

Noregs Høgsterett - HR-2006-1770-A - Rt-2006-1246

Instans	Noregs Høgsterett - Dom.
Dato	2006-10-17
Publisert	HR-2006-1770-A - Rt-2006-1246
Stikkord	Strafferett. Hiv-virus. Smittefare.
Sammendrag	En kvinne fortalte ikke den krenkede før etter tredje ubeskyttede samleie at hun var hiv-smittet, jf straffeloven § 155. Høyesteretts flertall kom til at straffen burde settes til fengsel i 120 dager, jf Rt-2002-606. Det ble blant annet lagt vekt på at fornærmede ikke var blitt smittet, og at domfelte hadde tilstått, jf straffeloven § 59. Mindretallet gikk inn for at den straffen lagmannsretten hadde utmålt, fengsel i seks måneder, i sin helhet skulle gjøres ubetinget. Dissens 3-2.
Saksgang	Midhordland tingrett TMIHO-2005-91197 - Gulating lagmannsrett LG-2005-162323 - Høgsterett HR-2006-1770-A, (sak nr. 2006/678), straffesak, anke.
Parter	I. A (advokat Rune Valaker) mot Den offentlege påtalemakta (statsadvokat Jarle Golten Smørdal). II. Den offentlege påtalemakta (statsadvokat Jarle Golten Smørdal) mot A (advokat Rune Valaker).
Forfatter	Utgård, Rieber-Mohn, Endresen. Dissens: Matningsdal, Tjomsland.

(1) Dommar **Utgård**: Saka gjeld straffutmåling i ei sak der ei kvinne har utsett ein mann for fare for å bli smitta av hiv-viruset.

(2) Midhordland tingrett sa 24. oktober 2005 dom med slik slutning:

« A, f. 0.0.1974, dømmes for overtredelse av strl. § 155, første straffalternativ til fengsel i 1 - ett - år og 6 - seks - måneder hvorav 6 - seks - måneder gjøres betinget med en prøvetid på 2 - to - år, jfr. strl. §§ 52 flg.»

(3) A gav inn fullstendig anke til lagmannsretten, som berre tillet anken over straffutmålinga fremja. Gulating lagmannsrett sa 10. mars 2006 dom med slik slutning:

«I tingrettens dom gjøres den endring at straffen settes til fengsel i 6 - seks - måneder, hvorav 90 - nitti - dager gjøres betinget med en prøvetid på 2 - to - år, jf. straffeloven §§ 52 flg.»

(4) Både påtalemakta og den dømde har anka til Høgsterett over straffutmålinga. Påtalemakta har gjort gjeldande at straffa bør setjast til fengsel i eitt år, av dette seks månader på vilkår, slik påstanden var for tingretten. Forsvararen har bede den dømde behandla på mildaste måte, og han har gjort gjeldande at det er grunnlag for dom på samfunnsstraff.

(5) **Eg er komen til** at straffa bør setjast til fengsel i 120 dagar, men at det ikkje er grunnlag for å gi noko av straffa på vilkår.

(6) Lagmannsretten har vist til tingrettsdommen når det gjeld dei faktiske omstenda i saka. Det går fram av denne at den dømde er thailandsk statsborgar, og at ho er fødd og oppvaksen i Thailand. I 1999 flytta ho saman med ein norsk mann i Thailand, og vart seinare gravid med han. Ved legeundersøking i samband med graviditeten vart det konstatert at ho var hiv-positiv. Etter denne beskjeden tok ho abort.

(7) I august 2002 flytta ho og sambuaren til Bergen. Ho kontakta Haukeland Universitetssykehus, der hiv-infeksjonen vart stadfesta ved blodprøve i oktober 2002. Ho har frå dette tidspunktet fått hiv-behandling, som har vore ukomplisert. Det er opplyst at ho fekk smittevernrettlegeing 1. november 2002 på Haukeland Universitetssykehus. Det vart brot i sambuarforholdet i 2004. I august same året flytta ho saman med ein ny sambuar.

(8) Den dømde kom i kontakt med den krenkte natt til søndag 22. februar 2004 i Bergen sentrum. Dei stod begge og venta på buss heim. Under samtalen utveksla dei mobiltelefonnummer, og dei sende deretter tekstmeldingar til kvarandre. Ho kom så på besøk til han søndag 29. februar 2004. Det heiter vidare:

«I løpet av kvelden tok fornærmede initiativ til seksuell omgang. Tiltalte og fornærmede har begge forklart at det ble snakket om sykdom i forkant av samleiet de hadde, men har gitt ulike forklaringer om hva som ble sagt.

...

Retten finner ikke å kunne feste lit til tiltaltes forklaring når hun hevder at hun informerte fornærmede om at hun var syk og at han derfor måtte bruke kondom. I så fall har det formodningen for seg at fornærmede ville forsøkt å få avklart hvilken sykdom tiltalte hadde. Retten viser herunder også til fornærmedes forklaring om at han av tiltalte fikk vite at hun bodde sammen med en norsk mann og at de hadde ubeskyttet sex. Dette var opplysninger tiltalte måtte forstå ville berolige fornærmede med hensyn til om hun hadde alvorlig sykdom.

Retten legger imidlertid til grunn at tiltalte, forut for første samleie, tok opp spørsmålet om bruk av kondom, men uten at hun tok dette opp på en slik måte at fornærmede hadde grunn til å oppfatte situasjonen slik at han burde bruke dette for å beskytte seg mot en smittsom sykdom.

Etter bevisførselen legger retten til grunn at tiltalte og fornærmede også hadde samleie ved 2 senere anledninger, henholdsvis den 6. og 23. mars 2004. Etter det siste samleiet skrev tiltalte «HIV» på en lapp som hun så ga til fornærmede.»

(9) Tingretten la etter dette til grunn at den dømde ikkje fortalde den krenkte at ho var hiv-smitta før etter det tredje ubeskytta samleiet, og at den krenkte heller ikkje vart kjend med dette på annan måte. Den

dømde utsette ut frå dette forsettleg seksualpartnaren for smittefare.

- (10) Straffelova § 155 står i kapittel 14 om allmennfarlege brotsverk. Oppbygginga av føresegna viser samtidig at ho har ei side til vern av den som blir utsett for smittefaren, jf. tilvisinga i tredje punktum til den krenkte («fornærmede»). Som nemnt handla den dømde forsettleg ved å utsetje seksualpartnaren for smittefare. Ho handla også klanderverdig ved å uttale seg på ein måte som ho måtte forstå kunne bli oppfatta slik at det ikkje var grunn for han til å bruke kondom. Det siterte viser elles at den krenkte sjølv vurderte behovet for kondom, og at han valde å ta ein kalkulert risiko ved ikkje å nytte kondom ved desse tilfeldige treffa med ei ukjend kvinne.
- (11) Professor dr. med. Stig S. Frøland har vore oppnemnd som sakkunnig for Høgsterett for å uttale seg om medisinske tilhøve ved hiv-infeksjon, spesielt smitterisiko og sjukdomsgang. Han har uttala at smitterisikoen hos mann som har samleie med smitteførande kvinne er 0,03 - 0,09 prosent. Dette er gjennomsnittstal, som ikkje kan overførast til enkelttilfelle. I tillegg kjem at mellom anna sår og kjønnsjukdommar vil kunne gi ei endra vurdering.
- (12) Når det gjeld verknadene på smitterisikoen av behandling, er det uttala:
- «Som nevnt ovenfor, er virusmengden i blod en av de mange faktorer som spiller en rolle for en pasients smittsomhet. Ved undersøkelser av større antall pasienter har man konkludert med at graden av smittsomhet synes å være korrelert med virusmengden i blod. Det er her vesentlig å understreke at det dreier seg om gjennomsnittstall fra studier av større pasientpopulasjoner, og at man derfor skal være varsom med å trekke tilsvarende konklusjoner for den enkelte pasient. Det foreligger nemlig ingen matematisk proporsjonalitet mellom virusmengden i blod og virusmengden i sæd og vaginalsekreter. Det er vist at det kan være en klar diskrepans mellom virusmengden i blod og genitalsekreter. Således kan en i og for seg vellykket behandlet HIV-pasient uten påviselig virus i blod fortsatt ha infisiøst virus i sæd eller vaginalsekret, og følgelig være smittsom. I den kliniske hverdag betyr dette at vi ikke på noen måte kan erklære våre pasienter ikke-smitteførende selv om de har meget tilfredsstillende laboratorieprøver når det gjelder virusmengden i blod, og de pålegges de samme smitterestriksjoner i seksuell sammenheng som andre pasienter, det vil si beskyttet sex med kondom.»
- (13) Ut frå dette legg eg til grunn at behandling har innverknad på smitterisikoen, men at det ikkje let seg gjere å seie noko nærare om dette. Eg viser her til at medan prøva 24. oktober 2002, som var før behandlinga starta, viste 232.000 einingar HIV RNA (PCR) per milliliter, var dei tilsvarende prøveresultata i 2003 og 2004 alle på mindre enn 50. Det er opplyst at dette siste inneber at det ikkje vart påvist virus i blodet. Som det går fram av det siterte, medfører dette likevel ikkje at det ikkje låg føre smittefare. Det blir understreka av at desse pasientane blir pålagde dei same smitterestriksjonane som andre smitta. I den siste samanhengen kjem også inn at smittefaren vil variere individuelt også for dei som er under behandling.
- (14) Fråsegna frå professor Frøland har klart understreka det alvorlege ved smitte av hiv-viruset, med mogleg utvikling av AIDS og også med andre alvorlege medisinske følgjer. Eg minner om dette bakteppet for vurderinga, og peikar også på at det ikkje kan leggjast til grunn at utviklinga av nye behandlingmetodar dei siste ti åra gir grunn til ei revurdering av behovet for strafferettsleg vern mot smittefare og smitteoverføring.
- (15) 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.
- (16) Eg går så over til å sjå på straffutmålinga. Avgjerda i Rt-2002-606 vil då vere eit naturleg utgangspunkt. Den dømde hadde der i perioden mai til desember 1997 hatt fleire ubeskytta samleie med ein mann som ho hadde eit kjærasteliknande forhold til. Han vart hiv-smitta. Straffa vart sett til fengsel i eitt år og seks månader. Ut frå konkrete omstende, særleg med omsyn til saksbehandlingstida, vart seks månader gitt på vilkår. Samanlikningsgrunnlaget i høve til vår sak er såleis ei straff av fengsel i eitt år og seks månader. I 2002-saka var det tale om eit seksuelt samliv over mange månader, med den auka risiko for smitte det vil innebere i høve til tre samleie. Det er også ein alvorleg tillitssvikt når ein smitta går inn i eit slikt langvarig forhold utan å seie frå. At den krenkte i 2002-dommen handla kritikkverdig i høve til enkelte av samleia, endrar ikkje nemnande på vurderinga av dette, jf. at straffelova § 155 først og fremst skal vareta offentlege interesser.
- (17) Aktor har gjort gjeldande at strafferamma seinare er auka, og at det må gi grunnlag for ei endring av

samanlikningsgrunnlaget. Strafferamma for forsettleg brot på straffelova § 155 er ved lov 4. juli 2003 nr. 76 auka frå tre til seks år. Den direkte bakgrunnen for endringa var at Høgsterett i Rt-2000-195 ved eit svært alvorleg brot på § 155 oppmoda lovgivar om å vurdere strafferamma i føresegna.

(18) I Ot.prp.nr.51 (2002-2003) side 38 omtalar departementet Ny Straffelov, delutgreiing VII frå Straffelovkommisjonen, NOU 2002:4. Omtalen av dei nye straffeboda til avløyning av § 155 gir ikkje uttrykk for ny vurdering av tilhøva, likevel slik at det vart gjort framlegg om at simpel aktløyse ikkje skulle vere strafflagt og at det skulle kome ein ny paragraf om grovt brot med ei strafferamme på 10 år.

(19) I høyringsnotatet før lovendringa, innteke i proposisjonen side 39, vart det uttala:

«Departementet er enig i at den nåværende strafferammen i § 155 gir et misvisende bilde av hvor straffverdig det er at gjerningspersonen forsettlig utsetter noen for en alvorlig og livstruende smitte, som for eksempel hiv. Hvilke følger gjerningspersonens opptreden får for den fornærmede, beror i slike tilfeller på omstendigheter som er utenfor gjerningspersonens kontroll. Den fornærmede bærer alene risikoen for handlingen; en risiko som kan få fatale konsekvenser dersom den realiseres. I de groveste tilfellene vil det være lite som skiller overtredelse fra forsøk på drap, jf. § 233. Departementet går på denne bakgrunn inn for at strafferammen bør heves for slike forbrytelser.»

(20) Høyringsnotatet danna grunnlaget for fråsegner i høyringsrunden, og det var fleire instansar som uttala seg. Eg går ikkje gjennom fråsegnene, men kan ikkje sjå at desse kan gi støtte for eit ønskje om ei gjennomgåande heving av straffenivået, utanom for dei grovaste tilfella. Det vart likevel av enkelte høyringsinstansar vist til at dette er alvorlege handlingar der det er viktig at domstolane har høve til å dømme til streng straff. Andre høyringsinstansar peika på motførestillingar mot det strafferegimet som alt låg i dei gjeldande lovreglane.

(21) Det er departementet sine avsluttande merknader som er avgjerande for forståinga av proposisjonen. Eg kan ikkje sjå at det er sagt noko i proposisjonen om ei generell auke i straffenivået. På side 43 i proposisjonen uttala departementet at høyringsinstansane «er ikkje samstemde når det gjeld val av strafferamme. Departementet har kome til at det i denne omgangen må være tilstrekkeleg at strafferamma hevast til fengsel inntil 6 år». Det vart vist til «drøftinga i høyringsnotatet og til dei argumenta som høyringsinstansane har framført». Konkret viste departementet elles til at auka strafferamme vil medføre lengre foreldingsfrist. Departementet uttala avslutningsvis at det på grunn av arbeidet med ny straffelov ikkje ville «foreslå ytterlegare revisjon av paragrafen på det noverande tidspunktet».

(22) Stortingskomiteen omtala ikkje spørsmålet om ein generell auke i nivået. Eg kan heller ikkje sjå at det statsråden uttala i Stortinget, jf. Forh. O. (2002-2003) side 819, viser at dette var eit siktemål. Han uttala seg såleis om strafferamma og ikkje om straffenivået. Eg gir att det han sa - framhevingane er mine:

«Jeg er også tilfreds med at en samlet komité støtter de øvrige forslag i proposisjonen. Rettspraksis har vist at strafferammen for overtredelse av straffeloven § 155 om påføring av smitte og § 390 a om hensynsløs atferd i visse tilfeller har vært for lav. En straffeskjerpelse vil gjøre at lengstestrafen i de aktuelle straffebudene bedre avspeiler alvorlighetsgraden av handlingene ... »

(23) 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.

(24) Føresegna i § 155 rettar seg både mot det å overføre allmennfarleg smittsam sjukdom og det å utsetje for fare. Det vil i stor grad vere tilfeldig kva som blir resultatet av eit ubeskytta samleie med ein hiv-smitta. Likevel er det etter mitt syn i godt samsvar med vanleg strafferettsleg tankegang å leggje vekt på kva som har vorte utfallet. Straffa bør generelt sett ikkje vere så streng der ei gitt handling har utsett nokon for fare for overføring av smitte som der ho har ført til slik smitte, jf. Andenæs, Alminneleg strafferett, femte utgåve ved Matningsdal og Rieber-Mohn, side 463-464.

(25) Siktemålet med straffelova § 155 er først og fremst å hindre at dei aktuelle sjukdommane spreier seg. Av framlagd statistikk frå Meldingssystem for smittsomme sykdommer 2006; 34: 7B tabell 1 går det fram at det i alt er diagnostisert 3263 tilfelle av hiv-infeksjon ved utgangen av 2005, og at 519 av desse er oppgitt å kome av heteroseksuell smitte medan vedkomande var busett i Noreg. Av dei siste tilfella var 33 i 2005. Det er såleis tale om eit stort samfunnsproblem. Sjølv om det må leggjast til

grunn at behandlingstilbudet frå 1996 har vorte betre enn før, er det framleis tale om ein alvorleg sjukdom med store medisinske og sosiale konsekvensar for dei som blir råka. Det er tale om ein sjukdom med store allmenne konsekvensar. Nedbrote inneber dette at desse konsekvensane gjeld for alle som blir smitta. Professor Frøland har lagt fram ei fråsegn. For min del nøyer eg med å vise til denne, som til fulle viser alvorlet ved smitte.

- (26) For min del meiner eg det skal mykje til for at det skal kunne nyttast samfunnsstraff ved brot på føresegnene i straffelova § 155, som er gitt til vern av viktige samfunnsinteresser og som er grunna i tungtvegande samfunnsomsyn. Ut frå dette vil samfunnsstraff ikkje vere aktuelt i saka her.
- (27) Det må leggjast til grunn at den dømde hadde tre ubeskytta samleie med den krenkte. I den aktuelle situasjonen skulle ho, utan omsyn til hans standpunkt, ha sytt for at det vart nytta kondom. Det låg ikkje føre nokon situasjon som gjorde det vanskeleg for henne å krevje det. I tillegg skulle ho ha sagt frå om at ho var hiv-smitta. Utgangspunktet er såleis at det var tale om ei alvorleg handling, som det må reagerast strengt strafferettsleg på.
- (28) Ho utsette såleis den krenkte for smitterisiko, og ho utsette han også for at han i ein periode måtte gå i uvisse om han var smitta eller ikkje.
- (29) Ved straffutmålinga minner eg om at handlinga ikkje førte til smitteoverføring, og at det var tale om eit avgrensa tal med samleie. 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 må også leggjast til grunn at den krenkte tok ein risiko ved å ha ubeskytta samleie med denne kvinna.
- (30) Det er dessutan heilt spesielle omstende ved denne saka. Eg tenkjer då på at ho gav beskjed til den krenkte om at ho var smitta med hiv-viruset. Den krenkte fekk då høve til å få undersøkt om han var smitta. At eventuell smitte hos den krenkte blir oppdaga, er viktig for å hindre vidare overføring. Eg viser her også til at professor Frøland i si fråsegn har uttala at om lag halvparten av dei smitta vil kunne vere utan sjukdomsteikn ca. 10 år etter smittetidspunktet, samtidig som det i denne perioden skjer ei gradvis øydelegging av immunsystemet, som hos fleirtalet av ubehandla pasientar før eller seinare vil føre til alvorleg immunsvikt. Ut frå dette er det viktig at det blir avklara på eit tidleg tidspunkt om det har skjedd smitteoverføring, slik at det eventuelt kan setjast i verk behandlingstiltak.
- (31) At den dømde ved sin beskjed gjorde det mogeleg å finne ut om den krenkte var smitta, bør få vesentlege følgjer for straffutmålinga. Reint generelt er det grunn til å ha ei utforming av straffenivået som gjer at det «løner seg» å seie frå om smitterisiko.
- (32) Endeleg peikar eg på at når saka kom opp for domstolane, er det eine og åleine fordi den dømde sa frå om at ho var smitta. Ho har også vedstått seg handlinga gjennom heile rettssystemet. På eitt punkt såg tingretten likevel bort frå hennar forklaring, og det gjaldt når ho forklara at ho bad den krenkte om å bruke kondom. Også tilståingsmomentet har såleis vekt, jf. prinsippet i straffelova § 59. Eg legg til at det ikkje har vore omtvista at ho godtok at det ikkje vart nytta kondom ved samleia.
- (33) Dommen i Rt-2002-606 må som nemnt vere eit naturleg utgangspunkt. Omstenda i saka her er likevel slike at det ikkje let seg gjere å overføre resultatet direkte. Som eg har gjort greie for kjem det inn både at det ikkje vart overført smitte, og at ho opplyste om at ho var smitta. Etter mitt syn bør straffa etter dette setjast til fengsel i 120 dagar.
- (34) Eg røystar etter dette for slik dom:
- I lagmannsrettsdommen blir gjort den endringa at straffa blir sett til fengsel i 120 - eitthundreogtjue - dagar.
- (35) Dommer **Matningsdal**: Jeg er kommet til et annet resultat enn førstvoterende. Etter min mening bør den straffen lagmannsretten har utmålt, fengsel i seks måneder, i sin helhet gjøres ubetinget.
- (36) Som det fremgår av førstvoterendes votum, er det flere relevante forskjeller mellom vår sak og den saken som er referert i Rt-2002-606. Straffutmålingen må likevel, som fremhevet av førstvoterende, ta utgangspunkt i den straffen Høyesterett da utmålte - fengsel i ett år og seks måneder - idet den betingete delen var begrunnet i sen saksbehandling kombinert med ekstrabelastningen for domfelte som følge av stor oppmerksomhet i lokalsamfunnet og i mediene.
- (37) Etter den tid har strafferammen for forsettlige overtredelser av straffeloven § 155 blitt fordoblet fra fengsel i tre til fengsel i seks år. Selv om dette i og for seg ikke er avgjørende for mitt syn på saken, bemerker jeg at jeg ikke er enig med førstvoterende i at det ved lovendringen ikke ble «lagt opp til eit auka straffenivå, utanom dei alvorlegaste tilfella». Forhistorien for endringen var riktignok blant annet

at Høyesterett ved en svært alvorlig overtredelse av § 155, Rt-2000-195, oppfordret lovgiveren til å vurdere strafferammen i § 155. Den delen av høringsnotatet som førstvoterende har sitert, har imidlertid generell rekkevidde, og sonderer ikke etter sakenes alvorlighetsgrad.

- (38) Etter det sitatet som førstvoterende har gjengitt, drøfter høringsnotatet betydningen av at overtredelse av § 155 i en del tilfeller vil være begått i konkurrens med andre overtredelser med den høyere strafferammen det medfører. Det avvises at dette bør ha betydning for strafferammen som «først og fremst [bør] baseres på en konkret straffverdighetsvurdering». Videre drøftes det om strafferammen burde avhenge av om fornærmede har blitt smittet, men det konkluderes med at den bør være den samme i begge tilfeller, jf. proposisjonen side 39 andre spalte. Høringsinstansene ble deretter bedt om å vurdere en øvre strafferamme på henholdsvis fengsel i seks og åtte år.
- (39) Etter høringsrunden viste departementet til synspunktene i høringsnotatet, og til «dei argumenta som høyringsinstansane har framført», jf. proposisjonen side 43. Som førstvoterende opplyser, var ikke høringsinstansene «samstemte når det gjeld val av strafferamme». Det avgjørende er imidlertid hvilket standpunkt departementet etter høringen inntok, og deretter ble forelagt og fikk tilslutning til av Stortinget. Det kan likevel tilføyes at et betydelig flertall av høringsinstansene gikk inn for å øke strafferammen til fengsel i seks eller åtte år. Førstvoterendes forståelse av hva som var formålet med lovendringen er det vanskelig å finne spor av i det som er gjengitt av høringsuttalelsene. Etter å ha vurdert høringsuttalelsene begrenset så departementet seg til å uttale at det hadde kommet til at det «i denne omgangen må vere tilstrekkeleg at strafferamma hevast til fengsel inntil 6 år».
- (40) Jeg nevner videre at i Straffelovkommisjonens delutredning VII, NOU 2002:4, side 107 første spalte uttales det at lovgiveren ved endring av strafferammer dels kan ha som motiv å oppnå «strengere straffer for de groveste overtredelsene av en bestemmelse enn det som er mulig innenfor den eksisterende strafferamme», og i andre tilfeller å «påvirke straffenivået for de typiske overtredelser av en straffebestemmelse». Mitt inntrykk er at det presiseres i forarbeidene dersom det er det første som ønskes oppnådd, jf. eksempelvis Ot.prp.nr.62 (2002-2003) side 77 første spalte og side 94 andre spalte om forhøyet strafferamme ved gjengangerstraff - en proposisjon som ble avgitt uken etter proposisjonen til endring av straffeloven § 155. Når da Ot.prp.nr.51 (2002-2003) ikke inneholder et tilsvarende utsagn, kan man etter min mening ikke legge den vekten på statsrådets utsagn under Odelstingsdebatten som førstvoterende gjør - en debatt som for øvrig nesten utelukkende dreide seg om straffebudet mot tvangsekteskap i straffeloven § 222 andre ledd.
- (41) Etter min mening innebærer etter dette lovendringen i 2003 når saken sammenliknes med avgjørelsen i Rt-2002-606, at sammenlikningsgrunnlaget er et noe høyere straffenivå enn fengsel i ett år og seks måneder.
- (42) Jeg er enig med førstvoterende i at de fleste relevante momentene ved straffutmålingen var alvorligere i den forrige saken enn i vår sak: Det var tale om flere samleier over en lengre periode, og fornærmede ble smittet. Selv om det for overtredelse av § 155 er tilstrekkelig at en annen utsettes for fare for å bli smittet, må det likevel i samsvar med norsk straffutmålingstradisjon ved straffutmålingen legges betydelig vekt i skjerpene retning på om fornærmede blir smittet. Men samtidig minner jeg om at høringsnotatet fremhevet at det beror på «omstendigheter som er utenfor gjerningspersonens kontroll» om fornærmede blir smittet. Og lovgiveren fant som nevnt ikke grunn til å oppstille høyere strafferamme for tilfeller hvor det har skjedd.
- (43) Selv om den tidligere saken gjennomgående har en alvorligere karakter enn vår sak, gjelder ikke dette generelt: I Rt-2002-606 opplyses det at fornærmede noen ganger før samleiene hadde skjenket domfelte beruset og vist pornografiske filmer. I vår sak har tingretten, med tilslutning fra lagmannsretten, lagt til grunn at domfelte i uken før første samleie sendte fornærmede «meldinger med erotisk innhold om 'at hun likte å ligge naken når hun la seg om kvelden'». Videre viser jeg til at selv om det før første samleie ble snakket om sykdom, har tingretten lagt til grunn at hun opplyste at hun hadde ubeskyttet sex med sin samboer. Dette skjedde selv om hun visste at hun var hiv-smittet. Ved denne opptredenen har hun i større grad enn domfelte i den tidligere saken bidratt til at samleiene fant sted, og til å redusere fornærmedes motivasjon til å benytte kondom.
- (44) Som det fremgår av førstvoterendes votum er den statistiske risiko for hiv-smitte ved ubeskyttet samleie generelt lav. Men, som førstvoterende opplyser, er det tale om gjennomsnittstall. I tilknytning til dette viser jeg til at professor Frøland har gitt følgende tilleggsopplysning:

«Det er imidlertid *store individuelle variasjoner* mellom mennesker både når det gjelder mottagelighet for HIV-smitte, og grad av smittsomhet for HIV-bærere. Selv i samme

parforhold er det åpenbart store variasjoner i smitterisiko fra samleie til samleie.»

- (45) Førstvoterende har videre sitert professor Frølands uttalelse om smitterisiko når man er under behandling, slik domfelte var. Som det fremgår av sitatet, pålegges også disse pasientene «de samme smitterestriksjoner i seksuell sammenheng som andre pasienter, det vil si beskyttet sex med kondom». Da det etter § 155 er tilstrekkelig at man «utsetter en annen for fare for å bli smittet», kan etter dette det forhold at domfelte var under behandling ikke tillegges særlig vekt ved straffutmålingen.
- (46) Det er fortsatt svært alvorlig å bli hiv-smittet. Jeg viser til at professor Frøland opplyser at «80 - 85 % av pasientene vil i løpet av få måneders behandling få en drastisk *reduksjon av virusmengden i blod* til enten ikke påviselige eller meget lave virusmengder». Jeg forstår dette utsagnet slik at behandlingen ikke har like god virkning på alle. Før samleiene kunne ikke domfelte vite noe om hvorvidt fornærmede kunne være en av dem dersom han ble smittet. Men også for personer som får god effekt av behandlingen, er konsekvensene betydningsfulle. Behandlingen må, med de medikamentene vi har i dag, vare livet ut. Fornærmede var 39 år da samleiene fant sted. Professor Frøland opplyser videre at det ikke finnes holdepunkter for at faren for å utvikle AIDS hos behandlede pasienter har blitt redusert siden 2002. Videre opplyser han at det nylig er publisert «resultater fra omfattende undersøkelser som tyder på at dødeligheten faktisk er gått noe opp hos pasienter som startet behandling i 2002-2003 sammenlignet med pasienter som startet i 1995-96».
- (47) I den sakkyndige utredningen opplyses det videre:
- «Hos enkelte HIV-pasienter som initialt hadde gunstig behandlingseffekt, vil det imidlertid etter kortere eller lengre tid kunne inntre *behandlingssvikt*. Dette kan skyldes flere forhold, blant annet utvikling av *resistens* (dvs motstandskraft) hos viruset, slik at medikamenter ikke lenger påvirker viruset, som alltid vil foreligge i pasientens organisme. Bakgrunnen for terapissvikt og resistensutvikling vil ofte være at pasientene ikke tar sine medikamenter regelmessig. Det finnes også i Norge enkelte pasienter hvor det er utviklet full virusresistens, og disse pasientene har utviklet svær immunsvikt, med mulighet for alle de 'klassiske' immunsviktkomplikasjoner som er nevnt ovenfor. Disse pasientene vil være i samme kategori som det mindretall som ikke initialt svarer tilfredsstillende på moderne medikamenter. I denne gruppen vil det fortsatt være en betydelig dødelighet.»
- (48) Professor Frøland har også beskrevet flere alvorlige bivirkninger som kan oppstå, men som jeg ikke finner grunn til å gå nærmere inn på. I tillegg kan en smittet oppleve psykososiale belastninger, og i heteroseksuelle forhold vil et eventuelt ønske om å få barn kunne representere en betydelig belastning, idet partene som ledd i smitteforebyggelse advares mot ubeskyttet sex. Assisterert befruktning gis ikke i Norge, slik at de aktuelle parene eventuelt må oppsøke klinikker i utlandet. Smittede personer opplever videre betydelige restriksjoner dersom de skal tegne livs- og sykeforsikringer.
- (49) Disse forhold viser at straffverdigheten er høy ved gjennom ubeskyttet samleie å utsette noen for hiv-smitte. Selv om smitterisikoen statistisk sett er lav, er likevel situasjonen at ett samleie, uavhengig av om den smittede er under behandling, kan medføre at partneren blir smittet.
- (50) Dette tilsier at selv om fornærmede ikke blir smittet, må straffen være streng for en forbrytelse som den aktuelle. Etter min mening burde det derfor vært utmålt en straff som var atskillig strengere enn ubetinget fengsel i seks måneder dersom domfelte ikke - etter det tredje samleiet - hadde opplyst at hun var smittet. Jeg er enig med førstvoterende i at hun av denne grunn må få en betydelig reduksjon i straffen. Uenigheten mellom oss gjelder det generelle straffenivået ved denne type forbrytelser. Noe grunnlag for å gjøre noen del av den straffen lagmannsretten har utmålt betinget, er det klarligvis ikke.
- (51) Dommer **Rieber-Mohn**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Utgård.
- (52) Dommer **Endresen**: Likeså.
- (53) Dommer **Tjomsland**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Matningsdal.
- (54) Etter røystinga sa Høgsterett slik

dom:

I lagmannsrettsdommen blir gjort den endringa at straffa blir sett til fengsel i 120 - eitthundreogtjue - dagar.

