de bør tillegges. Se punkt 5.2.2.16 og 5.2.2.17 om rettspraksis.

Selv om strafferammen er den samme for overtredelse av (utkastet til) § 237 første ledd første og andre punktum, bør straffen gjennomgående være strengere der smitte er overført. Dette er også lagt til grunn i rettspraksis etter straffeloven 1902 § 155, se Rt. 2006 s. 1246, jf. også Rt. 2002 s. 606 og Rt. 2000 s. 195.

Overført smitte bør som regel medføre ubetinget fengsel. Se Rt. 2000 s. 195 og Rt. 2002 s. 606 for eksempler på straffutmåling ved overført smitte. Betinget fengsel kan likevel være aktuelt i særskilte tilfeller, for eksempel der smitten er overført ved en handling som ikke er ledd i et kritikkverdig atferdsmønster.

Andre omstendigheter av betydning for straffutmålingen vil være antall personer som er smittet eller utsatt for smittefare, hvor mange ganger og over hvor lang periode de(n) fornærmede ble utsatt for smittefare, og under hvilke omstendigheter, hvor stor smittefaren var, hvor alvorlig sykdommen er, hvilke behandlingsmuligheter som eksisterer på den aktuelle tiden, konsekvensene for de(n) fornærmede i det enkelte tilfellet mv.

Ubetinget fengsel bør være utgangspunktet også der gjerningspersonen har vist et vedvarende atferdsmønster som har medført smittefare for en eller flere personer ved mange anledninger over lengre tid, uten å informere om sin smittestatus.

I rettspraksis er det eksempler på at straffen er utmålt til ubetinget fengsel i opptil fem år i saker med et titalls fornærmede som er blitt utsatt for smittefare, hvorav en eller to ble smittet av domfelte. Så streng straff vil bare være aktuell dersom lovbruddet etter en samlet vurdering anses som grov overtredelse etter utkastet til § 237 femte ledd hvor strafferammen er seks år, jf. nedenfor. Bestemmelsen om grov overtredelse anses å regulere situasjoner med likeartet realkonkurrens (flere overtredelser av samme straffebud, her § 237), slik at det ikke er aktuelt å anvende bestemmelsene om realkonkurrens i straffeloven 2005 § 79 første ledd bokstav a.

Dersom domfelte er under adekvat behandling som reduserer smittefaren, kan dette etter omstendighetene være av betydning i straffutmålingen, selv om det ikke kan sies noe sikkert om smittsomheten i det enkelte tilfellet, jf. punkt 11.2.2.7.

Et eksempel som gjelder hivbehandling, er Rt. 2006 s. 1246 hvor Høyesterett uttalte: «Det må også leggjast ei viss vekt på at ho var under behandling, noko som må ha innebore ein reduksjon i faren for smitteoverføring. Her viser eg også til det subjektive, ved at ho var kjend med at det ikkje var påviselege virusmengder i blodet hennar.» Det var flere omstendigheter som trakk i retning av en relativt lav straff, og straffen ble under dissens (3–2) utmålt til ubetinget fengsel i 120 dager. Forholdene i saken var for øvrig slik at den etter utkastet til § 237 muligens ville kunne falle utenfor det straffbare i og med at smitte ikke ble overført og det bare var gjennomført tre samleier, jf. vilkårene i utkastet første ledd andre punktum om smittefare overfor flere personer eller overfor én person gjentatte ganger eller ved hensynsløs atferd. Det er noe uklart hva domfelte hadde sagt om smittestatus og behov for bruk av kondom, men om et slikt tilfelle skulle finnes å oppfylle et av alternativene, ville saken ligge helt i det nedre straffsjiktet.

Forholdet mellom partene, både karakter og varighet og i hvilken grad de var jevnbyrdige, domfeltes subjektive forhold, og om overtredelsen innebar et tillitsbrudd, og i så fall hvor grovt, er andre faktorer som kan tillegges vekt. Den slags omstendigheter som er nevnt i forbindelse med vurderingen av om gjerningspersonen har utvist hensynsløs atferd etter første ledd andre punktum, vil også være relevante i straffutmålingen, og da uavhengig av om gjerningspersonen er domfelt etter dette alternativet. Rt. 2000 s. 195 er et eksempel på at det er lagt vekt på at domfeltes handlemåte utgjorde «et kynisk tillitsbrudd overfor de to kvinnene», hvorav den ene ble smittet.

I saker der det er tale om relativt få tilfeller av smittefare og uten at smitte er overført, kan bot og/eller betinget fengsel være passende straffnivå dersom partene er jevnbyrdige og det ikke er utvist hensynsløs atferd.

Bot og/eller betinget fengsel kan også være aktuelt ved engangstilfeller av smittefare mellom jevnbyrdige parter der gjerningspersonen har opptrådt hensynsløst ved å benekte positiv smittestatus. Der gjerningspersonen har opptrådt hensynsløst ved å utnytte asymmetri i forholdet mellom partene, vil det være naturlig med ubetinget fengsel, også ved et engangstilfelle uten smitteoverføring.

Det vil gjennomgående være en formildende omstendighet at gjerningspersonen opplyser om sin smittestatus slik at fornærmede kjenner til den konkrete smittefaren. Samtykke fra fornærmede har ikke straffriende virkning med mindre form-

kravene i andre ledd er oppfylt, jf. nedenfor, men straffverdigheten vil regelmessig være lavere når fornærmede har kjent til den konkrete smittefaren og likevel har valgt å utsette seg for den. I Rt. 2006 s. 1246 uttalte Høyesterett: «Reint generelt er det grunn til å ha ei utforming av straffnivået som gjer at det «løner seg» å seie frå om smitterisiko.»

Dersom gjerningspersonen har vært åpen om sin smittestatus, vil saken derfor ofte ligge i det nedre straffsjiktet. Bot og/eller betinget fengsel vil da kunne være aktuelt, også i situasjoner hvor det er tale om smittefare over en noe lengre periode og/eller en rekke anledninger med en eller flere personer, forutsatt at det er jevnbyrdige parter og smitte ikke er overført.

Det kan etter omstendighetene også være formildende at den smittede i etterkant opplyser om smittefaren, slik at fornærmede får en særskilt foranledning for å la seg undersøke, og dermed kan få oppfølging og behandling raskest mulig om det skulle være nødvendig. I Rt. 2006 s. 1246 ble det av slike grunner tillagt vesentlig vekt i straffutmålingen at domfelte etter tre samleier ga beskjed om at hun var hivpositiv.

Også i tilfeller hvor gjerningspersonen ikke har opplyst om sin smittestatus, vil det under straffutmålingen i noen grad kunne legges vekt på fornærmedes eget forhold, for eksempel det å ta den risiko å ha ubeskyttet seksuell omgang med en person man ikke kjenner godt og uten å forhøre seg om smittestatus. Dette vil særlig gjelde dersom fornærmede kan anses som den sterkeste part. I Rt. 2006 s. 1246 bemerket Høyesterett under straffutmålingen: «Det må også leggjast til grunn at den krenkte tok ein risiko ved å ha ubeskytta samleie med denne kvinna.» Sykdom og kondombruk hadde vært et tema mellom partene, men det ble lagt til grunn at domfelte ikke hadde opplyst at hun var hivpositiv.

I tillegg kommer alminnelige straffutmålingsmomenter, for eksempel om gjerningspersonen tidligere er domfelt for samme type lovbrudd. Se nærmere straffeloven 2005 §§ 77 og 78 om skjerpene og formildende omstendigheter ved fastsettelse av straffereaksjoner.

I saker hvor det i utgangspunktet er naturlig med en ubetinget fengselsstraff, kan det være en mulig løsning å gi helt eller delvis fullbyrdingsutsettelse på det særvilkår at domfelte gjennomfører et adekvat behandlingsopplegg eller annet tiltak med sikte på relevant atferdsendring, jf. straffeloven §§ 34 og 37 bokstav j. Dette vil også kunne omfatte lærings- og mestringskurs dersom det finnes et egnet kursopplegg for den aktuelle

pasientgruppen. Se punkt 11.2.2.9. Forutsetningen for å utsette fullbyrdingen av straffen på et slikt vilkår, må være at domfelte er motivert for å delta. Ved manglende deltakelse i tiltaket, vil eventuelt straffen vurderes å måtte fullbyrdes.

Til andre ledd:

Se punkt 11.2.2.8 om utvalgets vurderinger om betydningen av samtykke og utforming av samtykkebestemmelse knyttet til smitteoverføring og smittefare.

Samtykke fra den som utsettes for smittefare, fritar under visse forutsetninger for straff. Straffetaket gjelder klarligvis også dersom smitte overføres til den som har samtykket.

Dette gjelder selv om samtykke fra fornærmede ikke har straffriende virkning ved voldslovbrudd etter straffeloven kapittel 25 når det er påført betydelig skade på kropp eller helse, jf. § 276, jf. § 274 andre ledd.

Bestemmelsen om samtykke som straffrihetsgrunn er begrenset til å gjelde smitte og smittefare ved seksuell omgang. Ved sykdommer som smitter på andre måter, vil samtykke ikke virke straffriende. Ved seksuelt overførbare infeksjoner som også kan overføres på andre måter enn seksuell omgang, vil et eventuelt samtykke ikke omfatte andre smitemåter. Smitteoverføring eller smittefare ved for eksempel injisering, vil ikke være straffritt selv om det skulle foreligge samtykke. Dersom den som blir smittet, selv setter injeksjonssprøyten, vil det være spørsmål om eventuelt medvirkningsansvar for den som overlot det infiserte injeksjonsutstyret til vedkommende, men se punkt 11.2.2.5 hvor utvalget gir uttrykk for at man bør være tilbakeholden med straffeforfølgning ved smitteoverføring/smittefare som følge av deling av injeksjonsutstyr blant rusmiddelbrukere.

Foreligger det gyldig samtykke som oppfyller formkravene i andre ledd, er de(n) smittefarlige handlingen(e) ikke straffbar(e), selv om smittevern tiltak som nevnt i tredje ledd, ikke er iaktatt. Gyldig samtykke som er avgitt etter smittevernveiledning og i samsvar med formkravene, innebærer således at de to partene straffritt kan ha ubeskyttet seksuell omgang.

Bestemmelsen er ikke begrenset til en spesiell personkrets. Det er ikke en forutsetning at de to partene er gift, bor sammen eller har en annen fast relasjon, selv om det nok som oftest vil være i slike situasjoner partene i fellesskap oppsøker helsepersonell for å få smittevernveiledning. Andre seksualpartnere kan også avgi gyldig sam-

tykke såfremt de sammen med den smittede parten møter hos helsepersonell og får smittevernveiledning.

Etter ekteskapsloven § 5 første ledd kan den som lider av en smittefarlig sykdom som kan overføres ved seksuell omgang, ikke inngå ekteskap uten at den andre parten er gjort kjent med sykdommen og begge parter har fått muntlig veiledning av en lege om farene ved sykdommen, jf. punkt 6.16.¹ Samtykke som nevnt i utkastet til § 237 andre ledd kan avgis i forbindelse med smittevernveiledning etter ekteskapsloven § 5 dersom partene mottar den i fellesskap, men det å motta slik veiledning innebærer ikke automatisk at den smittedes kommende ektefelle anses å ha avgitt samtykke til å bli utsatt for smittefare. Et eventuelt samtykke må avgis uttrykkelig.

Helsepersonellet må under smittevernveiledningen påse at den ikke-smittede parten får og oppfatter informasjonen om den konkrete smittefaren, faktorer av betydning for smittefarens størrelse, hvilke forebyggende tiltak som kan iverksettes, og konsekvensene dersom vedkommende skulle bli smittet. Dette svarer til kravene til et gyldig samtykke etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1. Det er ikke spesifisert hva slags helsepersonell som må gi smittevernveiledningen. Det vil være mest nærliggende at dette gjøres av lege, men det kan også gjøres av annet kvalifisert helsepersonell, for eksempel sykepleier ved en infeksjonsmedisinsk avdeling eller lignende.

Helsepersonellet må så langt det er mulig forsikre seg om at begge parter forstår informasjonen. Informasjonen må tilpasses den enkeltes personlige forutsetninger, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-5. Om nødvendig må det benyttes tolk.

Helsepersonellet må journalføre at det er gitt smittevernveiledning til de to partene med angivelse av hovedinnholdet i den informasjon som ble gitt. Dersom den ikke-smittede parten samtykker etter å ha mottatt veiledningen, må dette fremgå uttrykkelig av journalen. Dersom det har vært tale om å avgi samtykke, men vedkommende etter veiledningen ikke finner å ville avgi samtykke, bør også dette journalføres. Dette for å unngå tvil med hensyn til om samtykke ble avgitt eller ikke.

Nedtegnelsene gjøres i pasientjournal separat for de to partene. Smittevernveiledning er å anse som helsehjelp også for den som ikke er smittet. Om helsepersonellet som gir smittevernveiledning

¹ Utvalget er kjent med at ekteskapsloven § 5, jf. § 7 bokstav f, vurderes opphevet. Se punkt 11.2.2.8.

gen, ikke allerede har pasientjournal for begge parter, må det opprettes ny(e) journal(er). Dette sikrer blant annet at begge parter vil kunne få utskrift av de aktuelle journalnedtegnelsene uten hinder av taushetsplikt. Helsepersonell som gir smittevernveiledningen vil være underlagt taushetsplikt på vanlig måte etter helsepersonelloven, jf. også smittevernloven. Se også pasient- og brukerrettighetsloven § 3-6 om rett til vern mot spredning av opplysninger. Journalnedtegnelsene skal oppbevares etter reglene i forskrift 21. desember 2000 nr. 1385 om pasientjournal og der ved beskyttes mot innsyn, med de unntak som er fastsatt i lovverket.

Et avgitt samtykke kan trekkes tilbake når som helst, med virkning fremover i tid. Dette er i tråd med hva som gjelder allment i helseretten, se pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 siste ledd. Tilbakekallet må meddeles den smitteførende personen som samtykket er avgitt til fordel for. Det må av notoritetshensyn også meddeles helsepersonellet som ga smittevernveiledningen da samtykket ble avgitt, eller annet helsepersonell som forvalter pasientjournalene, slik at tilbakekallet også journalføres i begge pasientjournalene. Denne siden av det formkravet som gjelder ved avgivelse av samtykke, bør gjelde tilsvarende ved tilbakekall. Samtykket vil da gjelde inntil tilbakekallet er journalført. Helsepersonellet bør om mulig forsikre seg om at den smittede parten er orientert om tilbakekallet.

Etter ekteskapsloven § 5 andre ledd er lovbestemt taushetsplikt ikke til hinder for at lege (som har gitt smittevernveiledning til de kommende ektefellene) gir opplysninger til vigsleren om sykdommen eller føres som vitne i en ekteskaps sak. I straffesaker etter (utkastet til) § 237 bør også helsepersonellet uten hinder av taushetsplikt kunne avgi forklaring dersom det er av betydning i saken å få helsepersonellens forklaring for å belyse om partene sammen møtte til smittevernveiledning og om og i så fall når det ble avgitt (gyldig) samtykke. Etter straffeprosessloven § 119 første ledd kan retten ikke ta imot forklaring fra blant andre leger, jordmødre og sykepleiere om noe som er betrodd dem i deres stilling, uten samtykke av den som har krav på hemmelighold. Etter tredje punktum faller forbudet bort når forklaringen trengs for å forebygge at noen uskyldig blir straffet. Dersom den som har krav på hemmelighold, ikke samtykker i at avhøringen foregår offentlig, skal forklaringen bare meddeles retten og partene i møte for stengte dører og under pålegg om taushetsplikt, jf. fjerde punktum. I saker etter straffeloven 2005 (utkastet til) § 237 vil man kunne si at

begge parter har krav på hemmelighold overfor tredjeparter om smittevernveiledning og samtykke, men at de ikke har krav på hemmelighold overfor hverandre.

Gyldigheten av et avgitt samtykke må vurderes ut fra alminnelige prinsipper for dette, herunder i lys av den samtykkendes alder og psykiske tilstand, mulig press fra den samtykket avgis til fordel for, og andre relevante omstendigheter. Spørsmål om samtykkekompetanse, bevissthetsnedsettelse som følge av rus mv. vil trolig sjelden aktualiseres i og med at samtykket skal avgis i forbindelse med smittevernveiledning hos helsepersonell. I tillegg til å sikre notoritet, bidrar bestemmelsen til å sikre tilstrekkelig kvalitet på informasjonen og til at omstendighetene for øvrig ved avgivelsen av samtykket, er slik at samtykket blir gyldig. I tillegg vil bestemmelsen kunne bidra til bedret informasjon om smittevern og forholdsregler for om mulig å unngå smitteoverføring.

Samtykke avgitt på en måte som ikke fyller kravene i andre ledd, vil ikke ha straffriende virkning. Slikt samtykke kan derimot være av betydning i vurderingen etter første ledd andre punktum av om det er utvist hensynsløs atferd. Foreligger det samtykke, vil det sjelden kunne sies å være utvist hensynsløs atferd med mindre forholdet mellom partene er slik at det ikke er tale om et reelt, frivillig samtykke.

For øvrig vil samtykke som ikke fyller formkravene, kunne være av betydning ved straffutmålingen. Dette gjelder så vel uttrykkelig samtykke som konkludent atferd fra en person som er kjent med den aktuelle smittefaren.

Til tredje ledd:

Se punkt 11.2.2.7 om utvalgets vurderinger vedrørende straffrihet når smitteverntiltak er iverksatt.

Dersom forsvarlige smitteverntiltak ble iaktatt for å forebygge smitte, kan den smitteførende personen ikke straffes. Dette gjelder hva enten det var den smitteførende personen eller den personen som ble utsatt for smittefare, som tok initiativ til å sørge for smittevern, for eksempel bruk av kondom. I motsetning til andre ledd om samtykke, gjelder tredje ledd ikke bare ved seksuell smitte, men alle aktuelle sykdommer.

Hva som ved den enkelte sykdom er å anse som forsvarlig smitteverntiltak, må vurderes ut råd og anbefalinger fra helsemyndighetene, særlig Nasjonalt folkehelseinstitutt. Anbefalingene vil kunne variere noe over tid ut fra foreliggende kunnskap om den enkelte sykdom og nye meto-

der for smittevern. Fare for smitte med seksuelt overførbare infeksjoner kan oppstå ved ulike typer seksuell omgang, i hovedsak ved samleie (vaginalt, analt eller oralt). Den som er smitteførende med en seksuelt overførbart infeksjon, kan ikke straffes dersom kondom eller tilsvarende ble brukt på en forsvarlig måte gjennom hele samleiet. Enkelte seksualteknikker vil også kunne regnes som «sikrere sex» og gi grunnlag for straffrihet, for eksempel sex uten penetrasjon.

Straffritaket gjelder selv om smitteverntiltaket slo feil slik at smitte ble overført. For eksempel vil selv ikke konsekvent bruk av kondom gi en fullstendig beskyttelse mot smitte. Forutsetningen for straffritak er at den smitteførende opptrådte forsvarlig, for eksempel avbrøt samleiet dersom han eller hun ble oppmerksom på at kondomet gikk i stykker eller gled av.

Vellykket legemiddelbehandling ved hivinfeksjon vil gjennomgående føre til lavere smittsomhet. Det foreligger (foreløpig) ikke tilstrekkelig kunnskap til å si noe sikkert om smittsomheten hos den enkelte person på et gitt tidspunkt, jf. vedlegg 1. Det at en hivpositiv person er under behandling, vil derfor ikke være å anse som et forsvarlig smitteverntiltak i straffelovens forstand, jf. punkt 11.2.2.7. Vellykket behandling vil imidlertid i noen grad kunne tillegges vekt i straffutmålingen, slik det er gjort i rettspraksis etter straffeloven 1902 § 155, jf. blant annet Rt. 2006 s. 1246.

Til fjerde ledd:

Se punkt 11.2.2.6 om utvalgets vurderinger for så vidt gjelder skyldkrav.

Skyldkravet etter første ledd er forsett. Etter fjerde ledd rammes uaktsomme overtredelser forutsatt at det er utvist grov uaktsomhet. Etter straffeloven 2005 § 23 er gjerningspersonen uaktsom dersom han eller hun handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides. Uaktsomheten er grov «dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse».

Se merknadene til § 23 i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) hvor det om grov uaktsomhet heter:

«I forhold til alminnelig uaktsomhet kreves det for grov uaktsomhet både et større avvik fra forsvarlig atferd, og en mer kvalifisert form for bebreidelse (se merknadene til første ledd). Vurderingen er i utgangspunktet den samme

som for simpel uaktsomhet, forskjellen ligger i hvor stort avvik og hvor sterk bebreidelse som skal til.»

Det kan tenkes grovt uaktsomt overtredelse av så vel første som andre punktum i § 237 første ledd, det vil si både når smitte er overført og når det bare er tale om smittefare.

Bestemmelsen om grovt uaktsomt overtredelse vil trolig være aktuell først og fremst der gjerningspersonen ikke hadde positiv kunnskap om sin smittestatus, men burde ha innsett at det var nærliggende at han eller hun kunne være smittet. Dette vil særlig kunne være tilfelle dersom vedkommende har en atferd eller har vært utsatt for en hendelse som medfører en konkret oppfordring til å la seg undersøke. Et tilfelle som vil kunne rammes av fjerde ledd, er at den smitteførende personen ikke har tatt hivtest, men like fullt har levd slik at han eller hun burde ha sett det som en nærliggende mulighet at han eller hun var hivpositiv. Et eksempel kan være at vedkommende tilhører miljøer eller oppsøker arenaer hvor det er kjent at hivinfeksjon er vesentlig hyppigere enn i befolkningen for øvrig, og jevnlig har praktisert ubeskyttet sex. Det vil da kunne anses som grovt uaktsomt dersom vedkommende viser seg å være smittet og har smittet noen eller utsatt noen for smittefare. Tilsvarende vil kunne gjelde andre smittsomme sykdommer som er vanligere forekommende i visse miljøer. Andre eksempler kan være at gjerningspersonen har hatt ubeskyttet seksuell omgang med en person som har opplyst å være smittet, eller at en person som han eller hun har hatt seksuell omgang med, har hevdet å ha blitt smittet av gjerningspersonen. Slike hendelser bør føre til kontakt med lege, smittevernveiledning og testing.

Det er ikke nødvendig at gjerningspersonen har hatt fysiske symptomer eller sykdomsfølelse, men dette kan etter omstendighetene også være holdepunkter som kan tilsi at gjerningspersonen vil kunne anses å ha handlet grovt uaktsomt.

Strafferammen etter fjerde ledd er bot eller fengsel inntil et år. Straffen bør være strengere dersom smitte er overført enn der det er tale om smittefare uten at noen er smittet. Antallet personer som er smittet eller utsatt for smittefare vil også være av betydning for straffutmålingen. Se ovenfor under merknadene til første ledd om andre forhold som etter omstendighetene vil kunne være relevante ved utmålingen av straff. Se nedenfor under merknadene til femte ledd om grove overtredelser.

Til femte ledd:

Se utvalgets vurderinger i punkt 11.2.2.9.

Bestemmelsen fastsetter en høyere strafferamme på fengsel i inntil seks år for grove overtredelser av straffebudet i første ledd, som ellers straffes med bot eller fengsel inntil tre år. Strafferammen på fengsel inntil seks år gjelder også for grovt uaktsom grov overtredelse, jf. fjerde ledd hvoretter den ordinære strafferammen for grovt uaktsom overtredelse er bot eller fengsel inntil et år.

Ved vurderingen av om overtredelsen er grov, vil både subjektive og objektive momenter være relevante.

De forholdene som er angitt i femte ledd bokstav a til c, er ikke en uttømmende opplisting av relevante momenter. Blant annet vil det kunne sees hen til sykdommens alvor og hvor mange personer som er blitt utsatt for smitte i tillegg til de som er smittet, og over hvor lang periode eller ved hvor mange anledninger smittefarlig atferd er utøvd.

Eksempler på «hensynsløs atferd» er nevnt i merknadene til første ledd andre punktum. Denne type atferd vil også kunne inngå i vurderingen av om gjerningsmannen har utvist atferd som er «særlig hensynsløs» etter femte ledd bokstav c, men terskelen vil da være høyere. Et eksempel kan være at gjerningspersonen over lang tid har gitt uriktige opplysninger om sin smittestatus med den følge at hans eller hennes faste partner er blitt smittet.

Bestemmelsen kan i prinsippet komme til anvendelse ved overtredelse av bare første ledd første punktum, overtredelse av første og andre punktum, eller overtredelse av bare andre punktum. I praksis vil grove overtredelser i all hovedsak være overtredelser av første punktum eller både første og andre punktum, det vil si tilfeller hvor smitte er overført fra gjerningspersonen til minst én person. Det skal svært mye til å anse det å ha utsatt noen for smittefare som grov overtredelse uten at smitte er overført. Det kan ikke helt utelukkes for eksempel dersom et meget stort antall personer på en svært hensynsløs måte over lengre tid har blitt utsatt for fare for å bli smittet av en meget alvorlig sykdom.

I første rekke vil grov overtredelse måtte anses å foreligge der flere personer er smittet. Det å utsette mange personer for smittefare vil imidlertid kunne bidra til at man samlet sett finner at det foreligger grov overtredelse, dersom dette kommer i tillegg til at en eller flere personer er smittet. Det at én person er smittet, vil vanligvis ikke anses som grov overtredelse alene, med min-

dre sykdommen har ført til døden eller gjerningsmannen har opptrådt på en særlig hensynsløs måte.

I rettspraksis etter straffeloven 1902 § 155 er det eksempler på at straffen er utmålt til ubetinget fengsel i opptil fem år i saker med et titalls fornærmede, hvorav en eller to ble smittet av domfelte. Så streng straff bør være forbeholdt de svært grove tilfellene.

§ 238 Allmennfarlig smittespredning

Med fengsel inntil 15 år straffes den som sprer smittestoffer eller smittestoffprodukter gjennom luft, vann, næringsmidler eller andre gjenstander bestemt for alminnelig bruk eller salg, og derved volder allmenn fare for liv eller helse.

Uaktsom overtredelse straffes med fengsel inntil 6 år.

Til § 238:

Se punkt 11.2.1 om utvalgets generelle vurderinger knyttet til spørsmålet om strafferegulering av det å smitte andre eller utsette andre for smittefare, og punkt 11.2.3 når det særlig gjelder utkastet til § 238.

Utkastet rammer spredning av smittestoffer og smittestoffprodukter gjennom luft, vann, næringsmidler eller andre gjenstander bestemt for alminnelig bruk eller salg. Kjennetegnet ved den straffbare handlingen etter utkastet til § 238 er at spredningen skjer gjennom elementer som nevnt, kanskje over stor avstand, og at spredningen volder allmenn fare for liv eller helse. Utkastet til § 238 vil ramme smittespredning som ikke skjer ved (direkte eller indirekte) kontakt person-til-person, men til en større eller ubestemt krets av mennesker. Smitteoverføring direkte mellom mennesker kan derimot rammes av bestemmelsene om smitteoverføring i utkastet til § 237, typisk smitte ved seksuelt samkvem eller vanlig hudkontakt. Også smitteoverføring indirekte mellom personer via instrumenter, termometer, håndklær, glass og bestikk mv. vil i prinsippet kunne rammes av utkastet til § 237. Noen smittestoffer kan overføres eller spres på ulike måter, slik at det vil kunne være aktuelt med straffeforfølgning etter enten § 237 eller § 238 avhengig av omstendighetene i det enkelte tilfelle.

De vedtatte §§ 237 og 238 i straffeloven 2005 omfatter både smitteoverføring mellom mennesker og smittespredning på annen måte, mens utvalgets lovutkast innebærer separate straffebud for de to hovedtypene av smittemåter. Dette ligner

mer på inndelingen i straffeloven 1902 hvor § 155 rammer smitteoverføring fra en smittet person, mens § 154 rammer det å bevirke eller medvirke til at «en farlig smittsom Sygdom finder Indgang eller almindelig Udbredelse blandt Mennesker, Husdyr eller Vækster», jf. punkt 5.2.2 og 5.2.3. Straffebudet i § 154 er imidlertid ikke direkte sammenlignbart med utkastet til § 238.

Det er spredning av *smittestoffer eller smittestoffprodukter* som rammes av utkastet til § 238. Med kriteriet «smittestoffer» menes i første rekke bakterier og virus, for eksempel E.coli og legionellabakterier, men det kan også være protozoer (visse typer encellede organismer). En type protozo er *Giardia lamblia* som kan spres med vann og forårsake sykdommen giardiasis. I tillegg rammes spredning av «smittestoffprodukter». Dette kan typisk være botulintoksin, som ikke er et smittestoff, men et toksisk smittestoffprodukt som fører til infeksjonssykdom. Botulisme står på listen over allmennfarlige smittsomme sykdommer, men sykdommen forårsakes i de aller fleste tilfeller ikke av smittestoffet selv (botulinbakterier), men av toksiner produsert av bakteriene. Næringsmidler kan bli forurenset med toksin, eller toksinet kan med hensikt spres på annen måte. Også spredning av andre toksiske smittestoffprodukter vil kunne rammes av utkastet til § 238. Spredning av gift eller stoffer med tilsvarende virkning – som ikke er knyttet til infeksjonssykdommer – kan rammes av straffeloven 2005 § 239 om allmennfarlig forgiftning.

Utkastet til § 238 er ikke knyttet opp mot begrepet «allmennfarlig smittsom sykdom» som er definert i smittevernloven, jf. også forskriftsfastsatt sykdomsliste (vedlegg 2). Straffebudet omfatter spredning av stoffer som kan føre til en hvilken som helst sykdom som kan spres på de angitte måtene og som da rent faktisk voldrer «allmenn fare for liv eller helse», jf. nedenfor. Dette inkluderer en del av de allmennfarlige smittsomme sykdommene, mens andre ikke smitter på en slik måte at utkastet til § 238 vil kunne komme til anvendelse. Også sykdommer som ikke står på listen, kan omfattes av utkastet til § 238 dersom de spres på nevnte måte og voldrer allmenn fare for liv eller helse.

Gjerningsbeskrivelsen rammer den som *sprer* smittestoffer eller smittestoffprodukter. Det er tilstrekkelig at stoffene er spredt på en slik måte at de vil kunne føre til sykdom, for eksempel at stoffene er til stede i matvarer som er til salgs, og i en slik mengde at de medfører fare for utvikling av sykdom. Det er ikke en forutsetning for anvendelse av (utkastet til) § 238 at selve sykdommen

har oppstått, jf. nedenfor om kriteriet «derved voldrer allmenn fare for liv eller helse».

Den allmennfarlige spredningen av smittestoffer eller smittestoffprodukter må skje gjennom *luft, vann, næringsmidler eller andre gjenstander bestemt for alminnelig bruk eller salg*. Kriteriet «næringsmidler eller andre gjenstander» er vidtrekkende, og omfatter så vel gjenstander i fast form som væsker. «Næringsmidler» er eksplisitt angitt idet dette antas å være en av de mest aktuelle spredningsmåtene. Kriteriene «gjenstand» og «bestemt for alminnelig bruk eller salg» skal forstås på samme måte som tilsvarende kriterier i straffeloven 2005 § 239 om allmennfarlig forgiftning, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 416. Blod og blodprodukter som overføres i forbindelse med helsehjelp, vil kunne omfattes.

Et eksempel på smittespredning som kan rammes etter utkastet til § 238, er legionellabakterier som spres gjennom luften i aerosoler fra kjøletårn og andre tekniske innretninger, dusjanlegg mv. og kan forårsake legionærsykdom eller Pontiacfeber. Det er i forskrift 25. april 2003 nr. 486 om miljørettet helsevern, gitt i medhold av folkehelseloven, fastsatt krav til virksomheter og eiendommer med innretninger som direkte eller indirekte kan spre legionella via aerosol til omgivelsene. Brudd på disse kravene kan medføre straff etter folkehelseloven § 18, jf. forskriften § 17. Under forutsetning av at legionellabakterier har blitt spredt og har medført «allmenn fare for liv og helse», vil § 238 komme til anvendelse ved siden av folkehelseloven § 18 som har en straffeframme på bøter eller fengsel inntil tre måneder eller begge deler. Se punkt 6.7 om folkehelseloven.

Straffebudet i utkastet til § 238 vil ikke ramme dråpesmitte, som ved hosting, nysing og snakking, selv om dråpene slynges gjennom luften før de når en annen person i nærheten. Bestemmelsen i § 238 tar sikte på smittespredning til en større eller ubestemt krets av mennesker. I slike tilfeller vil det ofte kunne være lang avstand fra stedet der smitten stammer fra (for eksempel et kjøletårn eller en matvarefabrikk) til de personene som settes i fare.

Giardiasis er et eksempel på sykdom som skyldes smittestoff som kan spres med drikkevann som ikke oppfyller kravene i forskrift 4. desember 2001 nr. 1372 om vannforsyning og drikkevann (drikkevannsforskriften) som er gitt i medhold av matloven, folkehelseloven og helseberedskapsloven.

Blant annet sykdom forårsaket av smittestoffet E. coli, kan spres via matvarer, for eksempel ved

mangelfulle eller uforsvarlige rutiner i produksjonsprosessen eller tilberedningen.

Utkastet til § 238 vil etter omstendighetene kunne anvendes ved siden av straffebestemmelsen i matloven § 28 som rammer brudd på matloven med forskrifter samt vedtak fattet i medhold av loven. Strafferammen er bøter eller fengsel inntil et år eller begge deler, såfremt forholdet ikke rammes av strengere straffebestemmelse. Under særlig skjerpene omstendigheter kan fengsel i inntil to år anvendes.

Smittestoffer kan også spres ved overføring av blod eller blodprodukter samt gjennom legemidler og medisinsk utstyr som følge av feil i produksjonen og/eller bruken, for eksempel pseudomonasinfeksjon som i tilfellet med munnpenselen Dent-O-Sept.

Det er et vilkår etter utkastet til § 238 at spredningen av sykdommen volder *allmenn fare for liv eller helse*. Det er ikke tilstrekkelig at det oppstår fare for en enkelt persons liv eller helse. Slike tilfeller må bedømmes etter de generelle reglene om voldslovbrudd, såfremt omstendighetene ikke er slik at utkastet til § 237 kan komme til anvendelse. Det vil bero på en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering hva som vil kvalifisere til «allmenn fare». Det vises til forståelsen av tilsvarende vilkår i straffeloven 2005 § 239 om allmennfarlig forgiftning. I de spesielle merknadene til § 239 i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 416 heter det at den nedre grensen bør etableres i rettspraksis, men at det ikke er meningen å oppstille en særskilt streng norm for hva som kan utgjøre «allmenn fare for liv og helse».

Den allmenne faren må referere seg til «liv eller helse», uten at den helseskaden det er fare for, må være kvalifisert, for eksempel til «betydelig skade på kropp eller helse» slik som i utkastet til § 237. Det stilles ikke noe krav til varighet eller omfang av den sykdommen eller skaden som smittespredningen kunne medføre. Det er heller ikke et vilkår at helseskade har oppstått. Gjerningsbeskrivelsen er oppfylt ved at smittestoffene eller smittestoffprodukter er spredt og derved medførte (allmenn) fare for liv eller helse. Dette behøver ikke å ha ført til at et eller flere mennesker utviklet den aktuelle sykdommen.

Om det faktisk oppsto sykdom/skade, og alvorlighetsgraden av den tilstanden som oppsto eller kunne oppstått, vil måtte tas i betraktning under straffutmålingen. Det samme gjelder hvor mange personer som ble utsatt for fare og/eller helseskade. Tatt i betraktning at smittespredning kan medføre et stort antall syke og døde, er strafferammene i utkastet til § 238 vide både for

så vidt gjelder forsettlig og uaktsom overtredelse.

Skyldkravet etter første ledd er forsett, jf. straffeloven 2005 § 22, og strafferammen er fengsel i 15 år. Det tilhører trolig sjeldenhetene at smittestoffer eller smittestoffprodukter spres med hensikt, enten av personer som er sysselsatt i virksomheter på de aktuelle feltene eller av utenforstående personer. Første ledd rammer imidlertid også de andre formene for forsett, jf. straffeloven 2005 § 22 første ledd bokstav b og c.

Etter andre ledd straffes uaktsom overtredelse med fengsel i inntil seks år, jf. straffeloven 2005 § 23, og det er tilstrekkelig med alminnelig (simpl) uaktsomhet, i motsetning til utkastet til § 237 fjerde ledd hvor det kreves grov uaktsomhet. Uaktsom overtredelse vil kunne være aktuelt for eksempel når smittestoffer eller smittestoffprodukter spres som følge av uforsvarlig drift av virksomhet eller lignende.

Smittespredning gjennom luft, vann, matvarer mv. vil ofte kunne skyldes mangelfulle rutiner for hygiene eller vedlikehold i matvareproduksjon, matservering, drikkevannsforsyning eller virksomheter med tekniske innretninger som kan spre luftbåren smitte. Smitten *kan* komme fra en person som er involvert i produksjonen eller virksomheten for øvrig, men vil ofte skyldes smittestoffer fra andre kilder. I de fleste tilfeller vil derfor gjerningspersonen selv ikke ha sykdommen. Når smittespredning skjer som følge av feil eller mangler i rutinen i en virksomhet, vil det bero på omstendighetene og organiseringen av virksomheten hvem som anses som gjerningsperson. I tillegg til at enkeltpersoner med ansvar i en næringsvirksomhet eller offentlig etat vil kunne holdes strafferettslig ansvarlig, vil det ofte kunne være aktuelt med foretaksstraff, jf. straffeloven 2005 §§ 27 og 28. Når et straffebud er overtrådt av noen som har handlet på vegne av et foretak, kan foretaket straffes selv om ingen enkeltperson har utvist skyld, jf. § 27 første ledd andre punktum. Et av momentene det blant annet skal legges vekt på ved avgjørelsen av om et foretak skal ilegges straff, er om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget lovbruddet, jf. § 28 bokstav c.

Medvirkning og forsøk rammes, jf. straffeloven 2005 §§ 15 og 16.

Dersom smittestoffene eller smittestoffproduktene er spredt på en slik måte at de volder allmenn fare for liv eller helse, foreligger det fullbyrdet overtredelse selv om ingen blir syke, jf. ovenfor. Forsøksstraff kan være aktuelt dersom gjerningspersonen hadde til hensikt å spre smit-

testoffer eller smittestoffprodukter, og hadde gjort nødvendige forberedelser til dette, men ikke lyktes i utførelsen. Domfellelse for forsøk krever fullbyrdsforsett, jf. § 16. Det er ikke aktuelt med forsøksstraff etter utkastet til § 238 andre ledd om uaktsom smittespredning. Derksom det på grunn av uaktsom atferd foreligger fare for at smittestoffer eller smittestoffprodukter kan bli spredt, men dette ikke skjer, for eksempel fordi kontrolltiltak fører til at stoffene oppdages før produktene forlater virksomheten, vil (utkastet til) § 238 ikke komme til anvendelse. Administrative reaksjoner eller straff etter særlovgevingen vil etter omstendighetene kunne komme til anvendelse dersom relevant regelverk var brutt, jf. punkt 6.7 om folkehelseloven og punkt 6.9 om matloven.

Domfellelse for medvirkning kan være aktuelt for eksempel overfor en ansatt i en næringsmiddelbedrift som gir uvedkommende adgang til produksjonslokalene til tross for at han eller hun vet at de(n) uvedkommende kommer for å spre smittestoffer gjennom bedriftens produkter. Det å inngå forbund med noen om å foreta smittespredning på en måte som rammes av utkastet til § 238, vil i seg selv være et brudd på straffeloven 2005 § 241, jf. utvalgets utkast til tilføyelse i § 241, jf. punkt 11.2.4 og 14.1. Det er da ikke et krav at handlingen(e) som ville spre smittestoffene eller smittestoffproduktene, er utført, se merknadene til utkastet til straffeloven 2005 § 241.

Bestemmelsen om smittespredning har en gjerningsbeskrivelse som i visse tilfeller kan tenkes å omhandle samme forhold som andre bestemmelser i straffeloven 2005 i tillegg til straffebestemmelser i særlovgevingen. Især vil dette antagelig gjelde straffeloven 2005 § 239 om allmennfarlig forgiftning og § 240 om alvorlig miljøkriminalitet samt bestemmelsene om kroppsskade mv. i kapittel 25. Avgjørende for om utkastet til § 238 vil kunne anvendes sammen (i konkurrens) med andre straffebestemmelser, vil være om bestemmelsene tar sikte på forskjellige sider ved det straffbare forholdet. Dette vil typisk kunne være tilfelle med hensyn til straffebestemmelsene i kapittel 25 om voldslovbrudd. Det må da vurderes konkret om de aktuelle straffebestemmelsene fullt ut dekker hverandre. Straffeloven 2005 § 239 om allmennfarlig forgiftning og § 240 om alvorlig miljøkriminalitet, vil i mindre grad være aktuelle å anvende i konkurrens med utkastet til § 238 om smittespredning. Dersom det sentrale ved den straffbare handling er spredning av smittestoffer eller smittestoffprodukter, vil utkastet til § 238 være den aktuelle bestemmel-

sen. Utkastet til § 238 verner i vesentlig grad de samme interesser som bestemmelsene i straffeloven 2005 §§ 239 og 240. Det er i første rekke selve middelet eller handlingsmåten, eventuelt unnlåtelsen, som er ulikartet. Etter utvalgets lovutkast omfattes som nevnt utkastet til § 238 av forbundsbestemmelsen i § 241 sammen med §§ 239 og 240.

Spredning av smittestoffer eller smittestoffprodukter, for eksempel botulintoksin, i stort omfang kan gjøres i terrorøyemed, jf. straffeloven 2005 § 131 om terrorhandlinger. Se utvalgets utkast til tilføyelse i straffeloven 2005 § 131 første ledd slik at smittespredning anses som terrorhandling dersom det foreligger terrorhensikt.

Bestemmelsen i utkastet til § 238 må også sees i sammenheng med straffeloven 2005 § 142 om ulovlig befatning med farlig materiale mv. Straffebudet rammer «den som med forsett om derved å volde fare for tap av menneskeliv eller betydelig skade på kropp, eiendom eller miljø ulovlig [...] bruker eksplosivt eller radioaktivt materiale, biologiske eller kjemiske våpen» m.m.² Se NOU 2000: 24 *Et sårbart samfunn* s. 194–201 om bruk av ulike smittestoffer og toksiner som biologiske stridsmidler.

Avvergingsplikten etter straffeloven 2005 § 196 foreslås å omfatte utkastet til § 238, se utkastet til endringer i straffeloven 2005 § 196 første ledd.

Det er lite eller ingen rettspraksis som kan gi veiledning i hva som vil være passende straffenivå etter utkastet til § 238. Relevante straffutmålingsmomenter vil være både hvilke konsekvenser smittespredningen får, og hvor stort skadepotensiale smittespredningen har. Sentrale faktorer er hvor alvorlig sykdom det gjelder, hvor mange som døde eller ble syke eller sto i fare for dette, og graden av subjektiv klanderverdighet.

Straffereaksjon opp mot strafferammen på fengsel inntil 15 år for forsettlig overtredelse, kan neppe komme på tale unntatt når smittespredning skjer med hensikt, eventuelt i terrorøyemed, og får alvorlige konsekvenser. Er smittespredningen bevirket med terrorhensikt, vil dessuten den strengere strafferammen i straffeloven 2005 § 131 første ledd komme til anvendelse, jf. utkastet til tilføyelse i straffeloven 2005 § 131 første ledd for at overtredelser av (utkastet til) § 238 skal omfattes. Kriterier for om en straffbar handling er begått i

² Ordlyden i straffeloven § 142 ble endret ved lov 22. juni 2012 nr. 49 om endringer i straffelova 1902 mv. (straffebod mot kjernefysisk terrorisme mv.) på bakgrunn av bestemmelser i FN-konvensjonen mot kjernefysisk terrorisme, jf. Prop. 96 L (2011–2012) om endringer i straffelova 1902 mv. (straffebod mot kjernefysisk terrorisme mv.).

terrorhensikt, er fastsatt i straffeloven 2005 § 131 andre ledd.

Ved annen forsettlig smittespredning som fører til at mange mennesker omkommer, vil det kunne være aktuelt med fengselsstraff mellom seks og ti år. Ved helt særskilte omstendigheter vil det kunne være aktuelt med straff opp mot 15 år også når det ikke er handlet i terrorhensikt. Ved grovt uaktsom overtredelse med slike følger, vil det kunne være aktuelt med en straffereaksjon opp mot strafferammen i utkastet til § 238 andre ledd, som er fengsel inntil seks år. Ved alminnelig uaktsomhet kan det synes mer passende med fengsel opp mot tre år.

Ved forsettlig smittespredning med noe mindre alvorlige konsekvenser, men med den følge at mange mennesker utvikler livsfarlig eller langvarig sykdom, bør straffenivået naturlig ligge noe lavere, rundt fengsel i tre til seks år. Ved uaktsomme overtredelser bør straffenivået ligge lavere, men det vil være av betydning i straffutmålingen om det er utvist grov eller alminnelig uaktsomhet.

Det nedre sjiktet av strafferammen vil være aktuelt dersom smittespredningen ikke medførte at noen mennesker ble syke, selv om det forelå fare for dette, og i tilfeller der få mennesker ble syke og/eller sykdommen var av forbigående art uten varige konsekvenser for de syke.

Det vil som nevnt ofte være aktuelt å ilegge foretaksstraff ved overtredelse av (utkastet til) § 238. Bøtene bør reflektere konsekvensene av lovbruddet på tilsvarende måte og fastsettes til betydelige beløp i alvorlige tilfeller.

§ 241 skal lyde:

§ 241 Forbund om *allmennfarlig smittespredning*, allmennfarlig forgiftning eller alvorlig miljøkriminalitet

Med fengsel inntil 6 år straffes den som inngår forbund med noen om å begå en straffbar handling som nevnt i § 238 første ledd, § 239 første ledd eller § 240 første ledd.

Til § 241:

Endringen innebærer at det å inngå forbund om å begå en straffbar handling som rammes av utkastet til § 238 første ledd om allmennfarlig smittespredning, kan straffes, selv om handlingen ikke utføres.

Det oppstilles ikke noe krav om hensikt. Bestemmelsen krever bare forsett med hensyn til avtalens objektive innhold, jf. de spesielle merkna-dene til straffeloven 2005 § 241 i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 418. Kriteriet «forbund» skal forstås på samme måte som ellers i straffeloven 2005.

13.2 Merknader til utkastet til endringer i straffeprosessloven

Ny § 157a skal lyde:

Den som med skjellig grunn mistenkes for handling som rammes av straffeloven §§ 291–296 eller 299–303, kan for å klarlegge om mistenkte er smittet med en seksuelt overførbart infeksjon, underkastes kroppslig undersøkelse, når det ikke fremstår som et uforholdsmessig inngrep. Bestemmelsene i § 157 første ledd andre punktum og andre ledd gjelder tilsvarende.

Uten mistenktes samtykke kan undersøkelse bare foretas etter ordre fra påtalemyndigheten. Bestemmelsene i § 157 fjerde ledd andre og tredje punktum gjelder tilsvarende.

Resultatet av de innhentede prøvene skal meddeles fornærmede. For øvrig skal de innhentede prøvene bare brukes i strafferechtspleien.

Til § 157a:

Se bakgrunnen for utvalgets vurderinger og lovutkast i punkt 11.4.

Første ledd gir hjemmel for samme type *kroppslig undersøkelse* av mistenkte som etter straffeprosessloven § 157, det vil si blodprøve og andre undersøkelser som kan skje uten fare eller betydelig smerte. I saker etter utkastet til straffeprosessloven § 157a vil det i første rekke være blodprøve som vil være aktuelt.

I motsetning til straffeprosessloven § 157 er det ikke et krav at resultatet av undersøkelsen antas å ha betydning for straffesaken. Formålet med bestemmelsen er å gi hjemmel for undersøkelse av mistenktes smittestatus av hensyn til fornærmede, uavhengig av om det foreligger konkrete holdepunkter for at mistenkte var smittet. Målet er å få en rask avklaring av om fornærmede er blitt utsatt for konkret fare for å bli smittet av en sykdom som smitter seksuelt. Bestemmelsen er derfor begrenset til å gjelde ved skjellig grunn til mistanke om lovbrudd som innebærer seksuell omgang. Opplistingen av straffebud i første ledd første punktum refererer til straffeloven 2005.

Bestemmelsen kan anvendes for å klarlegge om mistenkte er smittet med *en seksuelt overførbart infeksjon*. Dette vil kunne være en hvilken som helst infeksjon som kan overføres ved seksuell omgang, idet hjemmelen ikke er begrenset til sykdommer av kvalifisert art (i motsetning til utvalgets utkast til straffeloven 2005 § 237 om smitteoverføring, jf. punkt 11.2.2.3 og 14.1).

Ved andre typer lovbrudd enn de som er nevnt i første ledd, vil det kunne være aktuelt med undersøkelse av mistenktes smittestatus i medhold av straffeprosessloven § 157 dersom den bestemmelsens vilkår er oppfylt. Dette vil kunne gjelde ulike typer lovbrudd, for eksempel sprøytestikk og biting. Det vil også gjelde ved overtredelse av straffebudene som rammer smitteoverføring og smittefare.

Det er etter første ledd et vilkår at undersøkelsen *ikke fremstår som et uforholdsmessig inngrep*. Ved mistanke om seksuallovbrudd som innebærer fullbyrdet samleie, skal det gjennomgående mye til før det vil anses som et uforholdsmessig inngrep å ta blodprøve av mistenkte.

Henvisningen til straffeprosessloven § 157 andre ledd innebærer at det kan foretas undersøkelse av mistenkte selv om straff ikke kan idømmes på grunn av reglene i straffeloven 1902 §§ 44 eller 46, det vil si hvis den mistenkte på handlingstiden var psykotisk, bevisstløs, psykisk utviklingshemmet i høy grad eller under 15 år. Dette gjelder også når tilstanden har medført at den mistenkte ikke har utvist skyld.

Undersøkelse kan foretas uten mistenktes samtykke, men da etter ordre fra påtalemyndigheten, jf. andre ledd første punktum. Det er ikke nødvendig med rettens kjennelse. Henvisningen i andre ledd andre punktum til straffeprosessloven § 157 fjerde ledd andre og tredje punktum innebærer at ordren som hovedregel skal være skriftlig og grunnlagt. Er det fare ved opphold, kan ordren gis muntlig, men den skal da snarest mulig nedtegnes.

Formålet med undersøkelse med hjemmel i utkastet til straffeprosessloven § 157a skal være å avklare mistenktes smittestatus av hensyn til fornærmede. Det er imidlertid ikke en forutsetning at det foreligger begjæring fra eller på vegne av fornærmede. Det bør være en påtalemessig oppgave å besørge rutinemessige undersøkelser i de aktuelle sakene, men det vil neppe være grunnlag for å gjennomføre undersøkelse dersom fornærmede skulle gi uttrykk for at hun eller han ikke ønsker det.

Undersøkelse bør gjennomføres snarest mulig for å få en rask avklaring av om fornærmede ble utsatt for en konkret smittefare og i så fall hvilke(n) sykdom(mer) det er tale om. Rask undersøkelse og formidling av resultatet vil kunne ha betydning for om det skal iverksettes posteksposisjonsprofylakse for fornærmede, eller eventuelt om slik behandling skal fortsettes eller avbrytes.

Resultatet av undersøkelsen bør som hovedregel meddeles fornærmede gjennom bistands-

advokat eller helsepersonell, for eksempel overgrepsmottak hvor fornærmede har mottatt hjelp. Ved positivt prøveresultat bør bistandsadvokaten påse at spørsmålet om behandling blir vurdert av helsepersonell i tillegg til at den fornærmede bør få informasjon og veiledning knyttet til smittefaren. Dette må være å anse som smittevern hjelp etter smittevernloven § 6-1, jf. punkt 4.3.7.

13.3 Merknader til utkastet til endringer i bioteknologiloven

§ 2-3 nytt andre ledd lyde:

Inseminasjon kan også finne sted når mannen eller kvinnen er smitteførende med en alvorlig og kronisk seksuelt overførbart infeksjon.

Nåværende andre ledd blir tredje ledd.

Til § 2-3:

Det vises til punkt 11.5 for utvalgets vurderinger vedrørende spørsmålet om assistert befruktning skal tillates for å redusere eller fjerne smittefare.

Andre ledd åpner for assistert befruktning i form av *inseminasjon* i tilfeller hvor partene ellers er befruktningsdyktige, men hvor det vil være fare for smitte med en *alvorlig og kronisk seksuelt overførbart infeksjon*.

Lovbestemmelsen er kjønnsnøytral og heller ikke knyttet til noen spesifikk smittsom sykdom, men det må foretas en konkret vurdering av om det er medisinsk forsvarlig å foreta inseminasjon ut fra de aktuelle forholdene. Dette gjelder både hvilken risiko den til enhver tid tilgjengelige behandlingen innebærer, også for barnet som eventuelt unngås, og omstendighetene i det enkelte tilfelle. Vurderingen vil kunne falle ut forskjellig ved ulike sykdommer og avhengig av om det er mannen eller kvinnen som er smittet, og vil kunne endres over tid etter som det utvikles nye metoder og frembringes ny kunnskap.

I tillegg til selve inseminasjonen, vil det være aktuelt med sædvask når det er mannen som er smittet. Om de medisinske sidene ved assistert befruktning når den ene parten er hivpositiv, se vedlegg 1.

I tillegg til vurderingen av hva som er medisinsk forsvarlig, skal det på vanlig måte foretas en vurdering av parets egnethet hvor det skal legges vekt på parets omsorgsevne og hensynet til barnets beste, jf. bioteknologiloven § 2-6.

Kapittel 14

Utvalgets lovutkast

14.1 Utkast til endringer i straffeloven 2005

I lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) gjøres følgende endringer:

I oppregningen av straffebud i § 131 første ledd og § 196 første ledd tilføyes § 238, slik at bestemmelsene blir lydende:

§ 131 første ledd:

En straffbar handling som nevnt i §§ 138 til 141, § 142 første ledd, §§ 143–144, 192, 238, 239, 240, 255, 257, 274, 275 og 355, anses som terrorhandling og straffes med fengsel inntil 21 år dersom den er begått med terrorhensikt som nevnt i annet ledd.

§ 196 første ledd:

Med bot eller fengsel inntil 1 år straffes den som unnlater gjennom anmeldelse eller på annen måte å søke å avverge en straffbar handling eller følgene av den, på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen er eller vil bli begått. Avvergingsplikten gjelder straffbare handlinger som nevnt i

a) §§ 111, 113, 115, 117, 119, 121, 123, 128, 129, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 192, 193, 194, 223, 238, 239, 255, 256, 259, 274, 275, 280, 283, 289, 291, 299, 312, 327, 329, 355 og 357,

b) militær straffelov §§ 50, 52 eller 96, eller

c) lov om forsvarshemmeligheter §§ 1, 2, 3 eller 4.

§ 237 skal lyde:

§ 237 *Smitteoverføring*

Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som overfører en smittsom sykdom som medfører betydelig skade på kropp eller helse. På samme måte straffes den som utsetter flere per-

soner for slik smittefare eller gjentatte ganger eller ved hensynsløs atferd utsetter en annen person for slik smittefare.

Straff etter første ledd kommer ikke til anvendelse ved smitte som overføres ved seksuell omgang, når den som er blitt smittet eller utsatt for slik smittefare, på forhånd har samtykket i nærvær av helsepersonell i forbindelse med smittevernveiledning.

Straff etter første ledd kommer heller ikke til anvendelse når forsvarlige smitteverntiltak er iaktatt.

Grovt uaktsom smitteoverføring straffes med bot eller fengsel inntil 1 år.

Grov smitteoverføring straffes med fengsel inntil 6 år. Ved avgjørelsen av om smitteoverføringen er grov, skal det særlig legges vekt på om smitten

a) har ført til tap av liv,

b) er overført til to eller flere personer, eller

c) er overført ved atferd som er særlig hensynsløs.

§ 238 skal lyde:

§ 238 *Allmennfarlig smittespredning*

Med fengsel inntil 15 år straffes den som sprer smittestoffer eller smittestoffprodukter gjennom luft, vann, næringsmidler eller andre gjenstander bestemt for alminnelig bruk eller salg, og derved volder allmenn fare for liv eller helse.

Uaktsom overtredelse straffes med fengsel inntil 6 år.

§ 241 skal lyde:

§ 241 Forbund om *allmennfarlig smittespredning*, allmennfarlig forgiftning eller alvorlig miljøkriminalitet

Med fengsel inntil 6 år straffes den som inngår forbund med noen om å begå en straffbar handling som nevnt i § 238 første ledd, § 239 første ledd eller § 240 første ledd.

14.2 Utkast til endringer i straffeprosessloven

I lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) skal ny § 157a lyde:

Den som med skjellig grunn mistenkes for handling som rammes av straffeloven §§ 291–296 eller 299–303, kan for å klarlegge om mistenkte er smittet med en seksuelt overførbar infeksjon, underkastes kroppslig undersøkelse, når det ikke fremstår som et uforholdsmessig inngrep. Bestemmelsene i § 157 første ledd andre punktum og andre ledd gjelder tilsvarende.

Uten mistenktes samtykke kan undersøkelse bare foretas etter ordre fra påtalemyndigheten. Bestemmelsene i § 157 fjerde ledd andre og tredje punktum gjelder tilsvarende.

Resultatet av de innhentede prøvene skal meddeles fornærmede. For øvrig skal de innhentede prøvene bare brukes i straffettspleien.

14.3 Utkast til endringer i bioteknologiloven

I lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven) gjøres følgende endringer:

§ 2-3 nytt andre ledd skal lyde:

Inseminasjon kan også finne sted når mannen eller kvinnen er smitteførende med en alvorlig og kronisk seksuelt overførbar infeksjon.

Nåværende andre ledd blir tredje ledd.

Vedlegg 1

HIV / AIDS – Medisinske aspekter

Professor emeritus dr. med. Stig S. Frøland

Innhold

1	Kort historikk	312
2	HIV-viruset	312
2.1	Virustypene	312
2.2	HIV-virusets opprinnelse	312
3	Smittemåtene	313
3.1	Seksuell smitte	313
3.2	Smitte med blod og blodprodukter	313
3.3	Smitte mor – barn	313
3.4	Andre teoretisk mulige, men meget sjeldne smittemåter	314
3.5	Superinfeksjon	314
4	HIV-epidemiens utbredning og dynamikk	314
5	Hvordan forårsaker HIV-viruset sykdom?	315
5.1	HIV-relatert immunsvikt	315
5.2	Kronisk inflammasjon (betennelse)	315
6	Det naturlige forløp av HIV-infeksjon	315
6.1	Primær infeksjon (akutt retroviralt syndrom)	315
6.2	Kronisk symptomfri HIV-infeksjon	316
6.3	Immunsviktrelaterte sykdomskomplikasjoner	316
6.4	Ikke-immunsviktrelaterte sykdomskomplikasjoner	317
7	Diagnostikk	317
7.1	Påvisning av antistoff mot HIV	317
7.2	Direkte påvisning av HIV-viruset	317
8	Antiretroviral terapi (ART)	317
8.1	Medikamentgruppene	317
8.2	Indikasjon for behandling	317
8.3	Gjennomføring av terapi	318
8.4	Resultater av antiretroviral terapi	318
8.5	Medikamentbivirkninger	318
8.6	Medikamentinteraksjoner	319
8.7	Årsaker til terapivikt	319
8.8	Omkostninger ved ART	319
9	Smittsomhet under ART	320

10	Medisinske problemer under ART	320
10.1	Hjerte-karsykdom	320
10.2	Kreftsykdommer	321
10.3	Kognitive problemer og demens	321
10.4	Benskjørhet (osteoporose og osteopeni)	321
10.5	Kronisk nyresykdom	321
10.6	Lever sykdom	321
10.7	Diabetes mellitus	321
10.8	Fysisk svekkelse	321
11	Andre vedvarende problemer hos ART-behandlede pasienter	322
11.1	Fortsatt smittsomhet	322
11.2	Assistert befruktning	322
11.3	Stigmatisering og psykososiale problemer	323
12	Rettsmedisinske problemstillinger	323
13	Forebyggelse av HIV-smitte	323
13.1	Forebyggelse av smitte fra mor til barn	323
13.2	Kondomer	324
13.3	Omskjæring	324
13.4	Posteksposisjonell profylakse	324
13.5	Preeksposisjonell profylakse	324
13.6	Antiretroviral terapi som profylakse	324
14	Fremtidsmuligheter for forebyggelse og behandling	324
14.1	Vaksine	324
14.2	Immunterapi	325
14.3	Antiinflammatorisk terapi	325
14.4	Genterapi	325
14.5	Muligheter for utryddelse av viruset hos pasienter	325
15	Avslutning	325

1 Kort historikk

Den første rapport om en ny epidemi hvor sykdomstilfellene var karakterisert av alvorlig immunsvikt, kom fra helsemyndighetene i USA sommeren 1981 (1). I de neste to årene kom det stadig nye tilfeller i USA, Europa og Afrika. Det nye sykdomsbildet fikk i 1982 betegnelsen AIDS, «acquired immunodeficiency syndrome» (2). AIDS ble i følge denne definisjonen diagnostisert når en pasient som på forhånd ikke hadde noen kjent tilstand som kunne forårsake immunsvikt, utviklet en eller flere av definerte sykdomstilstander som kun forekommer hos pasienter med alvorlig immunsvikt.

Intense epidemiologiske studier ga etter hvert sterke holdepunkter for at den nye sykdommen trolig var en infeksjon, hvor smitte skjer ved seksuell kontakt, med blodprodukter inkludert kontaminerte sprøyter hos sprøytemisbrukere, og fra mor til barn i forbindelse med svangerskap og fødsel. Den første norske AIDS-diagnosen ble stilt i januar 1983 (3).

De første par årene var imidlertid årsaken til den nye epidemien ukjent. I begynnelsen av 1984 kom så gjennombruddet med oppdagelsen av det viruset som i dag kalles HIV, dvs. humant immunsvikt-virus (4,5).

HIV-virusets smitte mekanismer ble raskt definitivt klarlagt (se nedenfor).

I 1985 fikk man diagnostiske antistofftester for HIV-infeksjon til rutinebruk i medisinen (6). Dette revolusjonerte diagnostikken av HIV-infeksjon som nå også kunne påvises hos pasienter uten klassiske AIDS-manifestasjoner, blant annet helt symptomfrie individer. Testene ble også tatt i bruk til forebygging av HIV-overføring i blodtransfusjonstjenesten.

Allerede i 1984 hadde man påvist grunnlaget for HIV-virusets ødeleggelse av immunsystemet. HIV angriper og ødelegger en av de mest sentrale cellyper i immunsystemet, de såkalte CD4 positive T-lymfocytene (7).

Våren 1987 kom det første medikamentet med effekt overfor HIV-viruset, nemlig AZT, senere kalt zidovudin (8). Det viste seg raskt at behandling med AZT bare hadde en forbigående effekt. Det samme gjaldt kombinasjon av AZT med andre medikamenter av samme kjemiske type som etter hvert ble utviklet.

Bruk av AZT ble imidlertid en suksess i forebyggingen av smitte fra mor til barn, når medikamentet ble gitt til den HIV-positive moren i de

siste måneder av svangerskapet og til barnet de første ukene etter fødsel (9).

Det store gjennombruddet i HIV-behandlingen kom i 1996. Man hadde da fått en ny gruppe medikamenter med effekt overfor HIV, de såkalte proteasehemmerne. Slike proteasehemmere, kombinert med to medikamenter i AZT gruppen (nukleosidanaloger), viste seg å ha en frappeffekt (10,11). Samtidig hadde man fått nye tester som meget sensitivt tillot måling av virusmengden i blodplasma (6). Dette muliggjorde en omhyggelig monitorering av behandlingseffekten med de nye medikamentene.

Behandlingsgjennombruddet i 1996 har endret AIDS-sykdommens ansikt i alle vestlige land og medført en betydelig reduksjon av så vel dødelighet som sykkelighet forårsaket av HIV-viruset (11,12). I årene etter 1996 er stadig nye HIV-medikamenter utviklet slik at man nå har et betydelig antall midler å velge mellom.

2 HIV-viruset

2.1 Virustypene

HIV-viruset tilhører gruppen retrovirus. Det eksisterer to hovedtyper HIV-virus, HIV-1 og HIV-2 (13). Det er HIV-1 viruset som helt dominerer den globale AIDS-epidemien i dag. HIV-2-infeksjoner forekommer først og fremst i Vest-Afrika og er meget sjelden i andre deler av verden.

HIV-1 omfatter fire forskjellige grupper: M,N, og O og den nylig oppdagede P-gruppen (13). Gruppene N, O og P er meget sjeldne utenfor Vest-Afrika, slik at den globale HIV-1-epidemien er dominert av M-virus. M-viruset finnes igjen i minst ni subtyper, samt i kombinasjonsformer av disse enkelte subtypene. I Europa og Nord-Amerika er den dominerende subtype av HIV-1 viruset B, men også andre subtyper påvises relativt ofte.

2.2 HIV-virusets opprinnelse

Alt taler for at HIV-viruset er oppstått i Afrika (13). Den alminnelige oppfatning er at HIV-virusene stammer fra beslektede retrovirus som forekommer hos en rekke forskjellige apearter i sub-Sahara Afrika. Man regner med at apevirus ved en rekke forskjellige anledninger i løpet av 1900-tallet har «hoppet over» til menneske og gjennomgått forandringer som har ført til oppståelse av dagens HIV-virus.

3 Smittemåtene

Hos en HIV-smittet person finnes viruset i alle kroppsvæv og organer, og i større eller mindre grad i alle kroppsvæsker og ekskretter. I smitte-sammenheng er det først og fremst blod, sæd, sekret fra livmorhals og vagina samt analsexret som er viktige. Det dreier seg om tre hovedfor-mer av smittemåter beskrevet nedenfor.

3.1 Seksuell smitte

Det dreier seg i de aller fleste tilfeller om smitte ved vaginalt eller analt samleie i hetero- eller homoseksuell sammenheng. Basert på en lang rekke studier fra forskjellige deler av verden (14,15,16), kan risiko for smitte ved samleie anslagsvis angis:

- Risiko for smitte av kvinne ved vaginalt samleie med HIV-positiv mann: 0,01–0,32 %
- Risiko for smitte av negativ mann ved vaginalt samleie med HIV-positiv kvinne: 0,01–0,1 %
- Risiko for smitte av negativ mann eller kvinne ved passivt analt samleie med HIV-positiv mann: 1,0 %
- Risiko for smitte av negativ mann ved aktivt analt samleie med HIV-positiv mann eller kvinne: 0,06–0,3 %

I praksis er det altså ikke noen vesentlig forskjell på menns og kvinners smitterisiko ved heteroseksuelt samleie, selv om enkelte undersøkelser har indikert en noe større risiko for kvinner enn for menn.

Det er meget viktig å understreke at ovennevnte tall for smitterisiko er gjennomsnittstall fra ulike undersøkelser og ikke sier noe sikkert om smitterisiko i en enkeltsituasjon. Det er store individuelle variasjoner både når det gjelder mottagelighet for smitte og når det gjelder smittsomhet hos en HIV-positiv person (14,15,16).

Når det gjelder *mottagelighet for smitte*, er denne delvis arvelig bestemt. Man kjenner blant annet visse genetiske faktorer som i betydelig grad beskytter mot HIV-smitte (17,18). Videre spiller betennelsesprosesser forbundet med sykdommer i kjønnsorganene en viktig rolle og vil øke mottageligheten for smitte betydelig (19). Det samme gjelder sårddannelser og skader i kjønnsorganene og analregionen, for eksempel i forbindelse med voldtekt, samt bruk av intrauterine prevensjonsformer som spiral. Omskjæring hos menn synes å beskytte i betydelig grad mot smitte, ihvertfall i heteroseksuell sammenheng (14).

Det er også en rekke faktorer som påvirker *smittsomheten* hos en HIV-positiv person. Virusmengden i blod er vanligvis korrelert med graden av smittsomhet (20). Stadium i HIV-infeksjonen er også en viktig faktor, i det en HIV-pasient er aller mest smittsom den første tiden etter smittetidspunkt og i de sene stadiene av en ubehandlet HIV-infeksjon (21). Også her spiller betennelsesprosesser i genitalia, for eksempel i forbindelse med kjønnssykdommer, en viktig rolle og vil øke smittsomheten (15,19). Det samme gjelder skader og sårddannelser i kjønnsorganene. Kvinner er vesentlig mer smittsomme i menstruasjonsperioden enn ellers.

Smitte kan i seksuell sammenheng også skje ved kontakt mellom munn og kjønnsorganer (22), men dette er langt mindre hyppig enn smitte ved vaginalt eller analt samleie. I praksis er det kun fellatio, dvs. penil-oral kontakt som er viktig her. I denne sammenhengen er det rimelig å anta at ejakulasjon øker smitterisikoen, men noen dokumentasjon for dette foreligger ikke (22).

HIV-smitte ved kyssing er etter all sannsynlighet særdeles sjelden, men er beskrevet.

3.2 Smitte med blod og blodprodukter

a. Innen helsevesenet vil HIV-overføring med med blod eller blodprodukter inkludert plasma være en viktig form for smitte, såfremt forebyggende tiltak med HIV-testing av blodgivere ikke er iverksatt (23,24).

Ikke sjelden vil helsepersonell ved arbeidsuhell bli utsatt for blod- eller vevsvæske fra HIV-pasienter, først og fremst ved sprøytestikk eller ved direkte sprut av pasientmateriale mot slimhinner, for eksempel i munn og øyne. Smitte i denne sammenheng er imidlertid sjelden (25).

b. Injisierende rusmiddelbrukere som driver sprøytedeling, vil kunne overføre HIV med «fellessprøyte» som ofte vil inneholde noe blod fra forrige bruker (26).

3.3 Smitte mor – barn

En gravid HIV-positiv kvinne vil kunne smitte sitt barn, særlig i slutten av svangerskapet eller i forbindelse med selve fødselen. Man regner med en smitterisiko på 25–30 % så fremt moren ikke er under adekvat medikamentell behandling (9). Er hun tilfredsstillende behandlet, vil risikoen være under 1–2 % (27). En mor kan også smitte sitt barn ved amming, siden viruset finnes i morsmelk.

3.4 Andre teoretisk mulige, men meget sjeldne smittemåter

En rekke undersøkelser utført i de siste 25 år på ulike steder i verden har kunnet utelukke at det foreligger risiko for HIV-smitte ved vanlig sosial kontakt, også i familiesammenheng, forutsatt at det ikke dreier seg om seksuell kontakt eller sprøytedeling mellom familiemedlemmer.

Teoretisk burde man forvente en viss risiko for smitteoverføring hvis blod eller annen HIV-holdig væske fra en pasient kommer i direkte kontakt med et åpent hudsår eller slimhinner hos en HIV-negativ person. Det har gjennom de siste 20 år kun vært beskrevet en håndfull tilfeller hvor slik smitte kan tenkes å ha skjedd.

Overføring av HIV-smitte ved stikkende/bitende insekter er aldri dokumentert og forekommer etter all sannsynlighet ikke.

3.5 Superinfeksjon

Det har vært kjent i flere år at en HIV-positiv person kan bli smittet på ny med en annen HIV-stamme. Nye studier tyder på at slik superinfeksjon trolig skjer adskillig hyppigere enn man tidligere var klar over (28). Ofte vil en slik superinfeksjon trolig ikke ha noen åpenlyst negative konsekvenser. I situasjoner hvor slik superinfeksjon skjer med resistent virus (se senere), kan dette få negative følger for den smittede part (29). I praksis vil det imidlertid ofte være vanskelig å påvise at superinfeksjon har funnet sted.

4 HIV-epidemiens utbredning og dynamikk

Siden AIDS-epidemiens utbrudd har HIV-viruset spredd seg til alle bebodde kontinenter. I følge estimer fra UNAIDS har den globale epidemien vært relativt stabil siden 2000, men på et uakseptabelt høyt nivå. I 2007 regnet man med at 33 millioner levde med HIV-infeksjon og at over 25 millioner allerede var døde. I årene fra 2001 til 2007 regnet man med ca. 3 millioner nye tilfelle av HIV-infeksjon pr. år (30).

Selv om sub-Sahara Afrika har bare 10 % av verdens innbyggere, er dette området det hardest rammede med ca. to tredjedeler av alle individer som lever med HIV-infeksjon og ca. tre fjerdedeler av årlige AIDS-dødsfall. Den afrikanske AIDS-epidemien er først og fremst drevet ved heteroseksuell smitte. Ca. 10 % av HIV-tilfellene skyldes

imidlertid smitte med blod og blodprodukter i hel-sevesenet på grunn av inadekvat forebyggelse.

I de senere år har HIV-epidemien også spredd seg til Østen og rammet tidlig Thailand (31). Epidemien er også under utvikling i Kina og India, hvor svært aktiv forebyggelse er nødvendig for å hindre en katastrofe i disse folkerike landene. I flere andre asiatiske land er HIV-infeksjon fortsatt relativt sjelden.

HIV-epidemien i Asia har hittil vært drevet først og fremst ved heteroseksuell smitte og sprøytemisbruk.

I Europa representerer HIV / AIDS fortsatt et betydelig folkehelseproblem, men det er store forskjeller mellom de ulike regionene både når det gjelder HIV-spredningens dynamikk og de affiserte risikogrupper (32).

I Vest-Europa, som i WHO-sammenheng omfatter også Spania, Portugal og Italia, dominerer smitte i gruppen menn som har sex med menn, hvor det er en viss økning, men også heteroseksuell smitte spiller en betydelig rolle, blant annet hos personer med tilknytning til høyendemiske områder i verden, særlig Afrika.

I den sørlige del av regionen (Italia, Spania, Portugal) utgjør sprøytemisbrukere en stor andel av HIV-populasjonen. Omfattende forebyggelsesprogrammer og antiretroviral terapi har redusert sykkelighet og død i regionen.

I Sentral-Europa er HIV-epidemien nokså stabil på et relativt lavt nivå, med de samme risikogrupper som i vest.

I Øst-Europa har det i siste tiår skjedd en ganske dramatisk økning av HIV-tilfeller, særlig blant sprøytemisbrukere, men også ved heteroseksuell smitte.

Også i USA representerer HIV-epidemien et betydelig folkehelseproblem med over 1 million amerikanere med HIV-infeksjon i 2007 (30). Smitte i gruppen menn som har sex med menn, dominerer, fulgt av heteroseksuell overføring. Gruppen afroamerikanere er hardest rammet, fulgt av den hispaniske befolkningsgruppen.

I Norge er det siden det første tilfelle av AIDS diagnostisert i januar 1983 (3), diagnostisert i alt 4897 HIV-infeksjoner frem til utgangen av 2011, 3295 menn og 1602 kvinner (33). Den største gruppen anses heteroseksuelt smittet, men over to tredjedeler av disse er smittet i høyendemiske land utenfor Norge. Den største gruppen som er smittet i Norge, er derfor menn som har sex med menn, som i alt utgjør 31,6 % av tilfellene, mens sprøytemisbruk var bakgrunnen for 11,9 % av alle tilfeller.

Frem til utgangen av 2011 var det i alt 68 tilfeller av smitte fra mor til barn. Siste påviste tilfelle av perinatal smitte hos barn født i Norge var i 2000.

5 Hvordan forårsaker HIV-viruset sykdom?

Etter at smitte er skjedd, for eksempel i seksuell sammenheng, vil viruset i de første 2–3 dager være lokalisert til smittestedet, det vil si genitalia. Deretter skjer det en massiv spredning av viruset til de aller fleste av kroppens vev og organer (34).

I løpet av snart 30 års AIDS-forskning er vår viten om HIV-virusets sykdomsfremkallende egenskaper økt sterkt (35). Fortsatt er det imidlertid en del vi ikke vet om sykdomsmekanismene.

Den rådende oppfatning i dag er at sykdom forårsaket av HIV-viruset dels skyldes ødeleggelsen av pasientens immunsystem med utvikling av alvorlig *immunsvekt*, dels ved at infeksjonen forårsaker en *kronisk betennelsestilstand* med en rekke mulige sykdomskonsekvenser. Disse to mekanismene påvirker hverandre også gjensidig, blant annet ved at den ulmende, kroniske betennelsen forsterker utviklingen av immunsvekt.

5.1 HIV-relatert immunsvekt

Som andre virus kan HIV-viruset bare overleve inne i levende celler. Hvilke celler som angripes, er forskjellig for ulike virus. HIV-virusets evne til å forårsake immunsvekt er først og fremst knyttet til at virusets foretrukne målcelle er de såkalte *CD4-positive T-cellerne* (7). Denne celletypen som er helt sentral i immunsystemet, koordinerer og forsterker en lang rekke immunologiske reaksjoner av betydning for infeksjonsforsvaret (36).

HIV-viruset binder seg til spesielle receptorer på de CD4-positive T-lymfocyttenes overflate (CD4-molekylet og kjemokinreceptorer), og dette fører til at viruset trenger inn i T-cellen og setter i gang sin livssyklus.

Virusets arvestoff (genomet) som er av RNA-typen, får nå oversatt sin genetiske kode til DNA. Dette DNA blir så bygget inn i vertscellens DNA i kromosomene. Fra da av kan HIV-viruset «overta» kontrollen over cellen og sette i gang en massiv produksjon av nye viruspartikler. Disse forlater den smittede cellen som dør i løpet av 1–2 døgn, for så å invadere nye CD4-positive T-celler. Dette fører til en massiv og vedvarende ødeleggelse av CD4-positive T-celler (36).

Over lang tid vil pasientens immunsystem nesten klare å holde tritt med ødeleggelsen ved å produsere nye T-celler, men gradvis svikter denne kompensatoriske mekanismen (37,38). Resultatet blir en gradvis ødeleggelse av hele immunsystemet med alvorlig svekt i produksjonen av nye CD4-positive T-celler (38). Denne utviklingen kan følges klinisk ved måling av antall CD4-positive T-lymfocytter i blod. Dette tallet er i praksis mål for hvor alvorlig den HIV-utløste immunsvekten er blitt, og tillater en vurdering av risiko for at pasienten i nær fremtid utvikler de mange sykdomskomplikasjoner som er knyttet til immunsvekt.

5.2 Kronisk inflammasjon (betennelse)

HIV-infeksjonen fører til en vedvarende inflammatorisk prosess som forårsakes av flere faktorer (39). I de tidligste stadier av infeksjonen skjer det blant annet en særlig massiv ødeleggelse av CD4-positive T-celler i tarmslimhinnen som gjør at denne blir permeabel for biologisk aktive bakterieprodukter fra tarminnholdet (35,39). Slike produkter stimulerer betennelsesreaksjoner i pasientens kropp. Også reaksjoner på HIV-viruset selv utløser betennelsesprosesser (40).

Den kroniske betennelsen ved HIV-infeksjon synes å bidra til utvikling av komplikasjoner fra en rekke av kroppens organer som ikke direkte forårsakes av den virusutløste immunsvekten, men er beslektet med mer ordinære sykdomstilstander som ses i normalbefolkningen, særlig med økende alder (41,42,43). Disse ikke-immunsvektrelaterte HIV-komplikasjonene omtales nærmere nedenfor.

6 Det naturlige forløp av HIV-infeksjon

6.1 Primær infeksjon (akutt retroviralt syndrom)

Over halvparten av pasientene får i løpet av få uker etter smittetidspunktet et akutt sykdomsbilde som viser seg ved forbigående feber som kan ha preg av vanlig influensa, men ofte er assosiert med hovne lymfeknuter, sår hals og utslett (44). Sykdomsbildet kan også ligne mononukleose («kyssesyke»). Unntagelsesvis ses også alvorligere sykdomstegn, for eksempel tegn på hjernehinnebetennelse. I løpet av relativt kort tid blir pasienten i alminnelighet helt frisk og går inn i en langvarig, symptomfri periode, som hos et flertall

av HIV-pasienter varer i mange år før sykdoms-
tegn begynner å melde seg.

6.2 Kronisk symptomfri HIV-infeksjon

I denne perioden med kronisk HIV-infeksjon kan en del pasienter ha forstørrede lymfeknuter, som imidlertid ikke skaper noen problemer og oftest er et tilfeldig funn. I disse årene er HIV-infeksjonen imidlertid meget aktiv, og det skjer stadig en økende destruksjon av immunsystemet som omtalt ovenfor (36). Ved et naturlig forløp vil ca. halvparten av HIV-pasienter etter 10–11 år ha fullt utviklet AIDS, mens 40 % vil være nærmest symptomfrie (45,46).

Det er store individuelle variasjoner i tempoet i det naturlige sykdomsforløpet og prognosen når det gjelder utvikling av alvorlig immunsvikt, inkludert AIDS (45,46). Man kjenner bare delvis årsakene til dette.

Genetiske faktorer spiller en rolle (18). Pasientens *alder* er av betydning, idet eldre mennesker har et raskere sykdomsforløp enn yngre, med unntagelse av nyfødte som også viser en hurtig sykdomsutvikling. *Virusmengden* (dvs. HIV RNA i blod) spiller en rolle: Jo mer virus, jo raskere sykdomsutvikling (47). *Nærvær av en del andre sykdommer*, særlig infeksjonskomplikasjoner, synes også å ha en akselererende virkning på sykdomsutviklingen (48,49).

Uansatt de store individuelle variasjonene i sykdomsutviklingen vil det store flertall av pasienter før eller senere gå inn i en sykdomsfase med alvorlige komplikasjoner, eventuelt fullt utviklet AIDS, som ubehandlet vil være dødelig. Tiden fra debut av full AIDS-sykdom til død er gjennomsnittlig under 1 ½ år.

6.3 Immunsviktrelaterte sykdomskomplikasjoner

Det klassiske forløpet ved ubehandlet HIV-infeksjon er først og fremst preget av de mange manifestasjonene av immunsvikt forårsaket av viruset (45,46). Ikke sjelden blir den symptomatiske sykdomsfasen innledet med relativt trivielle sykdoms-
tegn, for eksempel former for utslett.

Etter hvert som immunsvikten tiltar, vil pasienten imidlertid bli rammet av ulike former for infeksjoner. Noen av de mikrober som gir problemer, er også vanlige i normalbefolkningen, for eksempel pneumokokker som er en viktig årsak til lungebetennelse.

Mange viktige mikrober klassifiseres imidlertid som såkalte opportuniste, det vil si mikrober

som stort sett kun er i stand til å gi sykdom hos pasienter med svekket immunforsvar.

I tillegg til infeksjoner sees også enkelte spesielle kreftformer som opptrer særlig hos individer med svekket immunforsvar, for eksempel former for lymfom (lymfekreft) og såkalt Kaposi-sarkom.

Enkelte av disse viktige immunsviktkomplikasjoner skal nevnes ganske kort:

Lunger: Lungebetennelse er vanlig og kan dels skyldes vanlig forekommende bakterier (særlig pneumokokker), men også en meget spesiell sopp (Pneumocystis) som bare rammer immunsviktpasienter. Tuberkulose er mange steder i verden en hyppig komplikasjon og vil kunne ramme tidlig i immunsviktutviklingen.

Mage/tarmsystemet: Svært ofte ses infeksjoner med gjærsoppen Candida som dels kan gi betennelse i munnhulen med hvitlig belegg på slimhinnen, dels alvorligere betennelse i spiserøret som kan vanskeliggjøre næringsinntak. Også tarminfeksjoner med så vel vanlig forekommende bakterier som spesielle parasitter og virus sees ofte og kan gi kroniske, svære diarétilstander.

Hud: I tillegg til relativt trivielle hudmanifestasjoner som hudsopp og eksem, kan man få manifestasjoner av den spesielle kreftformen Kaposi-sarkom, som også kan ramme andre deler av kroppen.

Hjernen og nervesystemet for øvrig: En spesiell soppart (kryptokokker) kan gi en livstruende hjernehinnebetennelse, og spesielle parasitter og virus kan gi henholdsvis hjerneabscesser og diffus hjernebetennelse. Lymfekreft kan også oppstå i hjernen. Et spesielt virus (CMV) kan også forårsake en synstruende betennelse av netthinnen i øyet.

De ulike immunsviktkomplikasjonene inntreffer i typiske tilfeller i ulike stadier av pasientens immunsviktutvikling. Dette betyr at man i noen grad kan forutse og forebygge de vanligste komplikasjonene, når man kjenner immunsviktens grad bedømt ved CD4-tallet i blod.

Et vanlig trekk ved den naturlige immunsviktutviklingen hos HIV-pasienter er at flere immunsviktkomplikasjoner opptrer samtidig. Dette kan vanskeliggjøre diagnostikk og behandling.

Hos HIV-pasienter med svær immunsvikt synes også HIV-viruset selv å kunne fremkalle alvorlige sykdomskomplikasjoner. Det dreier seg blant annet om en alvorlig form for hjernebetennelse som oftest ender med demens (50). I noen tilfeller skyldes kroniske, svære diaré-tilstander

trolig HIV-virusets egen effekt på tarmslimhinnen og ikke andre infeksjoner i tarmkanalen. Alvorlig vekttaap synes også av og til å være direkte forårsaket av HIV-viruset og ikke av andre komplikasjoner.

6.4 Ikke-immunsviktrelaterte sykdomskomplikasjoner

I de siste årene er man blitt klar over at en HIV-pasient også har økt forekomst av en rekke sykdomstilstander som ikke skyldes immunsvikten direkte, men som trolig er knyttet til den vedvarende inflammasjonstilstanden som er nevnt ovenfor (39,43,51). Disse tilstandene, blant annet hjerte-karsykdom, affeksjon av sentralnervesystemet, benskjørhet, nyresykdom, diabetes, lever sykdom og generell fysisk svekkelse, omtales nedenfor i forbindelse med antiretroviral behandling.

7 Diagnostikk

Diagnostikk av HIV-infeksjon skjer ved hjelp av to typer tester:

1. Påvisning av antistoffer mot HIV-viruset
2. Direkte påvisning av HIV-virus

7.1 Påvisning av antistoff mot HIV

Denne testingen foregår gjerne i to trinn (6). I første trinn benyttes spesielle screeningtester, dvs. tester som er relativt lite tidkrevende og kan benyttes til undersøkelse av et større antall blodprøver. Et positivt resultat med en slik screeningtest må alltid verifiseres med spesielle konfirmasjonstester hvor en annen metodikk benyttes. Disse testene er mer tidkrevende. Først når et positivt resultat foreligger etter konfirmasjonstesting, kan en HIV-infeksjon sies å være sikkert diagnostisert. Når antistoff mot HIV utvetydig er påvist, har pasienten alltid aktiv HIV-infeksjon.

Det tar vanligvis noen få uker etter smittetidspunkt før antistofftestene blir entydig positive. De fleste smittede pasienter vil ha påviselig antistoff innen de første tre måneder, men unntagelsesvis kan det såkalte «sero-negative vinduet» vare lenger, eventuelt opp til seks måneder.

Antistoffmetoden benyttes dels til klinisk diagnostikk av symptomfri eller symptomgivende HIV-infeksjon hos enkeltpasienter, dels til screening av blodgivere.

Bruk av antistofftesting hos enkeltindivider er indisert når det foreligger kliniske manifestasjo-

ner som er suggestive for HIV-relatert immunsvikt. Testing benyttes også i tilfelle hvor man mener at det foreligger særlige risikofaktorer for HIV-infeksjon, selv om pasienten er symptomfri. Særlig i sistnevnte tilfeller har det hittil vært ansett som nødvendig å informere pasienten om testingen på forhånd.

7.2 Direkte påvisning av HIV-viruset

Viruset kan også påvises direkte som HIV RNA i blodplasma ved såkalt PCR-teknikk (6). Denne teknikken er meget sensitiv og kan påvise et antall viruspartikler på under 50 partikler pr. milliliter blodplasma.

Denne teknikken brukes særlig til måling av virusmengden i blod hos pasienter under medikamentell behandling.

Direkte HIV-påvisning med PCR-teknikk benyttes også i spesielle tilfelle til individuell klinisk diagnostikk.

Også tester som påviser spesielle HIV-antigener benyttes (6), men da oftest i kombinasjon med antistofftester.

8 Antiretroviral terapi (ART)

8.1 Medikamentgruppene

Det har vært en ganske rask utvikling av HIV-medikamenter i de senere år. I dag foreligger ca. 25 forskjellige medikamenter, som fordeler seg på seks forskjellige hovedgrupper (52,53). Denne inndelingen er først og fremst basert på medikamentets angrepspunkt, og i enkelte tilfeller også på den kjemiske struktur av medikamentet. Fire av disse medikamentgruppene angriper spesielle enzymer som er sentrale for virusets livssyklus inne i CD4-positive T-celler, mens to av gruppene hindrer viruset i å feste seg til sine receptorer på T-cellens overflate og forhindrer på denne måten infeksjon av cellen.

8.2 Indikasjon for behandling

Alle pasienter med *sykdomstegn* som skyldes HIV-infeksjonen, skal behandles.

Videre skal alle pasienter med *CD4-tall under 300–350 pr. mm³ blod* behandles ut fra gjeldende retningslinjer (53,54).

Det er også aktuelt å starte behandling i tilfeller hvor *CD4-tallet faller* særlig raskt.

I Norge har vi ikke vektlagt virusmengden (målt som HIV RNA med PCR-teknikk) i blodplasma alene som indikator for behandling.

I tillegg til de konvensjonelle kriteriene for behandlingsstart som er nevnt ovenfor er det imidlertid i økende grad blitt vanlig å legge en viss vekt på flere andre sykdomsforhold hos pasienten. Det dreier seg blant annet om nærvær av visse kreftformer, kronisk virus-hepatitt (hepatitt B og C), og risiko for hjerte-karsykdom (54). Også pasientens alder tas ofte med i vurderingen. Tidlig behandlingsstart er enda viktigere for eldre pasienter enn yngre.

Alle HIV-positive gravide kvinner skal behandles, selv om de for øvrig ikke tilfredsstiller de vanlige kriteriene for behandlingsstart.

Nylig publiserte tidlige resultater fra en pågående studie av stabile, heteroseksuelle par hvor den ene part er HIV-positiv, viste en markant reduksjon av HIV-smitte der antiretroviral terapi ble gitt (55). Det kan derfor bli aktuelt å tilby terapi til den HIV-positive part i slike parforhold, selv om konvensjonelle kriterier for terapistart ikke skulle foreligge.

HIV-medikamenter benyttes også som nevnt nedenfor (kap. 13), i spesielle situasjoner for å forebygge infeksjon.

8.3 Gjennomføring av terapi

Antiretroviral terapi forventes å være livslang, idet viruset ikke utrykkes fra organismen med dagens medikamenter selv om virusmengden i kroppen oftest reduseres drastisk. Behandlingen krever relativt hyppige kliniske kontroller med måling av CD4-tallet i blod, måling av virusmengde (HIV RNA) i blodplasma, samt en rekke ordinære blodprøver med tanke på mulige bivirkninger av behandlingen (55).

Mens de første medikamentelle regimene vi fikk i 1996, ofte representerte en betydelig belastning på pasientene både på grunn av høyt antall tabletter og restriksjoner når det gjaldt matinntak, eventuelt faste i forbindelse med tablettinntak, er dagens regimer langt mer pasientvennlige.

8.4 Resultater av antiretroviral terapi

I 80–90 % av tilfellene vil virusmengden i blod i løpet av de første månedene falle under påvisningsgrensen for PCR-tester til måling av HIV RNA. Dette er et viktig første mål for behandlingen.

Videre vil antallet CD4-positive T-lymfocytter i blod gradvis stige i de første månedene, og denne

stigningen vil kunne fortsette de første par årene. Mange pasienter får CD4-tall i normalområdet som tegn på en vesentlig forbedring av immunsystemet (56).

Normaliseringen av pasientens infeksjonsfor-svar forebygger meget effektivt immunsviktkomplikasjoner, særlig infeksjoner, og en vellykket behandlet pasient vil oftest være frisk og symptomfri. Den frapperende effekten av moderne antiretrovirale behandling har helt endret HIV-/AIDS-sykdommens ansikt i de vestlige land (11,57). Det store flertall av pasientene behandles i dag poliklinisk uten behov for kostbare og langvarige sykehusinnleggelse som preget HIV-/AIDS-behandlingen i årene før 1996. Millioner av pasient-år er vunnet med betydelige samfunnsøkonomiske gevinster (12).

En rekke studier viser imidlertid at selv vellykket behandlede HIV-pasienter muligens ikke vil ha helt den samme livslengde som befolkningen for øvrig (58,59). Sen diagnose av HIV-infeksjonen er en viktig ugunstig faktor (60).

8.5 Medikamentbivirkninger

Bivirkninger sees ikke sjelden med antiretrovirale medikamenter (61). Et stort antall slike bivirkninger kan forekomme og kan ramme ulike organsystemer. Noen av disse er relativt harmløse, mens andre kan være så alvorlige at det aktuelle medikamentet må erstattes med et annet.

Noen av de vanlige bivirkningene er knyttet til alle midler i en medikamentgruppe, mens andre er assosiert kun med enkeltmedikamenter. En del aktuelle bivirkninger melder seg relativt tidlig etter behandlingsstart, mens andre først gir problemer etter lengre tids behandling, eventuelt etter flere år.

Blant *tidlige bivirkninger* sees relativt ofte diaré-problemer forårsaket av proteasehemmere. Flere medikamenter kan gi et hissig, allergisk utslett. Et vanlig brukt medikament gir påvirkning av sentralnervesystemet, blant annet i form av uttalt tretthet og må derfor tas om kvelden. Dette medikamentet kan også forsterke en kronisk depresjon. Uttalt anemi sees også med enkelte såkalte nukleosidanaloger, blant annet AZT. Toksisk påvirkning av leveren sees med flere medikamenter (62).

Av *sene bivirkninger* som til dels kan være ganske alvorlige, er uttalte stoffskiftestyrrelser, blant annet påvirkning av fettstoffsiftet med abnorme konsentrasjoner av kolesterol og andre fettstoffer i blod. Hos noen pasienter ses også abnorm omfordeling av fettvevet i kroppen som

blant annet kan gi betydelige kosmetiske problemer med akkumulering av fettvev i abdomen og nakkeregionen, mens det kan komme en uttalt avmagring i ansikt, legger og underarmer (61). Enkelte pasienter utvikler diabetes.

Forstyrrelsene i fettstoffsiftet bidrar trolig til den overhyppighet av hjerte-karsykdom som sees hos HIV-pasienter, men her kommer også andre viktige faktorer inn, først og fremst den kroniske betennelsesprosessen (se nedenfor).

Enkelte medikamenter kan gi en kronisk nyresykdom, og kan påvirke bensubstansen i skjelettet. Noen medikamenter kan forårsake en betennelse i perifere nerver.

En viktig del av legens oppgave ved kontroller av pasienter under ART er påvisning av mulige bivirkninger. I de fleste tilfeller kan man løse bivirkningsproblemet ved å skifte ut det aktuelle medikamentet med et annet.

8.6 Medikamentinteraksjoner

En rekke HIV-medikamenter omsettes i kroppen via de samme biokjemiske mekanismer som mange andre vanlig anvendte medikamenter. Ikke sjelden vil HIV-pasienter også benytte slike medikamenter for andre sykdomstilstander, og betingelsene for såkalte interaksjoner mellom disse og pasientens HIV-medikamenter er da ofte tilstede (63). Det er flere mulige konsekvenser av dette. HIV-medikamentene kan nedbrytes raskere enn normalt og medføre dårligere effekt på HIV-viruset. Alternativt får man redusert nedbrytning av HIV-medikamentene med opphopning av mulig toksiske mengder i kroppen. Tilsvarende vil slike interaksjoner kunne føre til at de andre medikamentene pasienten tar, får en forstyrret omsetning med enten svekket effekt eller toksisitet som resultat.

Antallet medikamentinteraksjoner hvor HIV-medisiner er involvert, er i dag meget stort og krever betydelig innsikt hos den behandlende lege. Dette problemet vil øke ytterligere etter hvert som HIV-populasjonen eldes, siden medikamentbruken normalt øker med alderen (64,65).

8.7 Årsaker til terapivikt

Av og til vil den antiretrovirale behandling som er startet, på et visst tidspunkt svikte. Dette viser seg oftest ved at virusmengden i blod som måles ved legek kontrollene, begynner å stige, mens CD4-tallet som er mål for graden av immunsvikt, etter en tid vil begynne å falle.

Det er flere mulige årsaker til behandlingsvikt.

En av de vanligste årsakene er at pasienten ikke har tatt sin medikasjon regelmessig. Viktige faktorer som kan føre til dårlig medikamentetterlevelse, er depresjon, kognitive forstyrrelser, rusmiddelbruk og dårlig informasjon om viktigheten av regelmessig medikamentinntak.

Ved visse kroniske sykdomstilstander i fordøyelseskanalen kan også oppsugingen av HIV-medikamentene ha vært for lite effektiv. Videre kan medikamentinteraksjoner som nevnt ovenfor, ha svekket effekten av HIV-medisinen på viruset.

I alle tilfeller hvor HIV-viruset over tid blir påvirket av for lave medikament-konsentrasjoner, er risikoen betydelig for at viruset skal utvikle *resistens* mot de aktuelle medikamentene (66). Fordi viruset klarer å formere seg når medikamentpåvirkningen er inadekvat, vil det oppstå mutasjoner i viruset som ikke lenger er påvirkelige av de aktuelle HIV-medikamentene. Dette vil i alminnelighet nødvendiggjøre utskifting av medikamenter, hvis resistensundersøkelser som er en viktig del av HIV-behandlingen i dag, bekrefter at pasientens virus har utviklet resistens. Undersøkelsene vil da også gi opplysninger om hvilke medikamenter som er hensiktsmessige som erstatning.

Resistensutvikling er en fryktet komplikasjon under antiretroviral terapi og må med alle midler forebygges. Hos en mindre gruppe av pasienter har viruset etter års mer eller mindre inadekvat terapi utviklet resistens mot de fleste av våre HIV-medikamenter. Dette medfører store problemer og mulig utvikling av alvorlig immunsvikt med komplikasjoner.

8.8 Omkostninger ved ART

Moderne antiretroviral terapi er meget kostbar, først og fremst på grunn av høy medikamentpris. Et vanlig medikamentregime vil stort sett komme på ca. 100 000 kroner pr. år. I tillegg kommer utgifter til regelmessige legek kontroller med til dels spesialisert blodprøvetakning. Dette er årsaken til at det i alt vesentlig er kun de rike, industrialiserte land som har kunnet tilby sine borgere fullgod antiretroviral terapi. I de fattige deler av verden hvor majoriteten av HIV-pasienter tross alt befinner seg, er det fortsatt store mangler når det gjelder både tilbud av ART, og den infrastruktur som kreves for å gjennomføre slik behandling på en forsvarlig måte etter vestlig standard (67).

9 Smittsomhet under ART

Som omtalt ovenfor er det en rekke faktorer som spiller en rolle for seksuell overføring av HIV, både hos mottageren og hos smittebæreren. Av disse er virusmengden i blod en viktig faktor (20,68). Under vellykket ART reduseres virusmengden i kroppen sterkt, og et stort antall pasienter har ikke lenger påviselig virus i blod ved PCR-testing. Det er all grunn til å tro at en slik pasient er mindre smitteførende enn før behandlingen ble satt inn, da virusmengden i kroppen var vesentlig høyere. Hvis man derfor sammenligner den gjennomsnittlige smittsomhet hos en større gruppe vellykket behandlede HIV-pasienter med en tilsvarende pasientgruppe som ikke får behandling, kan det ikke være tvil om at den behandlede gruppen vil være vesentlig mindre smittsom. Resultatene av den tidligere omtalte, pågående studien av stabile, heteroseksuelle par (55) tyder også sterkt på dette.

Enkelte har også hevdet at man hos den enkelte HIV-pasient kan erklære smittefrihet når HIV RNA ikke lenger er påviselig i blod. Det vakte betydelig oppmerksomhet internasjonalt da en sveitisk komité av medisinerer i januar 2008 publiserte en erklæring hvor det ble hevdet at HIV-pasienter under behandling som tok sine medikamenter regelmessig, gikk til regelmessige legekontroller, og hadde virusmengde (HIV RNA) i blod under 40 kopier/ml i minst 6 måneder, ikke medførte noen seksuell smitterisiko forutsatt at pasienten og/eller partneren ikke hadde noen annen seksuelt overførbar infeksjon (69).

Den sveitsiske rapporten som ikke var basert på egne forskningsresultater, men kun på gjennomgang av en rekke publikasjoner fra forskjellige deler av verden, førte til omfattende debatt, og konklusjonene har vært gjenstand for betydelig kritikk av en rekke HIV-eksperter og tunge offisielle institusjoner innen HIV-arbeid og -forskning, inkludert WHO (70,71,72,73,74,75). Rapporten baserte seg på et relativt lite antall ukontrollerte studier av heteroseksuell overføring, og premissene for konklusjonen anses som urealistiske i daglig HIV-sammenheng. Den ignorerer den økende smitterisikoen med økende antall samleier, og baserer seg på den uholdbare påstand at virusmengde i sæd og kvinnelige genitalsekreter absolutt følger virusmengden i blod. Ut fra dagens kunnskaper kan denne rapportens anbefalinger derfor ikke legges til grunn for pasientinformasjon og forebyggende HIV-arbeid. En behandlet HIV-pasient må fortsatt forholde seg til de vanlig

anbefalte tiltak for forebyggelse av smitteoverføring, først og fremst kondombruk.

10 Medisinske problemer under ART

Moderne antiretroviral terapi er som nevnt meget effektiv hos flertallet av pasienter når det gjelder undertrykkelse av virusformering og betydelig bedring, til dels normalisering av immunforsvaret. Hos slike pasienter vil de klassiske immunsviktkomplikasjonene ikke lenger representere noen vesentlig trussel.

Det er også vist at den vedvarende, ulmende inflammasjonsprosessen som også er forårsaket av HIV-infeksjonen, reduseres under ART, til dels betydelig. Denne inflammasjonen elimineres imidlertid ikke helt hos pasienter under behandling (40). Det er økende holdepunkter for at denne vedvarende betennelsesprosessen er en viktig bidragende faktor til den økte hyppighet av en rekke medisinske komplikasjoner som synes å ramme HIV-pasienter hyppigere enn i normalbefolkningen (39,41,43). Det dreier seg ikke om de tidligere omtalte «klassiske» immunsviktkomplikasjonene som preger det naturlige forløp av HIV-infeksjon på grunn av gradvis ødeleggelse av immunsystemet.

De komplikasjonene man nå i økende grad ser hos HIV-pasienter, er derimot «ordinære» sykdommer og sykdomskomplikasjoner som også ses i befolkningen for øvrig, og da i stadig økende grad ved tiltagende alder (64,65,76). På mange måter kan det derfor se ut som om en HIV-pasient har en akselerert aldringsprosess med de komplikasjoner dette medfører. Mens det store flertall av dødsårsakene ved HIV/AIDS tidligere skyldtes immunsviktkomplikasjoner, skyldes i dag over 50 % av dødeligheten slike ikke-immunsvikrelaterte sykdommer og komplikasjoner. Forholdene kompliseres imidlertid ved at de antiretrovirale medikamentene i seg selv i noen grad synes å bidra til komplikasjonene gjennom toksiske effekter over tid (77,78). Videre spiller også livsstilsfaktorer hos HIV-pasienter en rolle ved disse tilstandene.

10.1 Hjerte-karsykdom

I forhold til normalbefolkningen har HIV-pasienter en økt forekomst av atherosomatose og relatert hjerte-karsykdom (41,79). Hyppigheten av akutt hjerteinfarkt er dobbelt så høy som hos ikke HIV-positive i samme aldersgruppe. Forskjellen mellom HIV-pasienter og normalbefolkningen når det

gjelder hjerte-karsykdom, øker ytterligere med alderen.

De samme livsstils- og risikofaktorer som disponerer for hjerte-karsykdom i normalbefolkningen er naturligvis også operative hos HIV-pasienter, og flere etablerte risikofaktorer er hyppigere, for eksempel røyking. Det samme gjelder hyperlipidemier, blant annet økte kolesterolverdier. Enkelte HIV-medikamenter, særlig proteasehemmerne, bidrar til disse unormale lipidverdiene. Det er imidlertid høyst sannsynlig at den ulmende inflammasjonen hos HIV-pasienter er en viktig faktor ved hjerte-karsykdom i denne gruppen, siden også atherosklerose i normalbefolkningen er assosiert med inflammatoriske prosesser (80).

10.2 Kreftsykdommer

Mens de kreftsykdommene som er knyttet til immunsvikten ved HIV-infeksjon, er gått ned i hyppighet etter at flere og flere HIV-pasienter får antiretroviral terapi, er det etter hvert kommet en viss økning av mere vanlige cancer-former som også ses i normalbefolkningen, og da særlig i den eldre del av befolkningen (41,42,65). Det dreier seg for eksempel om prostatakreft, analkreft og lungekreft. Også her bidrar nok spesielle livsstilsfaktorer.

10.3 Kognitive problemer og demens

I de første årene av AIDS-epidemien, da man ikke hadde mulighet for å stanse den ubønhørlige immunsviktutviklingen, var alvorlig AIDS-demens ikke uvanlig i de langtkomne tilfellene (45,46). Etter innføringen av ART er AIDS-demensen blitt sjelden. Det viser seg imidlertid at finere undersøkelser av hjernefunksjoner avslører abnorme forhold hos en relativt stor prosent av HIV-pasienter, også under tilsynelatende vellykket behandling (81,82). I en del tilfeller er disse kognitive forstyrrelsene nærmest symptomfrie og interfererer ikke med hverdags- og arbeidsliv. Hos enkelte HIV-pasienter spiller imidlertid hjerneaffeksjonen en viss rolle. Det er holdepunkter for at den kroniske inflammatoriske aktiviteten ved HIV-infeksjon kan være en viktig faktor i mekanismen ved disse forstyrrelsene (83).

10.4 Benskjørhet (osteoporose og osteopeni)

Sammenlignet med normalbefolkningen har HIV-pasienter økt forekomst av benskjørhet, og dette kan føre til en viss økt hyppighet av benbrudd

(79). Det gjelder både menn og kvinner, selv om kvinner etter menopausen er mest utsatt. Igjen synes det som om kronisk betennelsesaktivitet er en viktig faktor bak benforstyrrelsene. Enkelte medikamenter synes å kunne bidra til benskjørheten.

10.5 Kronisk nyresykdom

Forekomsten av nyresykdom er hyppigere hos HIV-pasienter. Både kronisk betennelse og enkelte medikamenter bidrar her (41).

10.6 Leversykdom

Det er mange årsaker til kronisk leversykdom hos HIV-pasienter. Hepatitt B-virus og særlig hepatitt C-virus som er viktige årsaker til kronisk leversykdom generelt, forekommer i økt hyppighet hos HIV-pasienter. Videre er det enkelte HIV-medikamenter som kan ha toksiske effekter på leveren og gi kronisk leversykdom (62). Imidlertid spiller nok også her den underliggende betennelsesprosessen en rolle.

10.7 Diabetes mellitus

Diabetes mellitus (sukkersyke) er noe hyppigere hos HIV-pasienter enn i normalbefolkningen. Her spiller nok blant annet enkelte medikamenters evne til å forårsake forstyrrelser i fett/glukose-stoffskiftet en rolle.

10.8 Fysisk svekkelse

Hos HIV-pasienter er det en økt forekomst av generell fysisk svekkelse blant annet når det gjelder muskelkraft, som ellers er assosiert med aldringsprosessen (41,65).

Alle de nevnte sykdomskomplikasjonene er i og for seg velkjente tilstander som øker med tiltagende alder og oppfattes som aldersrelaterte komplikasjoner i befolkningen generelt. Det er interessant at det også ved den normale aldringsprosess er påvist ulmende inflammasjon og immunologiske forstyrrelser som minner om det man ser ved HIV-infeksjon (42,76). Dette kan bety at det ikke bare dreier seg om overfladiske likhetspunkter, men at mekanismene ved de ikke-immunsviktrelaterte sykdomskomplikasjoner ved HIV-infeksjon er beslektet med mekanismene som er operative med økende alder i normalbefolkningen. Enkelte AIDS-forskere er derfor av den oppfatning at det foreligger en prematur aldringspro-

sess ved HIV-infeksjon. Dette er imidlertid ikke endelig fastslått (77,78).

Det er grunn til å frykte at de ikke-immunsvikrelaterte komplikasjonene knyttet til betennelse vil spille en større og større rolle i årene fremover etter som vi får en stadig større populasjon av aldrende HIV-pasienter, hvor den normale aldringsprosessen med sine komplikasjoner kommer i tillegg til HIV-infeksjonens følger.

11 Andre vedvarende problemer hos ART-behandlede pasienter

11.1 Fortsatt smittsomhet

Et betydelig problem som særlig er aktuelt hos yngre HIV-pasienter, er erkjennelsen av at de har en kronisk HIV-infeksjon og fortsatt kan være smitteførende med de konsekvenser det har i blant annet seksuell sammenheng. I Norge har helsevesenet i allminnelighet understreket at HIV-pasienter er forpliktet til å informere potensielle seksualpartnere om sin HIV-infeksjon før et forhold innledes. Dette oppleves som svært vanskelig av en del HIV-pasienter som ofte har ubehagelige erfaringer med potensielle partners reaksjon. En del HIV-pasienter lykkes derfor ikke i å etablere mer permanente forhold.

11.2 Assistert befruktning

I mange parforhold der den ene part er HIV-positiv, ønsker paret barn. Et viktig fundament i det forebyggende arbeid mot HIV-smitte har alltid vært sterke anbefalinger om «sikker sex». I praksis betyr dette bruk av kondom. Siden selv vellykket behandlede HIV-pasienter fortsatt må ansees som potensielt smitteførende, gjelder krav om beskyttet sex stadig. Skal et par hvor den ene part er HIV-positiv, kunne få egne barn, kreves derfor hjelp fra helsevesenet til assistert befruktning. I tillegg til forebygging av HIV-smitte vil slik behandling også av og til være ønskelig fordi både HIV-positive kvinner og menn kan ha nedsatt fertilitet.

Tre ulike prosedyrer er aktuelle ved assistert befruktning hos HIV-positive par (84,85):

Intrauterin inseminasjon (IUI) hvor mannens sæd benyttes til inseminasjon av kvinnen.

In vitro-fertilisering (IVF) hvor befruktning av egget skjer utenfor kvinnens kropp ved blanding av uthentede egg og spermier, og det befruktete egg så anbringes i kvinnens uterus.

Intracytoplasmatisk spermieinjeksjon (ICSI) hvor egget befruktes utenfor kvinnens kropp ved innføring av enkeltspemier i det uthentede egg under mikroskopisk veiledning, og det befruktete egg så anbringes i kvinnens uterus.

I de tilfeller hvor mannen er HIV-positiv, må hans sæd prepareres ved såkalt «sædvask», som fjerner HIV-viruset og gjør det trygt å benytte spermene til den ønskede prosedyre. Før den rensede sæd anvendes, gjøres for sikkerhets skyld undersøkelse på mulig gjenværende HIV-virus med meget sensitiv teknikk.

Når de ovennevnte prosedyrer benyttes, unngår man smitteeksposisjon av den HIV-negative part. Assistert befruktning har vært benyttet i en rekke land i mange år, og et betydelig antall svangerskap og fødsler uten HIV-smitte av partnere eller barn har vært resultat av dette (84).

En helt nødvendig forutsetning for assistert befruktning der kvinnen er HIV-positiv, er at hun følges nøye under svangerskapet med antiretroviral behandling, som også gies til det nyfødte barn i en periode etter fødselen. Moren må heller ikke amme barnet.

Under henvisning til bioteknologiloven har myndighetene i Norge foreløpig stilt seg avvisende til assistert befruktning hos HIV-positive par, som hittil har måttet henvises til utenlandske klinikker.

I de tilfeller hvor kvinnen er HIV-positiv, har det blant annet vært anført som støtte for en restriktiv holdning vedrørende assistert befruktning at risikoen for HIV-smitte av barnet som i dag er under 1–2 %, fortsatt er uforsvarlig høy. Videre har det vært hevdet at de antiretrovirale medikamentene som moren må ha under graviditeten, kan ha uakseptable toksiske effekter på fosteret. Omfattende erfaringer i en rekke land tyder imidlertid ikke på at dette er noe vesentlig problem når svangerskap og fødsel skjer etter gjeldende retningslinjer (86, 87, 88). Når det gjelder forekomst av medfødte misdannelser som følge av antiretroviral behandling, har man kunnet fremkalle slike i dyreforsøk med enkelte medikamenter. Slike medikamenter gis ikke til gravide kvinner, og heller ikke HIV-medikamenter hvor det rent teoretisk kunne tenkes å være et såkalt teratogent potensiale. Alt i alt har de medikamentene som man har ansett som trygge under svangerskapet, ikke medført økt hyppighet av medfødte misdannelser (87).

Basert på enkeltrapporter, har det vært diskutert om HIV-medikamenter kan ha skadevirkning

ger på fosteret ved å forårsake såkalt mitochondrie-toksisitet, men også her har man konkludert med at de anvendte medikamentregimer ikke medfører noen signifikant risiko (86).

Endelig har man i enkelte studier sett en viss økt tendens til for tidlig fødsel og prematuritet som sannsynligvis er assosiert med den antiretrovirale behandling. I land med høy standard på neonatalmedisinen representerer heller ikke dette noe stort problem (86).

11.3 Stigmatisering og psykososiale problemer

Det er ikke tvil om at flertallet av pasienter fortsatt opplever sin HIV-infeksjon som stigmatiserende og er meget opptatt av å hemmeligholde sin HIV-status. Dette representerer hos mange en vedvarende, betydelig psykisk belastning som kan bidra til psykososiale problemer som også kan ha andre årsaker.

12 Rettsmedisinske problemstillinger

I straffesaker hvor en person er tiltalt for å ha smittet en eller flere andre personer med HIV, anvendes ofte resultater fra undersøkelse av virus typer hos tiltalte og fornærmede for å avkrefte eller sannsynliggjøre at smitte har funnet sted.

HIV-viruset er meget heterogent i sin oppbygning (13). Den helt dominerende type HIV-1 forekommer i flere subtyper som ansees permanente, men innen hver subtype er det en meget stor variasjon med et meget høyt antall stammer som også stadig endrer seg under HIV-infeksjonens forløp hos det enkelte individ.

I rettsmedisinsk sammenheng utføres, i tillegg til bestemmelse av subtyper av de involverte personers virus, også såkalte fylogenetiske undersøkelser. Ved disse høyspesialiserte undersøkelsene som bare utføres i et fåtall laboratorier, fastlegges med avansert metodikk den molekylære oppbygning av virusstammene fra de involverte personene (89). Deretter sammenlignes virusene med tanke på graden av likhet i struktur. Tolkningen av slike analyser er meget krevende. Bare i enkelte tilfeller tillater resultatene entydige konklusjoner.

Hvis subtypen hos tiltalte er forskjellig fra fornærmedes, taler dette klart i mot at smitte har funnet sted.

Hvis på den annen side, ikke bare subtypene er identiske, men fylogenetiske analyser viser meget høy grad av likhet mellom tiltalte og fornærmedes virustyper, kan disse funnene isolert

sett ikke taes til inntekt for at tiltalte har smittet fornærmede. For det første vil slike funn bare indikere at både tiltalte og fornærmede er del av en smittekjede med samme virustype, hvor ukjente seksualpartnere med samme virustype kan ha vært den primære smitekilden.

For det annet vil virusundersøkelsene alene i alminnelighet ikke kunne benyttes til å fastslå hvilken vei smitten eventuelt har gått mellom to personer med virustyper som utviser høygradig likhet.

I mange tilfeller vil fylogenetiske undersøkelser vise adskillige forskjeller mellom tiltaltes og fornærmedes virustyper. Hvis eventuelt smitte-tidspunkt ligger flere år tilbake, kan betydelige forskjeller ha utviklet seg mellom tiltalte og fornærmedes virus på grunn av HIV-virusets tendens til stadig endring. I slike tilfeller vil mulig smittesammenheng være ganske usikker.

Alt i alt må undersøkelser av virustyper i straffesaker tolkes med stor varsomhet (89,90). Slike resultater må sammenholdes med de øvrige funn fra etterforskningen og tillater i alminnelighet ikke definitive konklusjoner i forhold til tiltalen.

13 Forebyggelse av HIV-smitte

Forebyggende arbeid mot HIV/AIDS må drives på en bred front og må rettes mot så vel medisinske aspekter ved epidemien som sosiale og kulturelle faktorer som disponerer for HIV-smitte. De sistnevnte forholdene vil naturlig nok variere i ulike land og regioner. I det følgende skal kort omtales en del viktige medisinske tiltak som allerede er etablert eller er under utprøving ved forebyggelse av HIV-smitte.

13.1 Forebyggelse av smitte fra mor til barn

Allerede i 1994 ble det vist at forbehandling av en HIV-positiv, gravid kvinne med AZT i noen måneder før fødselen, fulgt av AZT-behandling til det nyfødte barn de første ukene etter fødselen, reduserte smitterisikoen for barnet fra 25–30 % til 8 % (9). Senere har forebyggende behandling av gravide HIV-positivt kvinner vært benyttet, og med moderne kombinasjonsregimer er smitterisikoen for barnet redusert til under 1–2 % (27). I tilfelle hvor virusmengden hos kvinnen ikke er redusert tilfredsstillende, benyttes keisersnitt som også reduserer smitterisikoen (91). Videre frarådes den HIV-positivt kvinne å amme sitt barn på grunn av smitte gjennom morsmelk. Man må da sikre barnets ernæring på annen måte, og dette

kan representere et problem i en del utviklingsland.

Vedrørende eventuelle toksiske effekter av HIV-medikamenter på fosteret henvises til omtalen av assistert befruktning overfor.

13.2 Kondomer

Bruk av kondom har en klart forebyggende effekt mot HIV-smitte, og sterke anbefalinger av kondombruk har vært et av fundamentene i HIV-forebyggende arbeid fra epidemiens start. Kondombruk vil også beskytte mot flere andre seksuelt overførbare infeksjoner som vil kunne øke smitterisikoen for HIV ved ubeskyttet sex. Det skal imidlertid understrekes at selv konsekvent bruk av kondomer kun vil gi en ca. 80 % beskyttelse mot HIV-smitte (92).

13.3 Omskjæring

Det er vist at omskjæring av menn har en klart beskyttende effekt mot HIV-smitte for mannen i heteroseksuell sammenheng (14). Det er imidlertid ikke vist at kvinner beskyttes mot HIV-smitte ved sex med omskårne HIV-positive menn. Heller ikke er beskyttelseeffekten sikkert demonstrert hos menn som har sex med menn.

13.4 Posteksposisjonell profylakse

Posteksposisjonell profylakse, det vil si behandling med HIV-medikamenter av HIV-negative individer som nylig er blitt utsatt for HIV-smitte, har vært anvendt i en årrekke i *helsevesenet* i tilfeller hvor ansatte ved arbeidsuhell er blitt utsatt for HIV-positivt materiale, for eksempel ved sprøyte-tikk (25). Erfaringene gjennom årene har vist en viss effekt av denne prosedyren som er etablert ved alle sykehus. Behandlingen som gis som kombinasjon av flere medikamenter, skal startes senest innen 72 timer etter smittetidspunktet, men helst så tidlig som mulig. Den gis i alminnelighet i 4 uker etter tidspunktet for smitteeksposisjon.

I de senere år er tilsvarende posteksposisjonell profylakse i økende grad blitt benyttet også etter *eksposisjon for seksuell smitte*, blant annet i forbindelse med voldtekt (25). I denne sammenheng foreligger det imidlertid ingen dokumentasjon av eventuell effekt.

13.5 Preeksposisjonell profylakse

Ved preeksposisjonell profylakse forstås behandling med antiretrovirale medikamenter av HIV-negative individer som eksponerer seg for risiko-sex med mulighet for HIV-smitte. Slik profylakse kan gis enten som lokalbehandling i vagina eller som tabletter til oralt inntak (93,94). Det er nylig publisert preliminnære resultater med begge disse strategiene som virker lovende. Det er imidlertid flere potensielt viktige innvendinger mot denne tilnærmingen til HIV-profylakse, både medisinsk, etisk og helseøkonomisk (93). Av medisinske innvendinger kan nevnes muligheter for resistensutvikling og potensielle bivirkninger av oralt inntatte HIV-medikamenter.

13.6 Antiretroviral terapi som profylakse

En modell for smitteforebyggelse er nylig lansert basert på det såkalte «test and treat»-prinsippet, som innebærer at omfattende, helst universell HIV-testing utføres, etterfulgt av antiretroviral behandling av *alle* påviste HIV-smittede individer uansett om etablerte indikasjoner for terapi foreligger (95). Matematiske analyser tyder på at en slik strategi vil kunne ha betydelig effekt på HIV-spredningen, siden antiretroviral terapi utvilsomt reduserer smittsomheten (96). Dette er særlig vist i heteroseksuell sammenheng. Denne strategien er imidlertid kontroversiell, både ut fra teoretiske og praktiske vurderinger, og er ikke etablert noe sted i dag (97, 98).

Nylig publiserte resultater fra en pågående studie av etablerte, heteroseksuelle par hvor den ene part er HIV-positiv, viste en markant reduksjon av HIV-smitte der antiretroviral terapi ble gitt (55). Det er derfor aktuelt å tilby terapi til den HIV-positive part i slike parforhold, selv om konvensjonelle kriterier for terapistart ikke skulle foreligge.

14 Fremtidsmuligheter for forebygging og behandling

14.1 Vaksine

I over 20 år har man forsøkt å utvikle forebyggende HIV-vaksiner (99). Flere ulike vaksiner har vært forsøkt i til dels store forsøk. Vaksinearbeidet har imidlertid stort sett gitt skuffende resultater hittil, og optimismen når det gjelder vaksine-mulighetene har vært sterkt varierende. Enkelte resultater fra en nylig utført større vaksineutprø-

ning kan imidlertid oppfattes som lovende. Arbeidet med utvikling av AIDS-vaksiner fortsetter. Det vil imidlertid uansett ta mange år før en vaksine er klar for rutinemessig anvendelse (99, 100).

14.2 Immunterapi

Selv om resultatene med dagens antiretrovirale terapi gjennomgående gir meget gode resultater hos et flertall av behandlede pasienter, er normaliseringen av immunsystemet variabel. Uansett vedvarer også immunologiske og inflammatoriske forstyrrelser som ovenfor beskrevet, og disponerer trolig for senere sykdomskomplikasjoner. Det arbeides derfor innen AIDS-forskningen med utvikling av behandlingsformer som direkte kan modulere immunsystemet hos HIV-pasientene på en gunstig måte. Slik behandling vil eventuelt bli kombinert med konvensjonelle antiretrovirale medikamenter. Det er hittil intet gjennombrudd på denne fronten (101).

14.3 Antiinflammatorisk terapi

Den økende erkjennelse av at kroniske inflammatoriske prosesser spiller en rolle for sykdomsutvikling og komplikasjoner ved HIV-infeksjon, gjør det naturlig å utvikle nye behandlingsformer som tar sikte på å dempe betennelsesmekanismene ved HIV-infeksjon (102). Kliniske forsøk er i gang på dette feltet, men det foreligger ingen definitive resultater ennå.

14.4 Genterapi

I flere år har det vært arbeidet med muligheter for genterapi ved HIV-infeksjon. Man forsøker da på ulike måter å rekonstituere pasientens immunsystem med CD4-T-celler som er blitt genetisk modifisert slik at de ikke skal være mottagelige for HIV-infeksjon (103,104).

14.5 Muligheter for utryddelse av viruset hos pasienter

Det store mål innen AIDS-forskningen er utvikling av behandlingsformer som helt kan utrydde

HIV-viruset fra infiserte pasienters organisme, slik at videre medikamentell behandling vil være overflødig. Dette representerer imidlertid store utfordringer.

Mens det store flertall av HIV-infiserte CD4-positive T-celler blir ødelagt, vil enkelte celler gå inn i en såkalt latent infeksjon. Dette betyr at viruset som er bygget inn i vertscellens kromosom-DNA, ikke setter i gang produksjon av nye viruspartikler umiddelbart, men går inn i en «dvaletilstand» (105). Denne latente formen for infeksjon kan vedvare i mange år før viruset etter visse stimuli våkner til liv og starter ny virusformering. I denne latente formen er viruset ikke påvirkelig av hverken HIV-medikamenter eller pasientens immunforsvar. Latent infeksjon foreligger hos alle pasienter. Viruset i slike latent infiserte celler kan imidlertid når som helst reaktiveres. Dette nødvendiggjør livslang behandling. Det er hittil ikke skjedd noe gjennombrudd når det gjelder behandling av latent HIV-infeksjon (106).

15 Avslutning

Selv om HIV/AIDS-epidemien synes å ha kulminert globalt, er det en stadig dynamikk i spredningen av HIV-viruset som gjør at det regionale bildet vil kunne gjennomgå store endringer i årene fremover. Epidemien har allerede skapt store problemer i en rekke land, i særlig grad i flere land i sub-Sahara Afrika. Fortsatt gjenstår store medisinske utfordringer både når det gjelder forebygging og behandling. Forskningsinnsatsen på HIV/AIDS-feltet er imidlertid massiv, særlig i vestlige land.

Det gir imidlertid grunn til bekymring at den farmasøytiske industri internasjonalt, etter å ha satset sterkt i en årrekke på utvikling av de antiretrovirale medikamenter vi benytter i dag, nå synes å trappe ned sin innsats når det gjelder utvikling av helt nye HIV-medikamenter. Hvis man i årene fremover får en betydelig økning av HIV-pasienter med virus som er resistent over for alle de anvendte medikamentgrupper i dag, vil man derfor kunne få en ny, alvorlig epidemisk utvikling.

Referanser

1. Centers for disease control (CDC). *Kaposi's sarcoma and pneumocystis pneumonia in homosexual men in California*. MMWR Morb Mortal Weekly Rep 1981;30:305-8.
2. Centers for disease control and prevention. *Update on acquired immune deficiency syndrome (AIDS) in United States*. MMWR Morb Mortal Weekly Rep 1982;31:507-14.
3. Frøland SS, Oppedal B, Digranes S, Egge K, Skar AG, Hasvoll A, Onsrud M, Steinbakk M. *Acquired immunodeficiency syndrome (AIDS). Clinical, immunological, pathological, and microbiological studies of the first case diagnosed in Norway*. Scand J Gastroenterol suppl. 1985;20:82-93.
4. Hahn BH, Shaw GM, Arya SK, Popovic M, Gallo RC, Wong-Staal F. *Molecular cloning and characterization of the HTLV-III virus associated with AIDS*. Nature 1984;312:166-69.
5. Alizon M, Sonigo P, Barré-Sinoussi F, Chermann JC, Tiollais P, Montagnier L, Wain-Hobson S. *Molecular cloning of lymphadenopathy-associated virus*. Nature. 1984;312:757-60.
6. Daskalakis D. *HIV diagnostic testing: evolving technology and testing strategies*. Top Antivir Med. 2011;19:18-22.
7. Dalgleish AG, Beverley PC, Clapham PR, Crawford DH, Greaves MF, Weiss RA. *The CD4 (T4) antigen is an essential component of the receptor for the AIDS retrovirus*. Nature. 1984;312:763-7.
8. Fischl M.A., Richman D.D., Grieco M.H., et al. *The Efficacy of Azidothymidine (AZT) in the Treatment of Patients with AIDS and AIDS-Related Complex*. N Engl J Med 1987; 317:185-191.
9. Connor EM, Sperling RS, Gelber R, Kiselev P, Scott G, O'Sullivan MJ, VanDyke R, Bey M, Shearer W, Jacobson RL, et al. *Reduction of maternal-infant transmission of human immunodeficiency virus type 1 with zidovudine treatment. Pediatric AIDS Clinical Trials Group Protocol 076 Study Group*. N Engl J Med. 1994 Nov 3;331(18):1173-80.
10. Hammer SM, Katzenstein DA, Hughes MD, Gundacker H, Schooley RT, Haubrich RH, Henry WK, Lederman MM, Phair JP, Niu M, Hirsch MS, Merigan TC. *A trial comparing nucleoside monotherapy with combination therapy in HIV-infected adults with CD4 cell counts from 200 to 500 per cubic millimeter. AIDS Clinical Trials Group Study 175 Study Team*. N Engl J Med. 1996;335:1081-90.
11. Palella FJ Jr, Delaney KM, Moorman AC, Loveless MO, Fuhrer J, Satten GA, Aschman DJ, Holmberg SD. *Declining morbidity and mortality among patients with advanced human immunodeficiency virus infection. HIV Outpatient Study Investigators*. N Engl J Med. 1998;338:853-60.
12. Vermund SH. *Millions of life-years saved with potent antiretroviral drugs in the United States: a celebration, with challenges*. J Infect Dis. 2006;194:1-5.
13. Tebit DM, Arts EJ. *Tracking a century of global expansion and evolution of HIV to drive understanding and to combat disease. Review Article*. The Lancet Infectious Diseases, 2011;11: 45-56.
14. M-C Boily, RF Baggaley, L Wang, B Masse, RG White, RJ Hayes, M Alary. *Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies*. The Lancet Infectious Diseases, 2009;9:118-129.
15. Dosekun O, Fox J. *An overview of the relative risks of different sexual behaviours on HIV transmission*. Curr Opin HIV AIDS. 2010;5:291-7.
16. Fox J, Fidler S. *Sexual transmission of HIV-1*. Antiviral Research, 2010;85:276-285.
17. Samson M, Libert F, Doranz BJ, Rucker J, Liesnard C, Farber C-M, Saragosti S, Lapoumèroulie C, Cognaux J, Forceille C, Muyldermans G, Verhofstede C, Burtonboy G, Georges M, Imai T, Rana S, Yi Y, Smyth RJ, Collman RG, Doms RW, Vassart G, Parmentier M. *Resistance to HIV-1 infection in Caucasian individuals bearing mutant alleles of the CCR-5 chemokine receptor gene 722*. Nature 1996;382:722-25. doi:10.1038/382722a0.
18. Eugen-Olsen J, Iversen AK, Garred P, Koppellhus U, Pedersen C, Benfield TL, Sorensen AM, Katzenstein T, Dickmeiss E, Gerstoft J, Skinhøj P, Svejgaard A, Nielsen JO, Hofmann B. *Heterozygosity for a deletion in the CCR5 gene leads to prolonged AIDS-free survival and slower CD4 T-cell decline in a cohort of HIV-seropositive individuals*. AIDS. 1997;11:305-10.
19. Cohen MS. *Classical Sexually Transmitted Diseases Drive the Spread of HIV-1: Back to the Future*. J Infect Dis. 2012;206:1-2.
20. Quinn TC, Wawer MJ, Sewankambo N, Serwadda D, Li C, Wabwire-Mangen F, Meehan MO, Lutalo T, Gray RH. *Viral load and hetero-*

- sexual transmission of human immunodeficiency virus type 1. Rakai Project Study Group.* N Engl J Med. 2000;342:921-9.
21. Wawer MJ, Gray RH, Sewankambo NK, Serwadda D, Li X, Laeyendecker O, Kiwanuka N, Kigozi G, Kiddugavu M, Lutalo T, Nalugoda F, Wabwire-Mangen F, Meehan MP, Quinn TC. *Rates of HIV-1 transmission per coital act, by stage of HIV-1 infection, in Rakai, Uganda.* J Infect Dis. 2005;191:1403-9.
 22. Baggaley RF, White RG, Boily MC. *Systematic review of orogenital HIV-1 transmission probabilities.* Int J Epidemiol. 2008;37:1255-65.
 23. Busch MP, Young MJ, Samson SM, Mosley JW, Ward JW, Perkins HA. *Risk of human immunodeficiency virus (HIV) transmission by blood transfusions before the implementation of HIV-1 antibody screening. The Transfusion Safety Study Group.* Transfusion. 1991;31:4-11.
 24. Evensen SA, Ulstrup J, Skaug K, Frøland SS, Glomstein A, Rollag H. *HIV infection in Norwegian haemophiliacs: the prevalence of antibodies against HIV in haemophiliacs treated with lyophilized cryoprecipitate from volunteer donors.* Eur J Haematol. 1987;39:44-8.
 25. Grant RM. *Antiretroviral Agents Used by HIV-Uninfected Persons for Prevention: Pre- and Postexposure Prophylaxis.* Clin Infect Dis. 2010;50(Suppl 3): S96-S101.
 26. Stimson GV. *The global diffusion of injecting drug use: implications for human immunodeficiency virus infection.* Bull Narc. 1993;45:3-17.
 27. European Collaborative Study. *HIV-infected pregnant women and vertical transmission in Europe since 1986.* AIDS 2001;15:761-770.
 28. Redd AD, Mullis CE, Serwadda D, Kong X, Martens C, Ricklefs SM, Tobian AA, Xiao C, Grabowski MK, Nalugoda F, Kigozi G, Laeyendecker O, Kagaayi J, Sewankambo N, Gray RH, Porcella SF, Wawer MJ, Quinn TC. *The Rates of HIV Superinfection and Primary HIV Incidence in a General Population in Rakai, Uganda.* J Infect Dis. 2012;206:267-74.
 29. Waters L, Smit E. *HIV-1 superinfection.* Curr Opin Infect Dis. 2012;25:42-50.
 30. *UNAIDS report on the global AIDS epidemic, 2010.* <http://www.unaids.org/globalreport/>
 31. Thorne C, Ferencic N, Malyuta R, Mimica J, Niemiec T. *Central Asia: hotspot in the worldwide HIV epidemic.* Lancet Infect Dis. 2010;10:479-88.
 32. Matic S, Lazarus JV, Donoghoe C (red.). *HIV/AIDS in Europe. Moving from death sentence to chronic disease management.* WHO 2006.
 33. Folkehelseinstituttet. *HIV-situasjonen i Norge i 2011.* Publisert 2.3.2012, oppdatert 9.3.2012.
 34. Haase AT. *Targeting early infection to prevent HIV-1 mucosal transmission.* Nature 2010;464:217-23.
 35. Moir S, Chun T-W, Fauci AS. *Pathogenic Mechanisms of HIV Disease.* Ann Rev pathology 2010; 6: 23–248.
 36. Ford ES, Puroenen CE, Sereti I. *Immunopathogenesis of asymptomatic chronic HIV Infection: the calm before the storm.* Curr Opin HIV AIDS. 2009;4:206-14.
 37. Ho DD, Neumann AU, Perelson AS, Chen W, Leonard JM, Markowitz M. *Rapid turnover of plasma virions and CD4 lymphocytes in HIV-1 infection.* Nature 1995;373:123-6.
 38. Fauci AS. *Multifactorial nature of human immunodeficiency virus disease: implications for therapy.* Science 1993;262:1011-1018.
 39. Appay V, Sauce D. *Immune activation and inflammation in HIV-1 infection: causes and consequences.* J Pathol. 2008;214:231-41.
 40. Neuhaus J, Jacobs DR Jr, Baker JV, Calmy A, Duprez D, La Rosa A, Kuller LH, Pett SL, Ristola M, Ross MJ, Shlipak MG, Tracy R, Neaton JD. *Markers of inflammation, coagulation, and renal function are elevated in adults with HIV infection.* J Infect Dis. 2010;201:1788-95.
 41. Deeks SG, Phillips AN. *HIV infection, antiretroviral treatment, ageing, and non-AIDS related morbidity.* BMJ 2009;338:288-92.
 42. Blanco JR, Caro AM, Pérez-Cachafeiro S, Gutiérrez F, Iribarren JA, González-García J, Ferrando-Martínez S, Navarro G, Moreno S. *HIV infection and aging.* AIDS Rev. 2010;12:218-30.
 43. Dubé MP, Sattler FR. *Inflammation and complications of HIV disease.* J Infect Dis. 2010;201:1783-5.
 44. Tindall B, Barker S, Donovan B, Barnes T, Roberts J, Kronenberg C, Gold J, Penny R, Cooper D. *Characterization of the acute clinical illness associated with human immunodeficiency virus infection.* Arch Intern Med. 1988;148:945-9.
 45. Lifson AR, Rutherford GW, Jaffe HW. *The natural history of human immunodeficiency virus infection.* J Infect Dis. 1988 ;158:1360-7.
 46. Rutherford GW, Lifson AR, Hessol NA, Darrow WW, O'Malley PM, Buchbinder SP, Barnhart JL, Bodecker TW, Cannon L, Doll LS, et al. *Course of HIV-1 infection in a cohort of homosexual and bisexual men: an 11 year follow up study.* BMJ. 1990;301:1183-8.

47. Mellors JW, Muñoz A, Giorgi JV, Margolick JB, Tassoni CJ, Gupta P, Kingsley LA, Todd JA, Saah AJ, Detels R, Phair JP, Rinaldo CR Jr. *Plasma viral load and CD4+ lymphocytes as prognostic markers of HIV-1 infection*. Ann Intern Med. 1997;126:946-54.
48. Laga M, Nzila N, Goeman J. *The interrelationship of sexually transmitted diseases and HIV infection: implications for the control of both epidemics in Africa*. AIDS 1991;5; Suppl 1:S55-63.
49. Lawn SD, Butera ST, Folks TM. *Contribution of immune activation to the pathogenesis and transmission of human immunodeficiency virus type 1 infection*. Clin Microbiol Rev. 2001;14:753-77.
50. Spencer DC, Price RW. *Human immunodeficiency virus and the central nervous system*. Annu Rev Microbiol. 1992;46:655-93.
51. Plaeger SF, Collins BS, Musib R, Deeks SG, Read S, Embry A. *Immune Activation in the Pathogenesis of Treated Chronic HIV Disease: A Workshop Summary*. AIDS Res Hum Retroviruses. 2012;28:469-77.
52. Frøland SS. *25 years of the AIDS epidemic*. Tidsskr Nor Legeforen. 2006;126:3140-4.
53. Volberding PA, Deeks SG. *Antiretroviral therapy and management of HIV infection*. Lancet. 2010;376:49-62.
54. European AIDS Clinical Society, EACS. *Guidelines. Version 6.1 – november 2011*. www.europeanaidscinicalsociety.org
55. Cohen MS, Chen YQ, McCauley M, Gamble T, et al. *HPTN 052 Study Team. Prevention of HIV-1 infection with early antiretroviral therapy*. N Engl J Med. 2011;365:493-505.
56. Walker AS, Gibb DM. *Monitoring of highly active antiretroviral therapy in HIV infection*. Curr Opin Infect Dis. 2011;24:27-33.
57. Hogg RS, Heath KV, Yip B, Craib KJ, O'Shaughnessy MV, Schechter MT, Montaner JS. *Improved survival among HIV-infected individuals following initiation of antiretroviral therapy*. JAMA. 1998;279:450-4.
58. Lohse N, Hansen AB, Pedersen G, Kronborg G, Gerstoft J, Sørensen HT, Vaeth M, Obel N. *Survival of persons with and without HIV infection in Denmark, 1995-2005*. Ann Intern Med. 2007;146:87-95.
59. The Antiretroviral Therapy Cohort Collaboration. *Life expectancy of individuals on combination antiretroviral therapy in high-income countries: a collaborative analysis of 14 cohort studies*. The Lancet 2008;372:293-299
60. May M, Gompels M, Delpech V, Porter K, Post F, Johnson M, Dunn D, Palfreeman A, Gilson R, Gazzard B, Hill T, Walsh J, Fisher M, Orkin C, Ainsworth J, Bansi L, Phillips A, Leen C, Nelson M, Anderson J, Sabin C. *Impact of late diagnosis and treatment on life expectancy in people with HIV-1: UK Collaborative HIV Cohort (UK CHIC) Study*. BMJ. 2011;343:d6016. doi: 10.1136/bmj.d6016
61. Carr A, Cooper DA. *Adverse effects of antiretroviral therapy*. Lancet. 2000;356:1423-30.
62. Wit FW, Weverling GJ, Jurriaans S, Lange JMA. *Incidence of and Risk Factors for Severe Hepatotoxicity Associated with Antiretroviral Combination Therapy*. J Infect Dis. 2002;186:23-31. doi:10.1086/341084
63. Pham PA, Flexner C. *Emerging antiretroviral drug interactions*. J Antimicrob Chemother. 2011;66:235-9.
64. Hasse B, Ledergerber B, Furrer H, Battegay M, Hirschel B, Cavassini M, Bertisch B, Bernasconi E, Weber R; Swiss HIV Cohort Study. *Morbidity and aging in HIV-infected persons: the Swiss HIV cohort study*. Clin Infect Dis. 2011 Dec;53(11):1130-9.
65. Zhao H, Goetz MB. *Complications of HIV infection in an ageing population: challenges in managing older patients on long-term combination antiretroviral therapy*. J. Antimicrob. Chemother. 2011;66:1210-14. doi:10.1093/jac/dkr058
66. Clavel F, Hance AJ. *Medical Progress: HIV Drug Resistance*. New Eng J Med 2004;350:1023-35.
67. Reynolds SJ, Quinn TC. *Setting the stage: current state of affairs and major challenges*. Clin Infect Dis. 2010;50: Suppl 3:S71-S76.
68. Attia S, Egger M, Müller M, Zwahlen M, Low N. *Sexual transmission of HIV according to viral load and antiretroviral therapy: systematic review and meta-analysis*. AIDS 2009;23:1397-404.
69. Vernazza P, Hirschel B, Bernasconi E, Flepp M. *Les personnes séropositives ne souffrant d'aucune autre MST et suivant un traitement antiretroviral efficace ne transmettent pas le VIH par voie sexuelle*. Bull Med Suisse 2008;89:165-69.
70. Wilson DP. *Data are lacking for quantifying HIV transmission risk in the presence of effective antiretroviral therapy*. AIDS. 2009;23:1431-3.

71. Wilson DP, Law MG, Grulich AE, Cooper DA, Kaldor JM. *Relation between HIV viral load and infectiousness: a model-based analysis Original Research Article*. The Lancet, 2008;372:314-320 (Erratum in: Lancet. 2008;372:1808.)
72. De Cock KM, Gilks CF, Lo YR, Guerma T. *Can antiretroviral therapy eliminate HIV transmission?* Lancet. 2009;373:7-9.
73. Centers for Disease Control and Prevention. *CDC underscores current recommendation for preventing HIV transmission*. 1 february 2008, <http://www.cdc.gov/hiv/resources/press/020108.htm>
74. Public Health Agency of Canada. *PHAC continues to emphasize safer sex for preventing HIV transmission*. 17 april 2008 (<http://www.phac-aspc.gc.ca/aids-sida/new-nouv-eng.php>)
75. Anglemeyer A, Rutherford GW, Baggaley RC, Egger M, Siegfried N. *Antiretroviral therapy for prevention of HIV transmission in HIV-discordant couples*. Cochrane Database Syst Rev. 2011;CD009153.
76. Effros RB, Fletcher CV, Gebo K, Halter JB, Hazzard WR, Horne FM, Huebner RE, Janoff EN, Justice AC, Kuritzkes D, Nayfield SG, Plaeger SF, Schmader KE, Ashworth JR, Campanelli C, Clayton CP, Rada B, Woolard NF, High KP. *Aging and infectious diseases: workshop on HIV infection and aging: what is known and future research directions*. Clin Infect Dis. 2008;47:542-53.
77. Capeau J. *Premature Aging and Premature Age-Related Comorbidities in HIV-Infected Patients: Facts and Hypotheses*. Clin Infect Dis. 2011;53:1127-9.
78. Martin J, Volberding P. *HIV and Premature Aging: A Field Still in Its Infancy*. Ann Intern Med 2010 ;153:477-79.
79. Guaraldi G, Orlando G, Zona S, Menozzi M, Carli F, Garlassi E, Berti A, Rossi E, Roverato A, Palella F. *Premature age-related comorbidities among HIV-infected persons compared with the general population*. Clin Infect Dis. 2011;53:1120-6.
80. Lo J, Plutzky J. *The biology of atherosclerosis: general paradigms and distinct pathogenic mechanisms among HIV-infected patients*. J Infect Dis. 2012;205;Suppl 3:S368-74.
81. McArthur J C, Steiner J, Sacktor N, Nath A. *Human immunodeficiency virus-associated neurocognitive disorders: Mind the gap*. Ann Neurol 2010;67:699-714.
82. Mothobi NZ, Brew BJ. *Neurocognitive dysfunction in the highly active antiretroviral therapy era*. Curr Opin Infect Dis. 2012;25:4-9.
83. Harezlak J, Buchthal S, Taylor M, Schifitto G, Zhong J, Daar E, Alger J, Singer E, Campbell T, Yiannoutsos C, Cohen R, Navia B; HIV Neuroimaging Consortium. *Persistence of HIV-associated cognitive impairment, inflammation, and neuronal injury in era of highly active antiretroviral treatment*. AIDS 2011;25:625-33.
84. Gilling-Smith C, Nicopoulos JD, Semprini AE, Frodsham LC. *HIV and reproductive care—a review of current practice*. BJOG. 2006;113:869-78.
85. Van Leeuwen E, Repping S, Prins JM, Reiss P, van der Veen F. *Assisted reproductive technologies to establish pregnancies in couples with an HIV-1-infected man*. The Netherlands Journal of Medicine 2009;87:322-27.
86. Martin F, Taylor GP. *The safety of highly active antiretroviral therapy for the hiv-positive pregnant mother and her baby: is «the more the merrier»?* J Antimicrobial Chemotherapy 2009;64:895-900.
87. Watts DH, Huang S, Culnane M, Kaiser KA, Scheuerle A, Mofenson L, Stanley K, Newell ML, Mandelbrot L, Delfraissy JF, Cunningham CK. *Birth defects among a cohort of infants born to HIV-infected women on antiretroviral medication*. J Perinat Med. 2011;39:163-70.
88. Kenny J, Musiime V, Judd A, Gibb D. *Recent advances in pharmacovigilance of antiretroviral therapy in HIV-infected and exposed children*. Curr Opin HIV AIDS. 2012;7:305-16.
89. Abecasis AB, Geretti AM, Albert J, Power L, Wait M, Vandamme AM. *Science in court: the myth of HIV fingerprinting*. Lancet Infect Dis. 2011;11:78-9.
90. Leitner T. *Guidelines for HIV in court cases*. Nature. 2011;473:284.
91. Anderson BL, Cu-Uvin S. *Pregnancy and optimal care of HIV-infected patients*. HIV/AIDS 2009;48:449-55.
92. Weller S, Davis K. *Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission*. Cochrane Database Syst Rev. 2001;(3):CD003255. Update in: Cochrane Database Syst Rev. 2002;(1):CD003255.
93. Romanelli F, Murphy B. *Systemic preexposure prophylaxis for human immunodeficiency virus infection*. Pharmacotherapy. 2010;30:1021-30.
94. Pirrone V, Thakkar N, Jacobson JM, Wigdahl B, Krebs FC. *Combinatorial approaches to the*

- prevention and treatment of HIV-1 infection. Antimicrob Agents Chemother.* 2011;55:1831-42.
95. Dieffenbach CW, Fauci AS. *Universal Voluntary Testing and Treatment for Prevention of HIV Transmission.* JAMA 2009;301:2380-2382. doi:10.1001/jama.2009.828.
96. Granich RM, Gilks CF, Dye C, De Cock KM, Williams BG. *Universal voluntary HIV testing with immediate antiretroviral therapy as a strategy for elimination of HIV transmission: a mathematical model.* Lancet. 2009;373:48-57.
97. Wilson DP. *HIV treatment as prevention: natural experiments highlight limit of antiretroviral treatment as HIV prevention.* PLoS Med 2012 July; e1001231 doi:10.1371/journal.pmed.10012391
98. Cohen MS, Muessig KE, Smith MK, Powers K, Kashuba AD. *Antiviral agents and HIV prevention: controversies, conflicts and consensus.* AIDS. 2012 Apr 12, ahead of print.
99. McKinnon LR, Card CM. *HIV Vaccine Efficacy Trials: A Brief History, and Options for Going Forward.* AIDS Rev 2010;12:209-17.
100. Picker LJ, Hansen SG, Lifson JD. *New paradigms for HIV/AIDS vaccine development.* Annu Rev Med. 2012;63:95-111.
101. García F. *'Functional cure' of HIV infection: the role of immunotherapy.* Immunotherapy. 2012;4:245-8.
102. Hsue PY, Deeks SG, Hunt PW. *Immunologic basis of cardiovascular disease in HIV-infected adults.* J Infect Dis. 2012;205; Suppl 3:S375-82.
103. Frøland SS. *Gene therapy in HIV infection and other viral infections.* Tidsskr Nor Lægeforen. 2001;121:473-8.
104. Seclén E. *Hot News Gene Therapy Towards HIV Cure.* AIDS Rev 2011;13:130-1.
105. Chun TW, Carruth L, Finzi D, Shen X, DiGiuseppe JA, Taylor H, Hermankova M, Chadwick K, Margolick J, Quinn TC, Kuo YH, Brookmeyer R, Zeiger MA, Barditch-Crovo P, Siliciano RF. *Quantification of latent tissue reservoirs and total body viral load in HIV-1 infection.* Nature 1997;387:183-8.
106. Le Douce V, Janossy A, Hallay H, Ali S, Riclet R, Rohr O, Schwartz C. *Achieving a cure for HIV infection: do we have reasons to be optimistic?* J Antimicrob Chemother. 2012;67:1063-74.
-

Vedlegg 2

**Forskrift 1. januar 1995 nr. 100
om allmennfarlige smittsomme sykdommer**

Fastsatt av Sosial- og helsedepartementet 1. januar 1995 med hjemmel i lov av 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer § 1-3. Endret 6. januar 1996 nr. 12, 20. desember 2002 nr. 1826, 26. mars 2003 nr. 407.

§ 1. Disse sykdommene er etter lov om vern mot smittsomme sykdommer allmennfarlige smittsomme sykdommer.

Norsk betegnelse	Internasjonal betegnelse
Alvorlig, akutt luftveissyndrom – SARS	SARS (Severe Acute Respiratory Syndrome)
Botulisme	Botulism
Chlamydiainfeksjon, genital	Genital Chlamydial infection
Difteri	Diphtheria
Flekktufus	Typhus fever
Gonore	Gonorrhoea
Gulfeber	Yellow fever
Hemoragisk feber	Hemorrhagic fever
Hepatitt A-virusinfeksjon	Viral hepatitis A
Hepatitt B-virusinfeksjon	Viral hepatitis B
Hepatitt C-virusinfeksjon	Viral hepatitis C
Hepatitt D-virusinfeksjon	Viral hepatitis D
Hepatitt E-virusinfeksjon	Viral hepatitis E
Hiv-infeksjon	HIV infection
Kikhoste	Pertussis
Kolera	Cholera
Kopper	Smallpox
Legionellose	Legionellosis
Lepra	Leprosy
Meningokokksykdom	Meningococcal disease
Miltbrann	Anthrax
Paratyfoidfeber	Paratyphoid fever
Pest	Plague
Poliomyelitt	Poliomyelitis

Norsk betegnelse	Internasjonal betegnelse
Rabies	Rabies
Shigellose	Shigellosis
Syfilis	Syphilis
Tilbakefallsfeber	Relapsing fever
Tuberkulose	Tuberculosis
Tyfoidfieber	Typhoid fever
Sykdom forårsaket av meticillin-resistente gule stafylokokker	Illness caused by methicillinresistant <i>Staphylococcus aureus</i>
Sykdom forårsaket av multiresistente pneumokokker	Illness caused by multi resistant <i>Streptococcus pneumoniae</i>
Sykdom forårsaket av vancomycin-resistente enterokokker	Illness caused by vancomycin resistant enterococci
Sykdom forårsaket av entero patogen <i>E. coli</i> (enterohemoragisk <i>E. coli</i> /EHEC, enteroinvasiv <i>E. coli</i> / EIEC, enteropatogen <i>E. coli</i> /EPEC, enterotoksigen <i>E. coli</i> /ETEC, enteroaggregativ <i>E. coli</i> /EAggEC)	Illness caused by enteropathogenic <i>E. coli</i> (enterohaemorrhagic <i>E. coli</i> /EHEC, enteroinvasive <i>E. coli</i> / EIEC, enteropathogenic <i>E. coli</i> / EPEC, enterotoxigenic <i>E. coli</i> /ETEC, enteroaggregative <i>E. coli</i> /EAggEC)

§ 2. Forskriften trer i kraft 1. januar 1995.

Vedlegg 3

Engelsk sammendrag – English summary

1 Overview and conclusions

The report consists of three main sections.

The introductory section, chapters 1 to 3, contains a summary of the report, an account of the work of the Law Commission and a presentation of relevant considerations and arguments pertaining to the issue of whether or not the transmission – and possibly exposure to the risk of transmission – of serious communicable diseases should be a criminal offence.

The second section, chapters 4 to 10, contains background information on current Norwegian and foreign law and jurisprudence, international obligations and recommendations, medical and social science knowledge, and the experiences and views of stakeholders in this field.

The third section of the report consists of the Commission's own assessments and proposals. The assessments may be found in chapter 11, and the draft statute in chapter 14. The comments on the draft statute are included in chapter 13, while financial and administrative consequences are described in chapter 12.

The report has three appendices. Appendix 1 is a memorandum entitled *HIV/AIDS – Medisinske aspekter* (HIV/AIDS – Medical aspects) prepared by Stig Frøland, M.D., Professor Emeritus. Dr. Frøland has also been a member of the Commission. Appendix 2 consists of the Regulations of 1 January 1995 No. 100 on communicable diseases that are hazardous to public health, which were laid down pursuant to the Act relating to the Control of Communicable Diseases (Communicable Disease Control Act). An English summary of the report has been included as Appendix 3.

Because there is international interest in the Commission's assessments, and because only the summary will be translated into English, this summary has become so lengthy that the Commission's conclusions are presented at the beginning of the document.

The Commission has chosen to distinguish between *transmission of infection*, i.e. situations

where infection is transmitted directly, as by sexual activity, or indirectly from one person to another, for example via an object, and *spread of infection*, i.e. situations where a disease is caused by the spread of infection by air, water, food, etc., such as in connection with the food industry or in the case of Legionnaire's Disease which is spread from cooling towers or other technical installations. However, the terms are sometimes also used as collective terms for all modes of transmission.

The draft statute of the Commission is based on the Norwegian Penal Code of 2005¹ (the 2005 Penal Code). The Commission unanimously proposes to include a provision in section 238 of the 2005 Penal Code on the spread of infection causing general danger to life or health, that will apply to any person «who spreads infectious agents or the products of infectious agents, by air, water, foods or other objects intended for general use or sale, thereby causing a general danger to life or health». Both intentional and negligent acts that have such consequences will be covered by the provision, but will carry different maximum penalties.

If such spread of infection is committed with terrorist intent, the Commission proposes that the act should be covered by section 131 (the anti-terrorism section) of the 2005 Penal Code.

The Commission correspondingly proposes to make it a criminal offence to fail to seek to prevent, by reporting the act to the police or in another way, the criminal spread of infection or its consequences, «at a time when this is still possible and it appears certain or most likely that the act has been or will be committed»; see the proposed addition to section 196 of the 2005 Penal Code.

It also proposes to include in section 241 of the 2005 Penal Code a prohibition against conspiracy to spread infection that is hazardous to public

¹ Act of 20 May 2005 No. 28. The Act has not yet been brought into force, except for chapter 16 on genocide, crimes against humanity and war crimes.

health, in addition to the prohibition against conspiracy to commit an act of poisoning causing general danger to life and health and/or conspiracy to commit a serious environmental crime.

The members of the Commission have divided opinions on whether the person-to-person transmission of infection should be covered by a special penal provision as is the case at present (section 155 of the 1902 Penal Code). One member proposes that this penal provision be repealed and that no new provision be added to the 2005 Penal Code, and that the provision already adopted in the 2005 Penal Code not enter into force.

The 11 other members find it clearly most appropriate to have a separate penal provision on direct and indirect person-to-person transmission of serious communicable diseases, including through sexual intercourse. This is proposed in the draft of section 237 on transmission of infection in the 2005 Penal Code. A separate provision of this nature makes it possible to introduce, in the text of the statute, impunity in cases where responsible behaviour has been displayed in terms of communicable disease control, and to establish rules for when consent will exempt a person from criminal liability. It is proposed that the threat of criminal prosecution should target the act of transmitting a communicable disease that causes significant harm to body or health, as well as blameworthy conduct that results in exposure of another person to the risk of being infected with such a disease.

Of these 11 members, a minority of two is in favour of a penalty only being applicable when infection is transmitted. The other nine members are of the opinion that the act of exposing another person to the risk of infection should also be punishable when the behaviour in question is blameworthy («on repeated occasions or through reckless behaviour») from the perspective of communicable disease control. This is also warranted for evidentiary reasons.

It is proposed that the threat of criminal sanctions for direct and indirect person-to-person transmission of infection should only apply to intentional and grossly negligent acts, contrary to section 155 of the 1902 Penal Code and section 237 of the 2005 Penal Code, which also cover simple negligence. The draft statute states that no penalty is applicable when proper infection control measures (such as use of a condom in connection with sexual intercourse) have been observed. Nor is a penalty applicable in the case of transmission of infection in connection with sexual activity when the person who has been infected or

exposed to the risk of infection has given prior consent in the presence of health care personnel in connection with infection control counselling.

The special comments to the draft statute point out that the prosecuting authority should show restraint in cases of infection transmitted from mother to child, in connection with the use of shared injection equipment among drug users, in connection with sex work and between two infected persons, particularly when both of them are aware of their own and their partner's infection status.

The proposal entails a certain decriminalisation and reduced criminalisation in relation to the current section 155, and a clarification of when penalties are not applicable. It is proposed that the penalty level be reduced somewhat. The current maximum penalty (six years' imprisonment) is only to be maintained for aggravated transmission of infection, which will primarily apply in cases where the transmission of infection has caused loss of life, the infection was transmitted to two or more persons, or transmitted as a result of «particularly reckless behaviour».

Reference is made to point 9 of this summary for somewhat more detailed assessments and delimitations.

The Commission emphasises that – regardless of whether the transmission of infection is governed by a special provision or whether criminal proceedings are instituted under other penal provisions – it is a condition that the criminal proceedings satisfy the requirements that follow from human rights instruments and other rule-of-law principles.

The Commission does not propose any amendments to the Communicable Disease Control Act, but points to areas where greater efforts may contribute to ensuring that at-risk groups have better access to protection against infection. This includes the right to infection control assistance, intensified infection control counselling when the guidance received is not complied with, access to clean injection equipment for prison inmates and improved infection control assistance for asylum seekers, refugees and other immigrants. Various issues related to health care personnel's duty of confidentiality and the right and duty to disclose information are also discussed. The Commission proposes that the health authorities prepare a guide or similar material on the above-mentioned topics with a view to promoting the effective, uniform implementation of the Communicable Disease Control Act.

The Commission's mandate also includes assessing legislation in associated fields, and the Commission has concentrated on two proposals, respectively relating to the Criminal Procedure Act (Act of 22 May 1981 No. 25) and the Biotechnology Act (Act of 5 December 2003 No. 100).

The Commission proposes to introduce a new provision in the Criminal Procedure Act, a new section, 157a, which would make it possible, in the case of a sexual offence, to take a blood test from a person «whom there are reasonable grounds for suspecting» of such an act when this does not constitute a disproportionate intervention. The prosecuting authority may decide that such a blood test is to be taken, regardless of the consent of the accused. The aggrieved person shall be notified of the results of the samples tested. This will strengthen the position of the victim in cases of abuse or assault as the aggrieved person will more quickly be able to ascertain whether there is a real danger of infection being transmitted as a result of the abuse or assault.

In the Biotechnology Act, the Commission proposes to introduce a new provision in section 2-3, new second paragraph, which allows medically assisted reproduction also when «the man or the woman is infected with a serious and chronic sexually transmitted infection». This provision may make it possible for conception to take place in a way that eliminates or reduces the risk of infection for the partner. The other conditions in the Biotechnology Act that specify when medically assisted reproduction may take place also apply in such situations.

2 The introductory chapters of the report

Chapter 1 contains a summary of the report.

Chapter 2 presents the composition of the Commission, its mandate and its working methods, and the background for the appointment of the Commission.

In connection with work on legislation, among other things, criticism has been expressed as regards section 155 of the 1902 Penal Code, which covers the transmission of communicable diseases that are a hazard to public health and exposure of another person to the risk of such transmission, and the corresponding penal provision in sections 237 and 238 of the 2005 Penal Code, which have not yet entered into force. In connection with the adoption of the new penal provisions, the majority of the Storting's (Norwegian Parlia-

ment) Standing Commission on Justice expressed a need for more knowledge in this field and a review of Norwegian legislation, among other things in light of the international work being done in the field.

The description of the Commission's working methods also specifies the persons who have held lectures for the Commission, and details the Commission's study visits to other countries.

The work of the Commission has largely focused on the transmission of infection and exposure to the risk of infection in connection with sexual activity. This is partly due to the fact that jurisprudence in this field generally concerns this mode of transmission. Particular reference is made in the Commission's mandate to issues relating to HIV, which in Norway today is largely transmitted sexually. Relevant international efforts are also related to HIV. However, the Commission has taken into consideration the fact that both HIV and other diseases can be transmitted in other ways, such as through the sharing of injection equipment, and that the issue of criminal regulation is also relevant in relation to other serious communicable diseases. The Commission has also assessed criminal law issues related to the spread of infection by air, water, food, etc., in addition to the person-to-person transmission of infection. The provisions of sections 237 and 238 of the 2005 Penal Code cover all modes of transmission of infection.

In *chapter 3*, the Commission sets out considerations and arguments in favour of and against the application of criminal law to the transmission of infection and the exposure of another person to the risk of infection, but does not discuss the weight of the various considerations and arguments in this chapter.

Reference is initially made to the important basic principle that individuals have a general freedom of action into which interventions can only be made on special grounds. In every society, however, a number of limitations will necessarily be imposed on this freedom of action in order to safeguard various concerns and interests.

In addition to the informal social control that individuals exercise among themselves, the public authorities take steps to control the population's behaviour by means of various instruments. These interventions may be justified by the individual's own interests or the interests of society at large, such as the safety of other citizens. Under principles of Norwegian law concerning administrative legality and no punishment without law and the human rights conventions with which Norway

is bound to comply, no intervention can be made in the private spheres of a citizen's life, or in citizens' fundamental freedoms, unless there is legal authority to do so. Criminal sanctions are the strongest instrument used by the government to control the behaviour of its citizens.

The type of interventions that are suitable for inducing citizens to respect the norms, and the sanctions that may be imposed in the event of a breach of those norms, will vary from one field to another. It is not certain that every type of act that requires some legal regulation has to be – or ought to be – punishable. In considering what should be subject to a criminal sanction, it is natural to take into account the other instruments that may be available for dealing with the types of action concerned.

Emphasis is also placed on the views regarding which principles should serve as the basis for criminalisation; these principles were clearly outlined in the preparatory works to the new Penal Code that was adopted by the Storting (Norwegian parliament) in 2005. In these works, the harm principle was adopted as a starting point and as a basic condition for criminalisation, i.e. behaviour should only be punishable if it causes harm or presents a risk of harm to interests that should be protected by society. Sections of the preparatory works in which this starting point is elaborated on are quoted.

Different considerations can argue for or against the application of criminal law to the transmission and the risk of transmission of a serious communicable disease, and may have a bearing on the way (possible) penal provisions should be formulated with regard to the objective and subjective conditions for imposing a penalty. Some general considerations are cited in the current debate as arguments both for and against the application of criminal law, but in such cases they are put forward by different groups and are based on different premises.

The Commission has found little scientific evidence of the effects of criminal regulation of infection transmission and exposure, and thus of the validity of some of the considerations and arguments that are mentioned. It is hard to find good research methods for answering such questions. This applies not only to the legal area in question, but also to the general intended and unintended effects of laws. Few or no studies have convincingly documented direct links between criminal regulation and infected persons' behaviour and perception of discrimination or stigmatisation, or links between criminal regulation and non-

infected persons' (possibly undiagnosed persons') choice of protective strategies and willingness to undergo testing. This means that it is difficult to carry out a thorough assessment of the validity of the arguments, including the question of whether penal provisions of this nature have the intended general deterrent effect and/or a deterrent effect on individuals.

An important reason for the current penal provisions governing infection transmission and exposure of another person to the risk of infection is the desire to protect public health. Communicable diseases are not only a danger, source of harm or nuisance to the individual who is infected, but can also pose a threat to public health. Several societal interests make it important to avoid the spread of communicable diseases, in particular diseases that may be life-threatening, incurable and troublesome, or long-term and serious. However, it is also claimed by some that application of criminal law to infection transmission and exposure does not protect public health, but has the opposite effect since persons who may be infected refrain from undergoing testing in order to avoid prosecution.

The Commission also presents considerations and arguments related to the freedom and responsibility of infected persons. It is uncertain how a threat of criminal sanctions will affect infected persons, both with regard to behaviour involving a risk of communicable disease transmission and with regard to other aspects of life. In any event, most infected persons probably want to avoid infecting others, but the ideal of avoiding behaviour that might entail a risk of infecting another person is not always lived up to, for example due to a personal crisis or substance use problems, which can best be mitigated by psychosocial support or treatment.

Sexual activity, including unprotected sexual activity, between consenting adults, is commonplace and is usually engaged in to satisfy basic needs. In addressing the issue of the (possible) application of criminal law, consideration should therefore be given to whether all responsibility should be placed on the infected party or to what extent both parties can be said to have a shared responsibility for avoiding the transmission of infection.

Many may find it difficult to be open about their infection status or to raise the question of using a condom, a reluctance that may be reinforced by the threat of criminal sanctions. In close relationships, particularly when feelings and the desire to establish a couple relationship are

involved, people do not always make rational, well-considered decisions, seen from a health perspective. However, the salient question is whether this absolves them of responsibility for their acts.

The Commission also points to the freedom and responsibility of non-infected persons. Most of them will, in their own best interests, seek to avoid being infected, but many persons also behave in such a way as to give rise, in certain situations, to varying degrees of risk of infection transmission, such as in connection with sexual contact. The question of the consequences that the behaviour of the person who becomes infected or is exposed to a risk of infection should have in a criminal law context is debatable. Where diseases that are transmitted through sexual activity are concerned, it can be asserted that it is up to the individual concerned to protect himself or herself.

A possible consequence of imposing criminal liability on the infected person is that non-infected persons – and those who believe that they are not infected – feel less responsibility for taking their own protective measures, and may take it for granted that infected persons will inform them of the risk of infection before engaging in sexual activity that could place them at risk of infection or, possibly, ensure that they are protected against infection. This could counteract one of the objectives of criminal regulation, i.e. preventing the transmission of infection. But this will only be the case if the infected party does not ensure protection in the light of his or her knowledge of the existence of a specific risk of infection. At the same time, not all infected persons are aware of their infection status, so it is important that all parties take precautions. The Commission has not found any evidence to show that the behaviour of non-infected persons is affected by such assumptions.

Individuals have little possibility of protecting themselves against the spread of infection by air, water or food, unless the infectious agents are detectable due, for instance, to the odour or appearance of the food. In many cases, manufacturers and suppliers will necessarily be considered responsible for the spread of infection.

Another consideration that is cited is the general sense of justice, i.e. what ordinary people consider to be right or reasonable in terms of what constitutes a criminal act, under what circumstances a penalty should be applicable, and what the possible penalty level should be. To a large extent, the general sense of justice springs from shared social norms.

The Commission also points to certain other relevant considerations or arguments, including the function of a penalty as a means of retribution or redress, the issue of compensation in the form of financial damages, evidential considerations, the proportionality of the sentence imposed, various factors that can give rise to an act being reported to the police and the question of the transfer of legal provisions to other countries.

Attention is also drawn to considerations and arguments related specifically to the issues of whether criminal law should only be applied to the transmission of infection or also to the exposure of another person to the risk of infection, and whether there should be special penal provisions in this area or whether general penal provisions regarding the infliction of bodily harm should be applied.

3 Norwegian communicable disease control legislation

Chapter 4 reviews Norwegian communicable disease control legislation. The Communicable Disease Control Act, which came into force in 1995, replaced a number of older statutes.

The introductory provisions of the Act deal with the purpose of the Act, its scope and definitions. Among other things, the Act defines the term «communicable disease that is hazardous to public health», which is given special status in a number of the Act's provisions. The Regulations issued pursuant to the Act include a list of the diseases considered to be communicable diseases that are hazardous to public health. The Communicable Disease Control Act applies to every person staying in Norway.

The Act contains provisions specifying which public agencies have responsibility for and authority with regard to communicable disease control. The municipal authorities and chief municipal medical officers have important functions. Moreover, a number of state bodies are involved, including the regional health authorities, county governors, the Norwegian Board of Health Supervision, the Norwegian Directorate of Health and the Norwegian Institute of Public Health.

Preventive measures, including the provision of information and services to the population, play an important role in efforts to control communicable diseases. The Norwegian Institute of Public Health is the state institute for communicable disease control, and is tasked with providing advice, guidance and information to municipal, county

and state institutions, health care personnel and the population at large on communicable diseases, infection control and the choice of infection control measures. The Norwegian Institute of Public Health is responsible for monitoring the epidemiological situation, conducting research in the field of communicable disease control and ensuring supplies of necessary vaccines and vaccine preparedness.

The Act provides legal authority for a range of infection control measures, such as prior examination of job applicants or patients, a prohibition against the performance of work, vaccination orders, a prohibition against assembly, the closure of various types of businesses, removal of sources of infection, quarantine measures, etc. It lays down detailed conditions for the various interventions, some of which are reserved for communicable diseases that are hazardous to public health or, in some cases, for serious outbreaks of such diseases. Such measures are only utilised to a limited extent, due to the favourable public health situation as regards communicable diseases. A large number of the intervention provisions in a general communicable disease control statute will be of a contingent nature until such time as a serious epidemic makes it necessary to apply them. Any person who has reason to believe that he or she has been infected with a communicable disease that is hazardous to public health has an obligation to consult a physician, undergo an examination, accept infection control counselling, and assist in tracing the source of infection.

Physicians must be particularly aware of the possibility of a patient having a communicable disease that is hazardous to public health, and if they suspect such a disease, must with the patient's consent initiate such examinations as are necessary to ascertain whether the patient has such a disease. If so, the physician shall immediately and in consultation with the infected person make every effort to prevent the disease from being transmitted to other persons. On certain conditions, the physician has a duty to take steps to trace the source of infection if this is feasible and necessary in the interests of communicable disease control.

Health care personnel's duty of confidentiality is an important basic principle for contact between patients and health services. For the purpose of disease control, the Communicable Disease Control Act contains provisions that permit certain special exceptions from the duty of confidentiality, including the right and the duty of disclosure, notifications and warnings. Among other things,

the law authorises physicians, on certain conditions, to disclose information to persons who are at risk of being infected with a communicable disease that is hazardous to public health. If the risk of transmission is imminent and obvious, the physician has a *duty* to disclose information. Infected persons do not themselves have any statutory duty to disclose information regarding the risk of infection to sexual partners or to any other persons who are placed at risk of infection.

Every person is entitled to necessary assistance with communicable disease control. Everyone who is infected or at risk of infection with a communicable disease that is hazardous to public health has a right to specified infection control assistance. A number of health services that are considered to be infection control assistance are provided at no charge to the patient. The term «infection control assistance» must be interpreted broadly, and can also encompass psychosocial support and various services that address underlying problems which cause the infected person to behave in a way that places other persons at risk of infection; such services include assistance in dealing with substance use and social problems. The same applies to persons who require assistance in order to avoid being infected.

In very exceptional cases, infected persons, or persons assumed to be infected, with a communicable disease that is hazardous to public health, may on specific conditions be required to submit to an examination or be placed in isolation against their will. It is emphasised in the preparatory works to the statute that coercion shall only be used as a last resort when voluntary measures have proved ineffective and it is necessary to prevent the transmission of such a disease to other persons. Alternative measures must have been tried unless the disease is so contagious or dangerous that one cannot take the risk of the alternative measures failing. The use of coercion will primarily be relevant in the case of diseases against which individual citizens cannot protect themselves. The Act sets a time limit for isolation and contains provisions on administrative procedures, etc. to ensure due process of law for the patient and that the intervention is no more onerous than necessary. The coercive provisions are used very rarely. There have only been a dozen or so cases since the Communicable Disease Control Act came into force in 1995, and almost all of them concerned tuberculosis.

The Communicable Disease Control Act does not itself contain any penal provisions, but refers to the fact that violation of the Act or regulations

laid down pursuant to the Act is punishable under the provisions of section 156 or section 357 of the 1902 Penal Code. A decision to amend this situation has been adopted, and when the 2005 Penal Code comes into force, the Communicable Disease Control Act will have a special penal provision that covers breaches of the Act and breaches of regulations laid down or individual decisions made pursuant to the Act. Both the current and the new provision explicitly exempt breaches of the duties for infected persons laid down in the Communicable Disease Control Act. Moreover, the Act contains no penal provisions governing the transmission of infection or the exposure of another person to the risk of infection. In Norwegian law, this has been regulated by special provisions in the Penal Code.

4 Norwegian criminal regulation – current law and adopted new provisions

Chapter 5 gives an account of current Norwegian criminal regulation and jurisprudence.

Section 155 of the 1902 Penal Code prescribes the penalty for any person who, having reasonable cause to believe that he is a carrier of a communicable disease that is hazardous to public health, intentionally or negligently infects another person or exposes another person to the risk of infection.

Following the unanimous decision by the Storting in 2003 to increase the penalty – based on opinions in a Supreme Court judgment – the maximum penalty is imprisonment for a term of up to six years if the offence is committed intentionally and up to three years if the offence is committed negligently.

The original section 155 applied to sexually transmitted diseases. When the Communicable Disease Control Act was adopted, the provision was amended to apply to communicable diseases that are hazardous to public health. The Act's definition and the Regulations regarding what is to be regarded as such a disease will also serve as a guideline in cases pursuant to the Penal Code, but will not be decisive. While the penal provision is no longer limited to special modes of transmission (sexual activity), there must, in order for section 155 to be applicable, be an infectious person who carries out the act that causes the transmission of infection or exposes another person to the risk of infection.

In the past couple of decades, the penal provision in section 155 has mainly been applied in con-

nection with the transmission of HIV infection or exposure to such transmission. In certain cases, it has also been applied in connection with hepatitis B and hepatitis C. Jurisprudence relating to section 155 generally concerns infection or exposure to infection in connection with sexual activity. The Commission does not know of any criminal cases in Norway that concern the sharing of injection equipment or mother-child transmission of infection in connection with pregnancy, childbirth or breastfeeding.

Conviction under section 155 is not conditional on infection actually being transmitted, and it is not of decisive importance when considering the question of guilt to determine whether infection was in fact transmitted from the accused to the aggrieved person. The transmission of infection and exposure of another person to the risk of infection are equal alternatives in the penal provision. However, a more severe penalty is generally imposed when the aggrieved person has been infected, provided that the court has found that the accused has infected the aggrieved person.

The provision in section 155 does not specify how great the risk of infection must be in order for the penal provision to be applicable. Legal literature states that no demonstration of a probability that another person will be infected can be required, and that «an obvious possibility must be sufficient». The Supreme Court commented in one case that there would have been a violation «even if there is relatively little probability of infection». A question can be raised as to whether the degree of the risk of infection that is required for a breach of law to have occurred depends on the seriousness of the disease.

In the preparatory works related to section 237 of the 2005 Penal Code, it is stated that when a person infected with HIV is receiving treatment that reduces the risk of infection, a case-by-case assessment must be undertaken of whether the risk of infection in connection with unprotected sexual activity is sufficient to satisfy the statutory conditions. The same must apply under section 155 of the 1902 Penal Code.

The degree of risk of infection transmission will to some extent also have a bearing on the penalty imposed, as can be seen from relevant jurisprudence.

The standard of guilt in section 155 is intent or negligence, which have now been regulated in two different penalty alternatives with different maximum penalties. Simple negligence is sufficient, but the degree of negligence will be significant for the penalty imposed.

Jurisprudence shows that convictions have generally been handed down for intentional² violations. It must be assumed that there is seldom purposeful intent on the part of the perpetrator, in the sense that he or she acts with the purpose of infecting someone or with the purpose of exposing someone to the risk of infection. However, a perpetrator who knows that he or she is infectious can typically act with indirect intent, since it is sufficient that he or she acts in the awareness that the action certainly or more probably than not will expose another person to the risk of infection. Conditional intent (*dolus eventualis*) may be particularly relevant in the case of a perpetrator who does not know, but who has just cause to believe that he or she is infectious. It is sufficient to ascertain guilt in the form of conditional intent that the perpetrator knew that there was a possibility (not probability) that the act would expose another person to the risk of infection, and nevertheless decided to act even if the risk should materialise (approval of the criminal result).

The standard of guilt is specially regulated in section 155 in the wording «having sufficient cause to believe that he is a carrier of infection». The basic premise in legal literature is that the perpetrator does not necessarily have to consider it probable that he is suffering from a disease covered by the Act; it is sufficient that he «is aware of the possibility and considers it to be relatively likely». Few or none of the convictions of which the Commission is aware concern accused persons who were not aware of their infection status. In the vast majority of the cases, the accused was indisputably aware of his or her infection status, while the aggrieved person was not informed.

The standard of guilt is deemed not to have been satisfied if the perpetrator takes effective precautions to prevent the transmission of infection. In both the preparatory works to the new Penal Code and jurisprudence, the basic premise is that it is not a criminal offence under current law for an HIV-positive person to engage in sexual activity with the proper use of a condom. This must apply correspondingly to other sexually transmitted diseases.

Providing information on infection status or having the consent of the person who has been infected or exposed to the risk of infection does not exempt the perpetrator from liability to a penalty under section 155. The 1902 Penal Code contains no general provisions that define when consent has the effect of exemption from penalties, but in jurisprudence a principle has evolved to the effect that consent does not constitute a basis for exemption from a penalty pursuant to a penal provision that is intended to protect public interests, such as public health. However, weight may be given to consent in connection with sentencing. In practice there have been few cases in which consent has been an issue. In most cases, the perpetrator has concealed or denied the fact that he or she was a carrier of infection.

Irrespective of whether prior consent has been given, the special prosecution rule in section 155 may, on certain conditions, prevent an indictment from being issued against the wishes of the aggrieved person. If the aggrieved person is the perpetrator's next of kin, public prosecution proceedings may only be instituted upon petition by the aggrieved person, unless prosecution is required in the public interest. This applies, for instance, to spouses. When two persons live together permanently in marriage-like circumstances, the relationship is equated with marriage. The provision also applies to same-sex couples, since the Marriage Act is now gender-neutral.

The penal provision in section 155 may be applied concurrently with other penal provisions, i.e. applied simultaneously for the same offence because the provisions were laid down to protect different interests (exact concurrence). There are examples of cases where indictments have been issued under section 155 of the Penal Code for exposure of another person to the risk of infection concurrently with penal provisions relating to sexual offences, including rape and sexual activity with minors. In cases where infection has in fact been transmitted, an indictment may be issued under provisions that impose a higher maximum penalty. For example, several of the penal provisions relating to sexual offences impose a higher penalty if the aggrieved person dies or suffers considerable harm to body or health as a result of the act.

After attempting to track down as many judgments as possible, the Commission has found around two dozen cases in which judgment was handed down (in one or more instances), on the basis of an indictment issued under section 155 of the Penal Code alone or in combination with other

² Standards of guilt differ in the legal systems of different countries and cannot necessarily be translated directly. In this document the terms “intent” and “intentional” are used to denote the concept “forsett”/“forsettlig” in Norwegian law which covers three degrees of guilt as described in this paragraph (purposeful intent, indirect intent and conditional intent). When referring only to the most severe form, the term “purposeful intent” is used.

offences. In a couple of cases, the accused was acquitted of some of the counts in the indictment, among other things due to the lack of subjective guilt.

Among the cases identified by the Commission, one dates from 1992, while the rest of the criminal cases were decided after the turn of the millennium (including some arising from acts committed in the 1990s). One case from 1930 is of lesser interest in this context.

Many of the judgments cover repeated breaches (continuous crime), as the carrier of infection has engaged in unprotected sexual activity with the aggrieved person more than once and often several times, and in a number of cases regularly over a period of several years.

In a number of cases, moreover, several persons were exposed to infection or the risk of infection by the accused. There have been up to 16 aggrieved persons in a single case.

Slightly less than half of the cases that solely or chiefly relate to violation of section 155 concern instances in which the aggrieved person or persons was/were exposed to the risk of infection without infection actually being transmitted. In some of the cases, there was uncertainty as to who infected the aggrieved person, or it was found that the aggrieved person had already been infected in some other way. In some such cases, a conviction was handed down for attempted violation of section 155.

The penalty level in the last few decades in cases that only concern conviction under section 155 of the 1902 Penal Code, or where the other offences have been of little significance for the penalty imposed, ranges from a suspended sentence of 90 days' imprisonment³ to a sentence of unconditional imprisonment for a term of five years. In the cases in which the penalty has approached the maximum penalty of six years' imprisonment, the accused was convicted of several offences, and at least one instance of actual transmission of infection.

Pivotal issues with regard to sentencing appear to be whether infection has in fact been transmitted or whether there has merely been a risk of such transmission, and the number of persons who have been infected or exposed to the risk of infection. In assessing the potential risk, importance has been attached to the period/number of times the aggrieved person(s) was/were placed at risk of infection and, to some extent, to

the degree of risk involved in the respective acts. The fact that the accused is being treated for HIV which may have reduced the risk of infection to some extent has been mentioned in several judgments, both when assessing the question of guilt and in connection with sentencing. While such circumstances have not resulted in acquittal, they have generally been ascribed a certain importance in connection with sentencing. Weight has also been given to the extent of the breach of trust, which can range from a person's failing to disclose his or her infection status to providing blatantly untrue information. In some cases, the accused person has deliberately misinformed the aggrieved person throughout a long-term steady relationship. In certain other cases, on the other hand, some importance has been attached to the circumstances of the aggrieved person, with reference to the fact that the aggrieved person has placed himself/herself at risk of infection by engaging in unprotected sexual activity with a stranger. To some extent, the courts have given weight to whether the perpetrator subsequently gave the aggrieved person relevant information, thereby enabling the latter to follow up on his/her own infection status. In one case, importance was attached to the fact that the aggrieved person had passed the infection on to another person because the former was unaware of his/her status as a carrier of infection. In another case, emphasis was given to the fact that the perpetrator showed little willingness to change (third conviction for breach of section 155).

As a rule, an unconditional sentence of imprisonment is imposed, but there are certain examples in case law where the entire⁴ or part of the sentence was suspended. The Commission does not know of any cases in which a community sentence or a fine was imposed.

A claim for compensation for non-pecuniary damage and other compensation related to the offence is not a penalty, but such civil claims may be adjudicated in the criminal case. This has been done in a number of cases relating to violations of section 155 of the 1902 Penal Code.

Chapter 5 also contains brief summaries of the criminal cases relating to section 155 of the 1902 Penal Code of which the Commission is aware.

A brief description is also given of sections 152a, 154, 154a, 156 and 357 of the 1902 Penal Code, which also relate to communicable diseases and are particularly relevant for the transmission of infections by modes other than from person to

³ The suspended sentence of 90 days' imprisonment is not final.

⁴ Not final.

person. Little use appears to have been made of these provisions.

The penal provision in section 155 (and to some extent section 154) of the 1902 Penal Code has been maintained in section 237 on transmission of infection and section 238 on aggravated transmission of infection of the 2005 Penal Code, in chapter 23 on protection of public health and the external environment.

Sections 156 and 357 of the 1902 Penal Code are to be transferred to section 8-1 of the Communicable Disease Control Act. Section 152a of the 1902 Penal Code is to be maintained in section 142 of the 2005 Penal Code. The penal provision in section 154a will not be maintained.

The preparatory works to the new statutory provisions in sections 237 and 238 of the 2005 Penal Code are discussed, including the comments made by the Standing Commission on Justice regarding the need for more knowledge and a review of the state of the law in Norway in this field. The provisions were unanimously adopted in accordance with the draft statute. They have not yet entered into force. The 2005 Penal Code will not come into force until 2014 at the earliest, with the exception of chapter 16 on genocide, etc. that is already in force.

In the discussion of sections 237 and 238 of the 2005 Penal Code, particular importance is attached to the ways in which they differ from section 155 of the 1902 Penal Code.

The provisions are divided up differently, with the penal provision in section 237 covering the basic crime and section 238 laying down higher maximum penalties for aggravated violations.

The main rule in the 2005 Penal Code is that the criminal legislation only covers intentional offences unless otherwise provided. The standard of guilt in section 237 is intent or negligence, in the same way as under section 155 of the 1902 Penal Code. One amendment consists of the deletion of the divergent standard of guilt inherent in the phrase «having sufficient cause to believe that he is a carrier of infection». The reason for this is a desire to ensure that the penal provision also covers cases in which the infection is not transmitted from person to person. Consequently, under section 237, there is no requirement that the perpetrator himself is a carrier of infection. The provision will also cover infection that is spread by air, water, food, etc.

The provision in section 237, second paragraph, to the effect that the consent of a closely related aggrieved person provides exemption from penalties on certain conditions constitutes a

change in the substance of the statute. No penalty will be applied when the person who has been infected with a sexually transmitted disease or exposed to a risk of such infection is a spouse or cohabitant, regardless of gender, of the person who has transmitted the infection or exposed the person concerned to a risk of infection, and the person concerned has given his or her prior consent to being exposed to such risk. The provision concerning consent contains no formal requirements. It is stated in the preparatory works that consent must be informed consent, i.e. the person giving the consent must understand what such consent entails and be able to assess the consequences of exposing himself/herself to the risk of infection. This can, for instance, be achieved by contacting health care personnel to obtain information that will be helpful in considering whether to give consent. The consent must not be invalid. The consent may be withdrawn at any time, but withdrawal will only apply to future acts.

Among the cases under section 155 of the 1902 Penal Code of which the Commission is aware from jurisprudence, the Commission cannot see that there are any cases which would not also be covered by section 237 as adopted in the 2005 Penal Code.

The provision in section 238 lays down higher maximum penalties for aggravated violations of the basic offence in section 237, and specifies factors that can cause the violation to be deemed to be aggravated. The ordinary maximum penalties (section 237) are imprisonment for a term not exceeding three years for intentional violations and for a term not exceeding one year for negligent violations. In cases of aggravated transmission of infection (section 238), the maximum penalty is imprisonment for a term not exceeding six years for intentional violations and a term not exceeding three years for negligent violations, i.e. the same maximum penalties as in section 155 of the 1902 Penal Code, which does not prescribe separate maximum penalties for aggravated violation. It is evident from the preparatory works that it was not the intention to change the current penalty level.

The core area of application for section 238 will be cases in which the transmission of infection has resulted in the general spread of the disease or the risk of such spreading, or has caused loss of life or considerable harm to body or health. However, the provision's scope of application is not limited to such cases. Whether a violation of section 237 should be considered aggravated must depend on a discretionary overall assess-

ment, and the list of factors in section 238 is not exhaustive.

The provisions of sections 237 and 238 of the 2005 Penal Code on transmission of infection contain a definition of the act that could conceivably apply to the same circumstances as other penal provisions in the 2005 Penal Code. This will probably apply particularly to section 239 on poisoning involving general danger to life and health and section 240 on serious environmental crime, in chapter 23 on public health protection and the external environment, and to the provisions regarding bodily harm, etc. in chapter 25 on violent offences. A decisive factor in determining whether sections 237 and 238 can be applied concurrently with other penal provisions will be whether the provisions target different aspects of the offence.

Chapter 6 contains a brief account of other legislation of relevance for the Commission's work. The statutes that are discussed are the Criminal Procedure Act, the Act relating to Compensation for Damage or Injury, the Health Personnel Act, the Patients' Rights Act, the National Insurance Act, the Health and Care Services Act, the Public Health Act, the Act on Patient Injury Compensation, the Act relating to food production and food safety, etc., the Biotechnology Act, the Anti-Discrimination and Accessibility Act, the Anti-Discrimination Ombud Act, the Human Rights Act, the Alternative Treatment Act, the Dispute Act, the Marriage Act, the Act on Health and Social Preparedness, the Immigration Act and the Adoption Act.

5 Foreign law

Chapter 7 gives an account of the legislation and jurisprudence of the countries to which the Commission has made study visits, i.e. Denmark, Sweden, the Netherlands, the UK and Switzerland. It also contains a brief description of the state of the law in the other Nordic countries and certain other European countries.

The Commission has familiarised itself to some degree with the state of the law in other countries and continents through available compilations of information to which reference is made in chapter 7, although this is not discussed in further detail. It is noted that the different states/provinces/territories in the USA, Canada and Australia have different laws and jurisprudence, but that the debate in this field appears to be very similar to the debate in European countries and inter-

national forums, except as regards aspects of the state of the law that are specific to individual countries and that have less relevance for the situation in Norway. With regard to countries in Africa or Asia, the legal traditions, legal systems and actual circumstances differ to some extent substantially from circumstances in Norway.

Most countries in Europe have penal provisions which can be applied to some extent to the transmission of communicable diseases and often also to the exposure of another person to the risk of infection. The description in chapter 7 shows certain variations in criminal regulation of and the state of the law as regards infection transmission and exposure in the countries in which the Commission has investigated legislation and jurisprudence. All of the countries mentioned apply their general penal code insofar as infection transmission and exposure are prosecuted. Some countries apply the general penal provisions on offences against the person/bodily harm or on endangerment of the life or health of another person, while in other countries, the penal code contains special provisions governing infection transmission and exposure.

Looking at other countries, examples can be found of other forms of regulation, such as special HIV laws that also impose penalties for infection transmission and exposure or special penal provisions in the general penal code which particularly cover the transmission of HIV infection and exposure to the risk of HIV infection. It does not appear to be common for penal provisions on infection transmission and exposure to be laid down in public health or communicable disease control legislation.

All of the countries that are discussed in more detail in chapter 7, except for Iceland, have experience of convictions in this field, and most of the countries have reported convictions for both infection transmission and exposure. The Commission does not have a complete list of convictions. The information that has been collected and made known primarily concerns HIV. The Commission knows of few convictions related to other communicable diseases.

In some countries, there has been a gradual change over time as to which penal provisions are applied, often as a result of Supreme Court decisions. In some countries, different penal provisions are applied depending on the degree of culpability and, in relevant cases, also on whether the case involves infection transmission or exposure. In several countries, particularly those which apply general penal provisions governing bodily

harm, the transmission of infection is punishable as a completed violation, while exposing another person to the risk of infection is punishable as an attempted violation.

In certain countries, the situation at present is that there is no basis for instituting criminal proceedings, at least not in cases where infection transmission or exposure has taken place in connection with consensual sexual activity between peers. In november 2011, Denmark repealed the regulations laid down pursuant to section 252, paragraph 2, of the Danish Criminal Code, with the result that no diseases are currently covered by the penal provision on exposure to infection. In the Netherlands, as a result of two Supreme Court decisions, infection transmission and exposure are only prosecuted in very special cases.

In Switzerland, a legislative process is currently in progress in which amendments have been proposed to the relevant provision of the Criminal Code in connection with the introduction of a new law on epidemics.

In Sweden, criticism has been raised about the way in which the legal provisions are applied in practice, which results, for example, in unforeseeability as to how cases will be adjudicated in terms of the degree of culpability and thus which penal provision will be applied, a factor that is decisive for the maximum penalty and the sentence imposed.

The acts that have resulted in conviction in the countries studied by the Commission consist mainly of unprotected sexual activity. The state of the law as regards the use of condoms appears to be unclear in some countries, but the Commission does not know of any convictions in cases where a condom was used during the entire act of intercourse.

The legal significance attributed to information regarding infection status and to the consent of the person exposed to the risk of infection varies from country to country. In some countries, the consent of a sexual partner who was aware of the concrete risk of infection exempts the perpetrator from a penalty. In countries where consent does not have this effect, it may nonetheless appear that, in practice, cases in which information on infection status was provided are rarely prosecuted. And, when they are, importance is usually attached to this fact during sentencing.

Standards of guilt differ from one country to another, partly due to general differences in standards of guilt in the countries' criminal law, and partly depending on the penal provisions

deemed to be applicable to infection transmission and exposure.

The penalty level varies significantly in cases regarding infection transmission and exposure, even within the individual countries. This at least to some extent reflects the different circumstances of the cases, such as the number of aggrieved persons, whether infection was transmitted and, if so, to how many persons, the number of times the aggrieved person(s) was/were exposed to risk of infection, the degree of risk of infection in each individual case and whether the convicted person failed to inform or misinformed the aggrieved person about his/her infection status. The degree of culpability that is shown will also be of significance for the sentence imposed, and is decisive in some countries regarding which penal provision is applied.

Based on the information available, the total number of criminal prosecutions for HIV transmission in all the countries appears to be extremely limited in relation to the number of persons who are diagnosed with HIV each year. This may in part be related to the fact that a certain percentage of persons are infected abroad, as is also the case for Norway. Nonetheless, the number of cases that are prosecuted seems to be significantly lower than the number of persons infected in the countries in question. To this must be added all the cases in which a person has been exposed to the risk of infection without any infection being transmitted. Even taking into account that there is more than one aggrieved person in many criminal cases, there is every indication that only a minority of cases concerning infection transmission or exposure are prosecuted. This is presumably linked to the fact that the cases seldom come to the attention of the police unless the aggrieved person reports the offence. There seems to be a general trend, arising from the necessary relationship of trust between the health authorities and patients, for health care personnel and health authorities not to report to the police cases of infection transmission or exposure.

Analyses that have been carried out indicate that the incidence of criminal prosecution in relation to the number of HIV-positive persons in the country is somewhat higher in Northern European, and particularly Scandinavian, countries than in other countries in Europe and large parts of the rest of the world. One theory holds that this is ascribable to a high degree of confidence in the legal system and a sense of mutual responsibility between individuals in these countries.

All of the countries examined by the Commission have civil legislation relating to communicable disease control and public health work. The countries' communicable disease control legislation varies somewhat, but is based to some extent on international cooperation. The laws authorise certain interventions in respect of individuals and the general public in situations where this is deemed necessary in the interests of public health. Coercive interventions will largely be relevant in connection with extremely contagious, serious diseases, and are presumably seldom used. Sexually transmitted diseases are covered to a varying degree by the communicable disease control legislation, systems for reporting communicable diseases, etc. The national health authorities generally ensure extensive communicable disease control efforts based on information, cooperation and voluntary measures.

In all countries that prosecute the transmission of infection or exposure to risk of infection, the criminal law approach is perceived as only a minor part of society's efforts to protect the population against serious communicable diseases (communicable disease control). Criminal legislation is meant to be of a punitive nature in dealing with cases of reckless and unacceptable behaviour, even if the penal provisions in some countries are also seen as helping to promote attitudes and behaviour that could reduce the current risk of infection in society.

6 International obligations and recommendations

Chapter 8 presents an overview of relevant international obligations and recommendations.

The presentation shows that a number of bodies have issued statements which are relevant in various ways to issues that lie within the scope of the Commission's mandate, primarily agencies within the UN system, but also bodies affiliated with the Council of Europe or the EU, and certain other agencies.

In international law – as in other areas of law – certain sources are binding or must be given great weight (often referred to as «hard law» in international law), while other sources are of lesser importance, although they may be interpretative factors and may in other ways be of greater relevance than the limited weight that is attached to them in purely legal terms («soft law»). For example, the countries that have participated in issuing a declaration may have assumed a political

obligation to increase their efforts and resources in a field.

The human rights instruments contain fundamental standards with regard to such issues as the individual's freedom relative to the state and participation in society (civil and political rights), but also impose requirements to the effect that the state must ensure that the basic needs of individuals are met to a reasonable degree (economic, social and cultural rights). There are several UN and Council of Europe conventions on human rights. The most important of these have been incorporated into Norwegian law through the Human Rights Act, and in the event of conflicting provisions shall take precedence over other Norwegian legislation.

The conventions are the only binding rules under international law in the field of human rights. Judgments delivered by the European Court of Human Rights (ECHR) pursuant to the Council of Europe's Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms are a major source of law with respect to interpretation of the convention, and individual states are bound under the convention to respect judgments against the state. Substantial importance is also attached to statements from other treaty bodies, such as the General Comments to the various UN conventions.

Many declarations and statements have a global objective and do not necessarily reflect the great cultural differences between regions and states. States have quite a free rein in terms of the importance they attach to «soft law» in their assessments of what is compatible with international human rights obligations. To a large extent, therefore, they will be able to take account of national factors, provided their interpretation is consistent with the convention texts with comments by the treaty bodies and ECHR jurisprudence.

The Commission gives an account of relevant content of several human rights which to some degree are of significance within the Commission's sphere of activity, such as the prohibition against torture and inhuman or degrading treatment, the right to personal freedom and security and conditions for deprivation of liberty, the right to respect for private and family life, the prohibition against discrimination and the right to health.

The Commission notes that there is no «hard law» of direct relevance for the question whether it is consistent with the human rights to apply criminal penalties to the transmission of infection and exposure of another person to the risk of

infection. Neither the conventions that have been ratified by Norway, nor the comments of the treaty bodies, nor judgments delivered by the ECHR address this issue directly. Moreover, nothing on this topic can be inferred with any certainty from the conventions. The same applies to EEA law. The statements that deal with this issue are clearly «soft law».

The Commission therefore finds that it is not contrary per se to human rights obligations that a country has penal provisions that either directly govern the transmission of infection and the exposure of another person to the risk of infection, or cover these acts in another way. However, the Commission emphasises that penal provisions and criminal prosecution must be in accordance with the general human rights standards in the field of criminal law, also where infection transmission or exposure is concerned. This includes the requirement of a fair trial and the requirement that penal provisions must be sufficiently clear to make the legal position foreseeable. The human rights instruments also lay down certain requirements as regards the execution of sentence.

Consequently, the Commission cannot see that it would be inconsistent with human rights to have special penal provisions on the transmission of infection and exposure of another person to the risk of infection in respect of specific diseases or more generally, limited, for example, by the criterion of seriousness. Foreseeability is an important aspect, and precisely this aspect will be easier to safeguard by means of special provisions in the field than through general penal provisions that protect life and health. In a special provision, the further conditions for a criminal penalty, including the standard of guilt, the importance of consent, the penalty level, etc. can be regulated in a way that is especially adapted to this type of case. States must be given a margin of discretion in formulating their criminal law and individual penal provisions, in which the legal tradition and other factors in the country may also be of significance.

Most of the declarations, statements, etc. which have a certain bearing on the issue of criminal penalties for infection transmission and exposure and the Commission's other work concern HIV.

UNAIDS is the agency that is most actively engaged in the issue of criminalisation of transmission of infection and exposure of another person to the risk of infection, but its focus is limited to HIV. UNAIDS has expressed clear recommendations to the effect that the application of criminal sanctions in this field should be limited to cases where infec-

tion has been transmitted, and where such transmission has been committed with purposeful intent. In the international guidelines on HIV/AIDS and human rights, issued in 2006, the UN High Commissioner for Human Rights (OHCHR) and UNAIDS are less clear on this point, even though the guidelines could possibly be interpreted in the same direction. Moreover, these agencies recommend that no special penal provisions and no special statutory regulation of HIV transmission should be adopted, but that general penal provisions should be applied to the transmission of infection with purposeful intent.

A number of statements made by other bodies are based on the above-mentioned documents without adding any significant new elements. Certain bodies word their statements more vaguely than UNAIDS, for example in the form of recommendations that states should review their legislation with a view to repealing or amending legislation that could counteract efforts to prevent and treat HIV, or that could contribute to discrimination and stigmatisation, both of which could also refer to legislation regarding sexual orientation, sex work, etc. The Global Commission on HIV and the Law gives clear recommendations on what kind of penal provisions and criminal prosecutions to avoid in order to secure an effective, sustainable response to HIV that is consistent with human rights obligations. In the material found by the Commission, only the UN Special Rapporteur on the Right to Health states that the criminalisation of infection transmission and exposure is directly contrary to human rights. There does not appear to be a basis for such a statement in sources of law.

There seems to be little evidence to support some of the theories regarding the impacts of criminal legislation on infection transmission and exposure on which the recommendations of UNAIDS are based. Furthermore, the points of view are formulated with a global objective. Some UNAIDS work in the field is particularly focused on high-income countries, but here too significant variations will be seen in the different countries in terms of legal traditions, the application of criminal law and the level of penalties, as well as cultural factors related to confidence in the legal system and a sense of responsibility in human interaction, etc.

Chapter 8 also contains some discussion of human rights and international declarations, etc. related to such issues as the forced isolation of carriers of infection as a communicable disease control measure, testing for communicable diseases, prevention and treatment, personal data

protection and the duty of confidentiality of health care personnel, infection control in prisons, and discrimination and stigmatisation.

7 Medical and social science knowledge base

Chapter 9 contains medical and social science background information.

An account is given of certain medical knowledge in the field of communicable diseases, primarily a selection of communicable diseases that are hazardous to public health, but also certain other diseases. The discussion focuses primarily on modes of transmission, the seriousness of the diseases, possible treatment and the incidence of the diseases in Norway. Further details of the medical aspects of HIV and AIDS are discussed in Appendix 1.

In accordance with its mandate, the Commission has sought to find scientific documentation for «possible individual or general deterrent effects of criminal regulation in respect of HIV, including whether current regulation might be construed as discriminatory, or might have an adverse impact on individuals' behaviour, prophylactic strategies and willingness to undergo testing», and the significance of the threat of criminal sanctions for infected persons with regard to the attitudes of non-infected persons.

The Commission notes that it is generally difficult to find well-designed research with a methodology that can provide answers to questions concerning the intended and unintended impacts of laws. Moreover, the effect of a threat of a criminal sanction for the transmission of infection and exposure of another person to the risk of infection will probably be contingent on the culture and sub-cultures of the population. The Commission has sought to find relevant material from Norway, but also from other countries in Europe and North America, partly because the Norwegian material is extremely limited. HIV and criminal regulation issues are not a key focus of either Norwegian or international research on safer sex, sexually transmitted diseases and HIV testing behaviour and the living conditions and quality of life of HIV-positive persons. Admittedly, a certain amount of research literature deals with openness, discrimination, sexuality and living conditions among people living with HIV, but the vast majority of these studies do not shed light on issues related to criminal regulation. Moreover, the knowledge is seldom research-based and

often consists of reflections on personal experiences, for instance in the form of the statements by expert panels or human rights activists. The existing research-based knowledge is often grounded in samples of dubious generalizability. Few or no studies have satisfactorily documented direct links between criminal regulation and the conduct of infectious persons or HIV-positive persons' perception of discrimination or stigmatisation, or links between criminal regulation and the choice of protective strategies and willingness to undergo testing among persons who are HIV-negative or undiagnosed.

The reliability of most of the studies is limited because they are based on extensive self-selection and use self-reported measurements of safer sex behaviour and self-reported discrimination. From a scientific standpoint, it is particularly problematic that the theory regarding the negative effects of criminal regulation does not lend itself to empirical rejection. It is clear that a number of HIV-positive persons consider the current regulatory framework to be burdensome. At the same time, no effort is made in the available literature to seek alternative or supplementary explanations for why individuals avoid being tested and why HIV-positive persons may perceive themselves as victims of discrimination.

Studies of living conditions among HIV-positive persons give some indication of their perception of discrimination and stigma, openness about their HIV status, their perception of their state of health, etc. Concern about criminal regulation is addressed in some of the studies, including the non-representative Norwegian FAFO study conducted in 2009, in which 35 % replied that they were not worried about, and never thought about, the Penal Code provisions, while 49 % responded that they worried often or once in a while about section 155 of the Penal Code. Over half of the respondents replied that the provisions of the Penal Code had influenced their sex life, for most of them in the sense that they had less and safer sex.

Chapter 9 also describes various studies on sexual habits that are of interest as a more general backdrop as regards the population's behaviour that is relevant for diseases transmitted by sexual activity, such as the number of sexual partners, the purchase of sexual services, assessment of risk related to sex and use of contraceptives.

It also contains a brief account of groups who are at particular risk of HIV infection.

Chapter 9 also gives a brief account of a number of published reflections and theories regarding sexual habits and protection against infection.

The ideology of gender equality plays a pivotal role in Norwegian society, and Norway is characterised by a relatively high tolerance for sexuality and sexual behaviours in population groups who have traditionally held subordinate positions. However, this does not mean that sexuality is not subject to restrictions and social and cultural constraints. A belief that culturally-determined aspects of human behaviour are in fact «natural» in a biological sense has implications for sub-groups of the population who, for various reasons, must or prefer to adopt a behaviour that differs from that of the heterosexual majority. Sexual standards are social constructs, and those who do not conform to these standards risk becoming social outcasts. If large sub-groups of the population were to break with existing norms and rules of society, the norms can be changed precisely because they are social constructs.

In Norway, there is a relatively high degree of openness as regards sexuality, yet we nonetheless have a somewhat ambivalent relationship to sexuality. Intercourse that is legitimised by love and affection is regarded as an expression of «good sexuality», while sex solely for the sake of pleasure is not regarded very highly.

The trend is towards a greater degree of attitudinal and behavioural equality between the two sexes. At the same time, gender differences still exist. A rapprochement between the sexes in terms of sexual behaviour does not automatically mean that women's and men's perception of reality and the conditions for sexual interaction have also become more similar.

All the Nordic countries are often seen as having relatively liberal attitudes towards sexuality. In this cultural context, it is the responsible, and not the passionate, sexuality that is socially accepted and idealised. A consequence of this is that unless pregnancy is planned and wanted, individuals are expected to conduct themselves like responsible citizens and use contraception during intercourse. The use of contraception is not socially stigmatised, and is considered to be a shared responsibility. For most young people, it is natural to see themselves and their partners as fertile individuals. For most heterosexual couples, therefore, it is natural to make contraception an integral part of their sexual behaviour. As far as protection against infection is concerned, the situation is considerably more complicated. People seldom base their behaviour on – or accept as natural – the assumption that they themselves or their partners may be carriers of sexually transmitted diseases. Basing their behaviour in a sexual context on such an assumption will in all likelihood be per-

ceived by their partner as a sign of being unnaturally suspicious.

Being in a steady relationship is one reason for assessing as low the risk of being infected with a sexually transmitted disease. Being in a committed relationship generates a sense of security, and this security is linked to having faith in and trusting one's partner. As a result, people who are in committed relationships test themselves less often for HIV and chlamydia. In Norway, condoms are primarily used as a means of preventing an unwanted pregnancy, and not as protection against sexually transmitted diseases, and after a while young people often replace the use of condoms with hormonal contraception. The processes involved in assessing the risk of chlamydia and HIV differ somewhat. Young people perceive HIV as being different from other sexually transmitted diseases. Men who have sex with men are more aware of being in the risk zone than heterosexual men and women, which reflects the knowledge that men who have sex with men are more exposed to HIV infection than other groups. Sexual orientation probably also impacts indirectly on the assessment of the risk of chlamydia and HIV through the number of partners.

The Commission presents certain hypotheses about the significance of the cultural context, etc.

The effect of criminalising the transmission of a communicable disease that is hazardous to public health is probably contingent on culture and sub-culture. In Norway, such a law could have an effect in the heterosexual context. In our Nordic culture, the responsible, and not the passionate, form of sexuality is the ideal. In the course of many years of family planning work, for instance, we have developed a rational, systematic way of dealing with our sexuality. In this cultural setting, it is considered legitimate to impose a responsibility on sexual actors for their actions, and we accept this responsibility. In a culture of passion, this is meaningless. In our Norwegian and Nordic culture, it is accepted that persons who are HIV-positive have sex, but have (a special) responsibility not to infect other persons. Because we accept this premise, a law will also be accepted and an effort will be made to comply with that law by individuals from our culture who could transmit infection. The situation may differ somewhat in the case of infectious persons from other cultures.

Furthermore, several studies show that a larger percentage of HIV-positive men who have sex with men have unprotected sex, compared with heterosexuals who are HIV-positive. An underlying motive for human behaviour is the pursuit of esteem, and this pursuit is inextricably

linked to the construct of the self. In an environment where there are negative attitudes towards homosexuality, children will probably not learn – or internalise – positive attitudes towards homosexuality. Growing up and living in a homophobic environment is likely to significantly reduce the individual's level of internal self-esteem. Testing positive for HIV imposes yet another stigma on the individual which diminishes the man's self-esteem. There is reason to assume that many HIV-positive men who have sex with men, with low self-esteem, will tend to attribute their HIV-positive status to internal rather than external factors. This can lead to perceived shame, isolation and self-censure. In this context, refraining from sexual activity can be seen as a coping strategy. However, the desire for sexual activity persists, and the result may be unplanned and unprotected sex. Several surveys show that unsafe sex is common among HIV-positive men who have sex with men. Several studies describe links between the use of alcohol, narcotic substances and risky sex. There does not appear to be a link between unsafe sex and viral load or the use of HIV medication.

Unsafe sex among persons who are HIV positive should also be viewed in the context of treatment optimism. It has thus been documented that the percentage of men who have unsafe sex with men has approximately doubled since an effective treatment for HIV was introduced in 1996. One study concludes that the reduction in infection risk attributable to the fact that HIV-positive individuals are undergoing treatment is neutralised by the substantial increase in unsafe sex.

Finally, chapter 9 gives a brief description of infection control efforts, with focus on primary prevention, infection control assistance in public health services and the organisation of infection control activities in municipalities. In connection with sexual education, mention is also made of studies of the effect of interventions to prevent sexually transmitted diseases and unwanted pregnancies among adolescents and young adults.

8 The views and experiences of stakeholders

Chapter 10 presents views on the issue of criminal regulation and criminal prosecution of infection transmission and exposure, put forward by organisations and special-interest groups, and views and experiences communicated by infected persons.

Views have been expressed in connection with legislative processes, i.e. the increase in 2003 of

the maximum penalties in section 155 of the 1902 Penal Code, and the adoption in 2009 of sections 237 and 238 of the new Penal Code.

Stakeholder organisations, groups and individuals have also submitted their views in other contexts. There is an international engagement in the field, which is described briefly. Reference is also made to surveys on the living conditions, etc. of HIV-positive persons.

In the winter of 2011–2012, the Commission arranged a consultation meeting to which it was possible to submit written statements.

Reference is made to and excerpts are quoted from the consultation statements received, including from a person himself being prosecuted for exposing another person to the risk of infection.

Many of the consultative comments and views that have been presented in other connections concur to a large extent. Most of them are critical of current and adopted criminal legislation and some of them of the way that this legislation is implemented in practice. Some express more differentiated views. On the whole, the views concern HIV and infection or the risk of such in connection with sexual activity.

Many of those who have submitted statements are of the view that no criminal penalties should be applicable to such offences, or that they should be limited to the actual transmission of infection or to very special cases, in line, for instance, with UNAIDS' recommendations that criminal sanctions should only be applicable to the transmission of infection with purposeful intent.

It is claimed by many stakeholders that the threat of criminal sanctions does not serve the objective of preventing infection, and thus the protection of public health, and that, on the contrary, it has a counterproductive effect. They point out that the threat of criminal sanctions could discourage persons who may be infected from undergoing testing, based on the premise that persons who do not know that they are HIV-positive will avoid prosecution or conviction. They also point out that the threat of criminal prosecution may make it more difficult for individuals to be open about their infection status.

Furthermore, many consider that the threat of criminal sanctions contributes to the stigmatisation of HIV-positive persons, even though the wording of the legal provisions do not make specific reference to HIV, because in the past few decades the cases prosecuted have primarily concerned HIV transmission or the risk of such transmission. Some take the view that there should be no special penal provision governing infection,

and that general penal provisions governing bodily harm, etc. can be applied insofar as such matters should be punished.

A common viewpoint among those who have submitted a statement is that both parties in a consensual sexual relationship have an equal responsibility for ensuring protection against infection. The infected person cannot be made solely responsible. It is also maintained that a threat of criminal sanctions for the infected person could result in other persons taking it for granted that infected persons will inform them of their status or provide protection, and that this thus undermines the aim of ensuring that all parties assume responsibility for protecting themselves against infection.

In the view of many stakeholders, no criminal penalties should be applied when the infected person has disclosed his or her infection status and the partner has nevertheless consented to unprotected sex.

Several consultative statements point out that only some of the individuals who engage in behaviour that places others at risk of infection are criminally prosecuted, and that in some cases they are reported to the police after a relationship has broken up, despite the fact that the aggrieved person was aware of the risk of infection during the relationship.

Some bodies also cite Norway's role in international efforts, such as in the field of development, and consider it problematic that Norwegian law comprises a threat of criminal sanctions in this area contrary to international recommendations.

Chapter 10 also sets out the grounds for the stance of one of the Commission members, who is living with HIV, concerning the issue of applying a criminal penalty for infection transmission and exposure.

Furthermore, some information is provided on other ways in which the Commission has gained an insight into the experiences and views of persons affected, such as through the knowledge and experience of Commission members from relevant fields and persons who have held lectures for the Commission. The chapter concludes with a brief account of the importance attached by the Commission members to the views and experiences of stakeholders.

9 The Commission's assessments and proposals

Chapter 11 contains the Commission's assessments and proposals.

The main issue addressed by the Commission is whether the transmission of infection or the exposure of another person to the risk of infection should (still) be a criminal offence and, if so, under what circumstances.

At the start of chapter 11, the Commission discusses the question of whether transmitting infection to another person should be a criminal offence at all. The Commission points out that the harm principle was adopted as a starting point in the preparation of the 2005 Penal Code, i.e. that it is primarily behaviour that causes harm or the risk of harm to interests that should be protected by society that should be subject to a criminal sanction. Even if a type of behaviour, such as the transmission of infection, has harmful consequences, a closer assessment must nonetheless be undertaken of whether a criminal penalty should be applied.

It is difficult to provide a definitive answer to the question of whether the transmission of infection is of such a nature and such seriousness as to justify the application of a criminal sanction without basing the assessment on certain assumptions regarding the nature of the diseases in question, the mode of transmission, the parties' individual circumstances and other circumstances that may be relevant.

The Commission mainly uses the term «*transmission of infection*» to denote infection that is transmitted (directly or indirectly) from person to person, and the term «*spread of infection*» to refer to infection that is spread by air, water, food, blood and blood products, etc., even though these expressions are not exclusively used, in either medical terminology or in ordinary language, for the respective modes of transmission. Transmission of infection and spread of infection are discussed separately to a certain extent, since different considerations apply to each of these two categories.

In the Commission's view, any criminal regulation of (direct or indirect) person-to-person transmission of infection, for example in connection with sexual activity or via objects, should be limited to diseases of a serious nature. If infection is spread by air, water or food, etc., it could potentially cause a great deal of harm as it could affect a very large group of people. It is possible, therefore, that one should not require the same level as regards the seriousness of the disease for the individuals affected. Moreover, these are transmission routes against which individuals are less able to protect themselves.

The Commission points out that the seriousness of the harm caused also has a bearing on the

assessment of responsibility for prevention and the moral blameworthiness of the person who commits the act exposing another person to the risk of infection, and on the limitations which society should place on individuals' general freedom of action.

The Commission has discussed the public health argument, which is a pivotal element of the rationale for the current criminal regulation of transmission of infection and exposure to risk of infection. In addition to protecting public health, however, the provisions also clearly contain an element of individual protection. Thus the Commission has not attached importance solely to public health considerations. In addition, the Commission members have divided opinions regarding the impact on public health that the penal provisions in question could conceivably have. There is limited documentation of the effect of criminal regulation, both as regards its contribution towards preventing infection and as regards unintended consequences which are alleged to have the opposite effect.

The Commission is of the opinion that the Communicable Disease Control Act and the Public Health Act are key to safeguarding public health, supplemented by the non-judicial instruments that are also of pivotal importance. These instruments are of far greater importance than penal provisions for protecting the population against serious communicable diseases. However, Norway and several other countries have a tradition whereby infection transmission and exposure can be prosecuted, on the basis of penal provisions in the general criminal legislation which are intended to protect both public health and individuals.

In the work on the 2005 Penal Code, it was pointed out that criminal sanctions should only be applied if other sanctions do not exist or will not be sufficient (in conformity with the principle of subsidiarity). The Commission emphasises the importance of infection control counselling and other follow-up by public health and care services, etc., and points to the need for clearer guidelines for cases where the infected person fails to follow the infection control counselling that has been provided. Infected persons should, on repeated occasions, be given sufficient information and necessary psychosocial support to enable them to handle the risk of infection properly, and assistance in dealing with any underlying problems such as mental illness or substance use. However, the Communicable Disease Control Act does not provide for any suitable means of dealing with

infected persons who, after repeated requests and counselling, do not comply with the recommendations on such matters as «safer sex». The Commission does not find it appropriate to propose that the Communicable Disease Control Act be supplemented with administrative or other sanctions for persons who fail to follow the advice they are given, and does not see any other relevant forms of sanction as an alternative to a penalty.

In the Commission's view, the infected party has a special responsibility for preventing onward infection. An infected person who is aware of his or her infection status and has received infection control counselling therefore has reason to take steps to ensure adequate protection against infection.

Everyone, including those who are not infected or do not know that they are infected, must share responsibility for avoiding the transmission of infection based on a general knowledge of communicable diseases and modes of transmission. This applies in particular to diseases against which protection can be assured by simple means, such as by using a condom.

Nevertheless, the Commission's majority – 11 out of 12 members – are of the opinion that the circumstances in a number of cases, including many of the cases adjudicated under section 155 of the 1902 Penal Code, are such that the infected party has acted in such a blameworthy manner as to make a criminal sanction both right and reasonable. This is particularly the case where the infected person has deliberately given erroneous or misleading information about his or her infection status, perhaps over a long period of time, thereby giving the other party no incentive to ensure protection against infection. This increases the subjective blameworthiness of the infected person, and thus the justification for punishment.

The same majority also points out that there has been no general public reaction to the present penal provision, and that both the statutory decision to increase the penalty in 2003 and the new penal provisions in 2009 were adopted unanimously. Furthermore, none of the judgments of which the Commission is aware suggest that the penal provisions are deemed to be discriminatory or unreasonable. The criminal regulation thus seems to be in keeping with the general sense of justice. Nonetheless, the Commission considers that importance must be attached to the fact that the current provisions are criticised by special-interest organisations, individuals and some experts, and that this criticism was part of the reason for appointing the Commission.

Of the majority's 11 (out of 12) members, nine members emphasise that decriminalisation could be perceived as an indication that infecting other persons or exposing other persons to the risk of infection is no longer such a serious act. The growing number of persons recently infected with HIV could suggest that there is a view prevailing in certain circles that it is no longer as important to avoid HIV infection because medication can prevent HIV-positive persons from developing AIDS. The Commission's majority finds that it would be ill-advised to reinforce this impression by completely decriminalising such acts or repealing the special penal provisions that govern the transmission of infection and exposure of another person to the risk of infection. The other three Commission members note that the current section does not appear to have had a preventive effect, and see a need to intensify preventive efforts, including more active use of the provisions of the Communicable Disease Control Act, in order to reach the groups concerned.

The Commission's majority – 11 out of 12 members – otherwise observe that the potential repeal of the existing criminal provisions governing infection transmission and exposure does not automatically mean that such acts will not be punishable. The state of the law will also depend on which other penal provisions may be applicable.

After an overall assessment, the Commission's majority finds that under Norwegian law, the transmission of infection to another person should, on certain conditions, remain a criminal offence, and that there should be special penal provisions in Norwegian law that govern the transmission of infection and, in the view of 9 out of 11 members of the majority, exposure of another person to the risk of infection, instead of applying the general penal provisions relating to bodily harm, etc.

In the opinion of one member, no special penal provision should be laid down with regard to person-to-person transmission of infection. Any criminal prosecution of such an act would then have to be instituted under the general provisions governing bodily harm. However, this member does not consider it appropriate to apply these provisions either in the case of such transmission, unless the perpetrator acted with the purposeful intent to infect, and infection was in fact transmitted. The rationale for this standpoint is set out in chapter 10.

The Commission's majority – 11 out of 12 members – finds that there should still be a separate penal provision for the person-to-person

transmission of a serious communicable disease. The majority attaches importance to the possibility that this affords of regulating the detailed conditions for conviction according to the individual nature of the field, including the legal significance that should be given to infection prevention measures and the consent of the aggrieved person, which would be virtually impossible if general provisions governing crimes of violence were to be applied. The greater foreseeability that can be created by establishing a special penal provision is assumed to be very important to those concerned. A separate penal provision which clearly defines the circumstances that exempt the perpetrator from a criminal penalty will make it easier to foresee consequences, thereby making the state of the law easier to understand.

It is difficult to say whether the courts would in practice establish uniform jurisprudence in this field without penal provisions specifically governing infection transmission and exposure. In the Commission's view, it could in theory be difficult to convict persons who have infected other persons or exposed other persons to the risk of infection, even in cases where the person concerned has behaved in a blameworthy, extremely indifferent or reckless manner. The standard of guilt under the ordinary provisions governing bodily harm is intent. A great deal of evidence will be required to prove subjective guilt in the form of intent to transmit infection, which would be a requirement for conviction whether the case involves the actual transmission of infection or the exposure of another person to the risk of infection. Only in the case of actual infection transmission will it be possible to convict the perpetrator of negligently causing serious harm to body or health under section 280, and only if it can be proved that it actually was the perpetrator who transmitted the infection.

Moreover, it is the majority's assessment that it will not have much bearing on the degree of stigmatisation experienced by the infected person whether prosecution proceedings are instituted under the general penal provisions governing bodily harm and the like, or under special penal provisions governing the transmission of infection and exposure of another person to the risk of infection, but without stating any specific diseases.

The Commission emphasises that – regardless of whether the transmission of infection is subject to special regulation or whether prosecution proceedings are instituted under other penal provisions – it is a prerequisite that such prosecution

complies with the standards established by the human rights instruments and other universal principles related to the rule of law, including the right to a fair trial, proportionate sentencing and equality before the law.

The Commission discusses which modes of transmission and which diseases should be covered, and whether only the transmission of infection or also the exposure of another person to the risk of infection should be regulated by criminal law. It also discusses standards of guilt and how much importance should be attached to infection control measures and other factors that affect the risk of infection, as well as the consent of the person exposed to the risk of infection. (See further information on these topics below.)

Of the Commission's majority of 11 out of 12 members who consider that a separate penal provision relating to the transmission of infection should be maintained, a majority of nine members find that improperly exposing other persons to the risk of infection should be punishable even if no disease or harm has been inflicted on the aggrieved person. This should also be possible in cases other than those in which purposeful intent to transmit infection has been shown. The risk of infection and transmission of infection arise from the same type of acts. Only by ensuring that the penal provision also covers exposure of another person to the risk of infection will it promote a change in behaviour and thereby contribute to infection control. Whether the individual act that causes a risk of infection will lead to the other party being infected cannot be foreseen, even if the parties may to some extent know of factors of significance for the magnitude of the risk of infection. The majority also gives some weight to evidentiary considerations. The majority proposes that the exposure of another person to the risk of infection should be punishable in specific types of cases; see the paragraphs below on the formulation of the penal provision.

Of the 11 members of the Commission who consider that there should be a separate penal provision governing the transmission of infection, two members find that only the actual transmission of infection should be liable to a penalty. They refer, among other things, to the fact that the general risk of HIV infection is low, particularly in the case of patients who are receiving effective treatment. It is difficult to determine the infection risk in individual cases, but a penal provision that covers any act that exposes another person to the risk of infection will be too broad in scope as it will also cover cases where the risk of infection is close to

theoretical. The minority does not fear that the decriminalisation of infection exposure will lead to more infected persons having unprotected sex. At the same time, it will be a signal to everyone that they have an independent responsibility for their own health.

Attention is also drawn to certain special situations in which the Commission unanimously finds that caution should be generally exercised with regard to the institution of criminal proceedings. These situations include mother-child transmission in connection with pregnancy, childbirth and breastfeeding, cases where both parties were already infected, infection in connection with drug users' sharing of injection equipment and in connection with sex work, particularly if the sex worker is pressured to engage in unprotected sex.

The Commission has unanimously concluded that the transmission of infection by air, water and food, etc., should be governed by a separate penal provision.

Accordingly, the Commission's majority proposes amending sections 237 and 238 of the 2005 Penal Code, as a result of which there will be two separate penal provisions: section 237 governing person-to-person transmission of infection, and section 238 governing the spread of infection by air, water, food, etc. The Commission's draft statute is based on the 2005 Penal Code, since the latter will replace the 1902 Penal Code within a few years. Individual provisions may be set in force at an earlier date if desired.

The Commission's draft penal provision relating to the person-to-person transmission of infection (section 237) reflects the view of the majority (11 out of 12 members), although two of these Commission members take the view that the draft should only cover the transmission of infection, but otherwise endorse the draft. In the view of the majority (9 out of 12 members), the draft provision should cover both transmission of infection and exposure of another person to the risk of infection, but should not be applicable to every case of infection exposure. Under the draft provision, it is required that the perpetrator exposes two or more persons to the risk of infection or exposes another person to such risk on repeated occasions or through reckless behaviour. A single «slip-up», for instance in the form of unprotected sex, will thus not be punishable unless the perpetrator has behaved recklessly in another manner. After such an incident, the infected person will have had time to reflect on the matter and has every reason to implement infection control measures on the next occasion. The penal provision is

particularly designed to apply to persons who display behaviour that places other persons at risk of infection, either several persons or the same person on repeated occasions. In situations in which the parties are not peers, exposing the subordinate party to the risk of infection could easily be deemed to be reckless behaviour even if exposure has only occurred on a single occasion. Chapter 11 and the comments in chapter 13 contain a further discussion of how the draft is to be interpreted.

The draft provision is limited to communicable diseases that cause significant harm to body or health. An assessment must be made on a general basis of whether a disease has such consequences.

In the Commission's draft, the standard of guilt is determined to be intent and gross negligence. In the Commission's opinion, the direct or indirect person-to-person transmission of infection should not be punishable when only simple negligence has been shown.

The draft contains a provision to the effect that consent exempts a person from liability to a criminal penalty in the case of infection transmitted by sexual activity. In order for consent to have an exempting effect, such consent must be given in the presence of health care personnel in connection with infection control counselling. These formal requirements are intended to ensure that the consent given is informed and well-considered, and that the relevant facts relating to the granting of consent are established and that the consent is given after proper infection control counselling. There is no requirement of a special connection between the parties, as is the case under the provision adopted in the 2005 Penal Code.

Furthermore, the draft statute contains a provision to the effect that no penalty is applicable when proper infection control measures have been observed. This means, for example, that sexual activity with proper use of condoms will not be punishable, even though the use of a condom does not assure full protection against infection transmission even when used consistently. This exemption applies regardless of any disclosure of infection status and any consent that may have been given by the partner. This is a codification of jurisprudence in this field. The provision is not limited to infection transmitted by sexual activity. The exemption from a criminal penalty does not cover medical treatment that reduces the risk of infection. As regards HIV, it is noted that even if treatment reduces the risk of infection, there is not enough scientific documentation to determine precisely the magnitude of the risk of infection,

particularly as far as individual cases are concerned. The degree of risk of infection can vary even in the case of patients under effective treatment, and is contingent on a number of circumstances beyond the control of the parties, and especially the infected person's partner. The non-infected person's susceptibility to infection also varies. Moreover, by using protection against infection, such as a condom, the infected person actively ensures or sees to it that measures are implemented to protect his or her partner.

The importance of medical treatment that mitigates the risk of infection must – in the light of continued medical development and new scientific findings – be considered under the question of whether there is a risk of infection in the legal sense, an approach already adopted in the preparatory works relating to sections 237 and 238 of the 2005 Penal Code. In the Commission's view, the knowledge available about the risk of infection at any given time associated with an HIV-positive person under medical treatment remains too uncertain to conclude that the description of the offence in the penal provision is not met. However, the probability that the risk of infection is reduced may, depending on the circumstances, be given weight during sentencing, as shown by examples in case law under section 155 of the 1902 Penal Code.

In light of the above, the draft statute constitutes a certain degree of decriminalisation in relation to current and adopted penal provisions with regard to person-to-person infection transmission and exposure. Acts covered by the majority's formulation of the penal provision in section 237 of the draft statute largely correspond with jurisprudence under section 155 of the 1902 Penal Code. The amendments proposed by the Commission clarify the state of the law and render it more foreseeable. It is primarily behaviour that is acceptable or appropriate in the context of infection control that will be decriminalised. The Commission has sought to formulate the penal provision in such a way that it encourages such behaviour.

The Commission also discusses maximum penalties and sentencing.

The maximum penalties in the draft statute are differentiated according to the degree of culpability and whether the violation is aggravated, an aspect that is specially regulated in a separate paragraph. When determining whether the transmission of infection is aggravated, particular importance shall be attached to whether the infection has caused loss of life, has been transmitted to two or more persons, or has been transmitted

through particularly reckless behaviour. The maximum penalty for intentional violation is a fine or a term of imprisonment not exceeding three years, while the maximum penalty for grossly negligent violation is a fine or a term of imprisonment not exceeding one year. In the case of aggravated violation, the maximum penalty is a term of imprisonment not exceeding six years for both intentional and grossly negligent violations. This largely corresponds to the maximum penalties in sections 237 and 238 of the 2005 Penal Code, except that the draft statute has no particular maximum penalty for (grossly) negligent aggravated violations. Section 155 of the 1902 Penal Code prescribes general maximum penalties of six years for intentional violations and three years for negligent violations. In its comments, the Commission envisages somewhat milder sanctions, under certain circumstances, than those found in current jurisprudence related to section 155 of the 1902 Penal Code. In the Commission's view, a fine and/or a suspended sentence of imprisonment may be appropriate in special cases.

The Commission points to several factors to which weight should be given in sentencing. In addition to objective factors related to the act(s) that expose(s) another person to the risk of infection and the perpetrator's individual circumstances, consideration may, depending on the circumstances, be given to the aggrieved person's own behaviour, such as whether the latter was aware of the concrete risk of infection and nonetheless exposed himself or herself to it, but did not give consent that exempts the perpetrator from a criminal sanction.

The Commission's draft of section 238 of the 2005 Penal Code relating to the spread of infection by air, water, food, etc. is unanimously endorsed by the members. This penal provision may also cover infection spread by transfusion of blood or blood products.

The draft section 238 has not been limited on the basis of the seriousness of the disease since the diseases can reach a large number of people by such modes of transmission, and thus have serious consequences for society even if the threat to the health of individual persons is not very serious.

The Commission's draft section 238 also covers simple negligence. The Commission deems this to be reasonable in the circumstances. The spread of infection will often occur in connection with business or other organised activities, and can largely be prevented if the enterprise complies with food legislation or public health legisla-

tion. In view of the significant potential harm such spread of infection can cause, the maximum penalties in the draft have been set at 15 years for intentional violation and six years for negligent violation.

The Commission assumes that the police and prosecuting authorities will allocate resources to the follow-up of cases involving the serious spread of infection, where it will be appropriate to institute prosecution proceedings in addition to any administrative sanctions imposed by supervisory bodies in the field in question, such as the Norwegian Food Safety Authority.

Infection may also be spread with purposeful intent, possibly for terrorist purposes, and (the draft of) section 238 should thus be seen in conjunction with other penal provisions. The Commission proposes statutory amendments that entail incorporating section 238 into section 131 of the 2005 Penal Code on terrorist acts and section 241 on conspiracy to commit certain types of criminal offences against public safety, together with section 239 on poisoning causing general danger to life or health and section 240 on serious environmental crime. The Commission further proposes that the duty to avert offences under section 196 shall include the spread of infection that is hazardous to public health under section 238.

In chapter 11, the Commission also discusses the relationship between criminal regulation and communicable disease control legislation. The Commission does not propose any changes in this relationship or amendments to the Communicable Disease Control Act. However, the Commission draws attention to the potential for improvements in the application of the Communicable Disease Control Act. The Commission proposes that guidelines be prepared which address several of the matters raised by the Commission, thereby promoting better, more uniform application of the Act.

The Commission recommends strengthening sexual education, particularly at lower secondary school level, with special focus on sexual health and sexually transmitted diseases. Moreover, it points out that the concept of infection control assistance is to be interpreted very broadly and not simply consist of health services relating to the communicable disease. It is important also to provide psychosocial support and other assistance to infected persons in order to avoid their infecting other persons, and to non-infected persons who are at risk of being infected. Such assistance includes treatment for mental illness or substance use, and care services in connection with social problems.

The Commission also discusses the need for intensified infection control counselling when infected persons do not comply with the counselling they have received. Physicians have a duty to report such cases to the chief municipal medical officer. However, the Act does not specify how the latter is to follow up on such cases, and practice seems to vary.

The Commission also points to certain factors related to health care personnel's duty of confidentiality, their right to and duty of disclosure. This applies in particular in connection with the provision of health care to infected persons for illnesses other than the communicable disease, if the infected person himself or herself does not disclose his or her infection status, and in cases involving infected children in day care centres.

Furthermore, the Commission states that prison inmates should be given access to clean injection equipment, which is also a form of infection control assistance.

The Commission also addresses the topic of infection control assistance for immigrants, including asylum seekers, and proposes certain measures that can help to improve follow-up in this field. The incidence of HIV and certain other serious communicable diseases is higher in some immigrant communities than among the general population. Immigrants should be given general information on communicable diseases and infection control in a variety of contexts. Work in this field presents special challenges, not only due to language and cultural differences. One factor is that because many immigrants, especially asylum seekers, move several times, testing may be postponed and efforts to follow up on diagnosed persons may be inadequate. The Commission is of the opinion that persons who come to Norway, particularly from highly endemic areas, should be offered HIV testing at the earliest possible opportunity. It is important to ensure that infected persons receive good infection control counselling adapted to their needs, and that they are followed up if they move. It is important that health services allocate sufficient resources for this work. In order to follow up on HIV-positive immigrants, further consideration should be given to appointing HIV care coordinators; one possibility is to assign the task of coordinating HIV-related efforts to tuberculosis care coordinators.

In chapter 11, the Commission also proposes adding a new provision, section 157a, to the Criminal Procedure Act authorising the examination of suspects in sexual offence cases to ascertain their infection status with a view to clarifying as quickly

as possible whether the aggrieved person has been exposed to a concrete risk of infection. The aggrieved person has been subjected to considerable strain in connection with the actual offence, and it will be an additional burden to have to wait a long time for such clarification. The Commission finds it doubtful that the requirements in section 157 of the Criminal Procedure Act permit, under current law, routine examination of the suspect's infection status in connection with sexual offences, or examination based on a request from the aggrieved person. Under the Commission's draft section 157a, a physical examination of the suspect may be carried out without any requirement of specific reasons for believing that the suspect is infected, if there are sufficient grounds for suspecting that the person concerned has committed a sexual offence and the examination does not constitute a disproportionate intervention. The purpose is to ascertain whether the aggrieved person has been exposed to a risk of infection with a sexually transmitted disease, and the provision will help to strengthen the aggrieved person's position in cases relating to sexual offences.

In chapter 11, the Commission also points out that the provisions of the Biotechnology Act on medically assisted reproduction are interpreted as meaning that the requirement of infertility does not apply to cases where the parties have been advised not to engage in unprotected sexual activity due to the risk of infection, typically where one of the parties is HIV positive. The Commission finds that the Biotechnology Act should be amended to allow assisted reproduction in the case of persons who have serious, chronic diseases that are transmitted through sexual activity, so that their partner can avoid the risk of infection and, in relevant cases, the child through the woman. In the Commission's view, there can be no reason to maintain a prohibition against assisted reproduction when it is the man who is HIV positive. Sperm washing and insemination will eliminate the risk of infection for the woman, and there will be no risk of infection for the child. Nor will the child suffer any side-effects as a result of the treatment. If it is the woman who is HIV positive, the child will still be exposed to a certain risk of infection even when optimal treatment is provided. The Commission recognises the dilemma posed by the possibility of public authorities assisting in a process which places the child that is conceived at risk of both infection and possible side effects of medication. This must also be seen in conjunction with the criminal regulation of the transmission of infection or the exposure of

another person to the risk of infection. Nevertheless, the Commission proposes a legal provision that is gender-neutral, i.e. that allows medically assisted reproduction irrespective of whether it is the man or the woman who is the carrier of infection. However, the Commission emphasises that the question of whether assisted reproduction is medically justifiable must be assessed in each individual case, also with a view to the consequences for the child. Moreover, a medical and psychosocial assessment of the couple must be undertaken in the usual way under section 2-6 of the Biotechnology Act, and a decision must be made in which importance is attached to the ability of the couple to provide care, and to the child's best interests.

Financial and administrative consequences are discussed in *chapter 12*. The Commission assumes that the amendments it proposes to the 2005 Penal Code will have no appreciable financial

or administrative implications. The Commission also assumes that the consequences of its other proposals will be limited, and it will therefore, on the whole, be possible to implement the proposals within the ordinary budget limits. It may be necessary to allocate some additional funding for the implementation of the Commission's proposals relating to infection control efforts targeting immigrants.

Chapter 13 contains special comments on the Commission's draft statute.

The actual draft statute is included in *chapter 14* and contains proposed amendments to sections 237 and 238 of the 2005 Penal Code and minor amendments to certain other provisions in the 2005 Penal Code, the addition of a new section 157a to the Criminal Procedure Act and the addition of a new paragraph to section 2-3 of the Biotechnology Act.



Norges offentlige utredninger

2011 og 2012

Statsministeren:

Rapport fra 22. juli-kommisjonen. NOU 2012: 14.

Arbeidsdepartementet:

Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2011.
NOU 2011: 5.

Arbeidsrettede tiltak. NOU 2012: 6.
Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2012. NOU 2012: 11.

Barne-, likestillings- og inkluderings- departementet:

Velferd og migrasjon. NOU 2011: 7.
Bedre integrering. NOU 2011: 14.
Struktur for likestilling. NOU 2011: 18.
Ungdom, makt og medvirkning. NOU 2011: 20.
Bedre beskyttelse av barns utvikling. NOU 2012: 5.
Politikk for likestilling. NOU 2012: 15.

Finansdepartementet:

Bedre rustet mot finanskriser. NOU 2011: 1.
Ny finanslovgivning. NOU 2011: 8.
Fripoliser og kapitalkrav. NOU 2012: 3.
Pensjonslovene og folketrygdreformen II.
NOU 2012: 13.
Samfunnsøkonomiske analyser. NOU 2012: 16.

Fiskeri- og kystdepartementet:

Fornyings-, administrasjons- og kirke- departementet:

Mer effektiv konkurranselov. NOU 2012: 7.
Ventetid – et spørsmål om tillit. NOU 2012: 12.

Forsvarsdepartementet:

Helse- og omsorgsdepartementet:

Økt selvbestemmelse og rettsikkerhet. NOU 2011: 9.
Innovasjon i omsorg. NOU 2011: 11.
Når sant skal sies om pårørendeomsorg. NOU 2011: 17.
Når døden tjener livet. NOU 2011: 21.
Om kjærlighet og kjøletårn. NOU 2012: 17.

Justis- og beredskapsdepartementet:

Trygg hjemme. NOU 2012: 4.
Ny utdanning for nye utfordringer. NOU 2012: 8.
Gjennomføring av Rotterdamreglene i sjøloven.
NOU 2012: 10.

Justis- og politidepartementet:

I velferdsstatens venterom. NOU 2011: 10.
Juryutvalget. NOU 2011: 13.
Standardisert personskadeerstatning. NOU 2011: 16.
Ny våpenlov. NOU 2011: 19.

Kommunal- og regionaldepartementet:

Kompetansearbeidsplasser – drivkraft for vekst
i hele landet. NOU 2011: 3.
Rom for alle. NOU 2011: 15.

Kulturdepartementet:

Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag.
NOU 2011: 12.

Kunnskapsdepartementet:

Et åpnere forskningssystem. NOU 2011: 6.
Til barnas beste. NOU 2012: 1.

Landbruks- og matdepartementet:

Mat, makt og avmakt. NOU 2011: 4.

Miljøverndepartementet:

Nærings- og handelsdepartementet:

Mellomlagerløsning for brukt reaktorbrensel og
langlivet mellomaktivt avfall. NOU 2011: 2.

Olje- og energidepartementet:

Energiutredningen – verdiskaping,
forsyningssikkerhet og miljø. NOU 2012: 9.

Samferdselsdepartementet:

Utenriksdepartementet:

Utenfor og innenfor. NOU 2012: 2.

Bestilling av publikasjoner

Offentlige institusjoner:
Departementenes servicesenter
Internett: www.publikasjoner.dep.no
E-post: publikasjonsbestilling@dss.dep.no
Telefon: 22 24 20 00

Privat sektor:
Internett: www.fagbokforlaget.no/offpub
E-post: offpub@fagbokforlaget.no
Telefon: 55 38 66 00

Publikasjonene er også tilgjengelige på
www.regjeringen.no

Trykk: 07 Xpress 10/2012