

# Hivsmitta och brottmål. En analys av rättsläget

Artikelnr 2009-126-169

---

Publicerad [www.socialstyrelsen.se](http://www.socialstyrelsen.se), juni 2009

# Förord

---

Socialstyrelsen har anlitat professor Madeleine Leijonhufvud för en analys av rättsutvecklingen på området hivsmitta och brottmål. I analysen finns också en översiktlig bedömning om förutsättningarna att åtala någon i en domstol i Sverige för ett brott som begåtts utomlands.

Rapporten är en del av fyra delprojekt med syfte att följa upp användningen av tvångsåtgärder vid tillämpningen av smittskyddslagen och i detta sammanhang även belysa rättsutvecklingen vid hivsmitta och brottmål.

En första del avser en genomgång av alla tvångsundersökningar och isoleeringar som har genomförts under perioden 2004 – 2007 med anledning av den nya smittskyddslagen (2004:168). Niklas Follin, projektanställd, har gjort sammanställningen. Genomgången har i sin tur medfört en fördjupad studie avseende Smittskyddsläkarnas metodik och grunder för tvångsundersökningar för att samordna en enhetlig rättspraxis.

En andra del avser Socialstyrelsens granskning våren 2007 av de behandlande läkarnas åtgärder i fem fall där HIV-smitta varit föremål för prövning i brottmål under perioden 2006 – 2007. Socialstyrelsen granskade dessa fall utifrån smittskyddslagens förutsättningar och gjorde en utvärdering av de behandlande läkarnas handläggning, för att försöka undersöka om det är möjligt att finna kriterier för tidiga varningssignaler när en HIV-smittad person medvetet avser eller kommer att bryta mot sina förhållningsregler.

En tredje del avser en genomgång av de fall där HIV-smitta och brottmål varit aktuellt under perioden 1989 – 2008 som tagits fram med anledning av ett antal internationella förfrågningar om den svenska lagstiftningen när det gäller såväl tillämpningen av smittskyddslagen som brottsbalken vid spridning av hiv-smitta. Charlotta Sundin, projektanställd, har tagit fram denna sammanställning.

Anders Alexandersson, jurist på enheten, har varit projektansvarig.

Anders Tegnell

Enhetschef

Anders Alexandersson

Jurist

# Innehåll

---

<i>Förord</i>	3
<i>Straffansvar vid åsidosättande av förhållningsreglerna för hiv- infekterade: rättsläget idag.</i>	5
<i>Den straffrättsliga bedömningen av i Sverige begångna gärningar som innebär smittöverföring av HIV på sexuell väg eller risk härför</i>	6
<i>Fallet NJA 2004 s. 176</i>	9
<i>Rättsläget – ett försök till sammanfattning.</i>	18
<i>Kravet på dubbel straffbarhet.</i>	20
<i>Den närmare innebörden av kravet på dubbel straffbarhet</i>	22
<i>Straffbarhet i olika länder av gärningar som innebär risk för överföring av HIV-smitta: exemplet Danmark</i>	24

# Straffansvar vid åsidosättande av förhållningsreglerna för hiv-infekterade: rättsläget idag.

---

Socialstyrelsen har av flera skäl behov av ett klargörande av hur de förhållningsregler som enligt smittskyddslagen ska lämnas till en hiv-infekterad patient förhåller sig till straffrättsligt ansvar.

Frågorna kring ett straffrättsligt ansvar uppkommer till följd av bestämmelserna i 4 kap. 4 § och 6 kap. 4 och 5 §§ smittskyddslagen (2004:168) om åtgärder som åligger behandlande läkare respektive smittskyddsläkare när det finns grundad anledning anta att den som bär på en allmänfarlig sjukdom inte följer de förhållningsregler som har beslutats. De behöver också besvaras med hänsyn till de sekretessregler som gäller inom hälso- och sjukvården (7 kap. 1 c § sekretesslagen 1980:100). Från den sekretessen gäller undantag för uppgifter till åklagarmyndighet, polismyndighet eller annan myndighet som har att ingripa mot brott om fängelse i minst ett år är förskrivet för brottet. Är det fråga om försöksbrott krävs i princip att straffskalan stadgar fängelse högst två år, men om misstanken gäller en gärning som innefattat försök till överföring av allmänfarlig sjukdom räcker det också vid försök att brottet kan ge fängelse i ett år. Om uppgiften gäller någon som är under arton år och fortgående missbrukar droger och det behövs för att denne ska få nödvändig vård och behandling eller annat stöd bryts sekretessen (14 kap. 2 § sekretesslagen). Att kunna bedöma hur en domstol skulle se på gärningen och vilken rubricering som kan komma i fråga är alltså nödvändigt för sekretessbedömningen.

Frågan har mera specifikt aktualiserats av att Socialstyrelsen har att ge anvisning till smittskyddsläkare och annan sjukvårdspersonal om adekvata åtgärder när en patient kan misstänkas ha haft eller komma att ha oskyddad sex i vissa andra länder med risk att överföra HIV- virus. Är patienten bunden av givna förhållningsregler även vid vistelse utomlands?

Här nedan ska först behandlas frågan hur åsidosättanden av föreskrifter bedöms enligt svensk straffrätt. Därefter avhandlas frågan om svensk domstols rätt att döma över gärningar utomlands generellt, och till sist ska situationen vad avser gärningar begångna i ett land, Danmark, belysas som ett exempel.

# Den straffrättsliga bedömningen av i Sverige begångna gärningar som innebär smittöverföring av HIV på sexuell väg eller risk härför

---

I smittskyddslagen, som innehåller föreskrifter om smittskyddsåtgärder riktade till människor, finns inte några straffbestämmelser. Vid lagens tillkomst konstaterades dock, liksom det hade gjorts då den tidigare lagen (1988:1472) antogs, att straffbestämmelser i brottsbalken (BrB) kan vara tillämpliga på gärningar som innefattar risk för spridande av smitta (prop. 2003/04:30 s. 177 ff.).

Svensk rätt saknar alltså straffbestämmelser som specifikt tar sikte på handlingar som medför att smittsamma sjukdomar överförs från en person till en annan. Brottsbalken innehåller emellertid flera bestämmelser som alltefter omständigheterna i det enskilda fallet kan bli tillämpliga på förfaranden som innebär att smitta överförs eller riskerar att överföras. Tillämpningen av dessa bestämmelser hade, konstaterade regeringen i propositionen till den nuvarande smittskyddslagen, varit långt ifrån okomplicerad. Majoriteten av de rättsfall rörande smittspridning som hade förekommit hade gällt handlingar av sexuell natur som inneburit att överföring eller risk för överföring av HIV-smitta förelegat. Något enstaka avgörande handlar om hepatitis.

I 1968 års smittskyddslag fanns däremot en särskild bestämmelse om straff för den som hade könsligt umgänge trots att han eller hon led av venerisk sjukdom och hade vetskap eller misstanke om detta. Det var när smittskyddslagens regler år 1985 gjordes tillämpliga på HIV-infektion som man upphävde straffbestämmelsen. Skälet till ändringen var bl.a. en önskan att stärka förtroendet för smittskyddsarbetet. Man såg en risk för att straffhotet avskräckte den som drabbats av venerisk sjukdom från att söka läkare, vilket bl.a. hängde samman med att smittskyddsläkaren under vissa förutsättningar var skyldig att anmäla misstanke om sådant brott. Det förhållandet att HIV-infektion inte var botbar ansågs medföra andra hänsynstaganden än de som gällt tidigare; bl.a. sågs det inte som rimligt att av den smittade kräva fullständig sexuell avhållsamhet för all framtid. I propositionen (prop. 1985/86:13) framhölls särskilt att upphävandet av den särskilda straffbestämmelsen inte innebar att könsligt umgänge vid venerisk sjukdom fortsättningsvis skulle vara straffritt. Det hänvisades i stället till straffbestämmelserna i 3 och 13 kap. brottsbalken. Vid tillkomsten av 1988 års smittskyddslag ansågs det inte finnas skäl att återinföra en liknande straffbestämmelse.

I 1968 års smittskyddslag fanns även en bestämmelse enligt vilken den som bröt mot meddelade föreskrifter om isolering och inskränkning i sin

verksamhet kunde straffas med böter. Någon motsvarande regel som straffbelade brott mot förhållningsregler infördes inte i 1988 års smittskyddslag, eftersom det ansågs tveksamt om böter skulle förmå den enskilde att vidta rättelse.

Under 1990-talet prövades i domstolarna ett antal fall rörande gärningar som inneburit överföring eller risk för överföring av HIV-infektion. Då bestämmelserna i brottsbalken skulle tillämpas på gärningarna kom en mängd centrala straffrättsliga regler att aktualiseras, t.ex. frågor om adekvans, påföljd och verkan av samtycke m.m. En särskild svårighet i dessa fall beredde frågan vilket *uppsåt* gärningsmannen haft med sitt handlande.

I svensk straffrätt finns olika former av uppsåt. Den uppsåtsform som oftast kom i fråga i samband med gärningar som innebar överförande av eller risk för överförande av HIV-infektion var s.k. *eventuell uppsåt*. Detta utgjorde minimikrav för att gärningen skulle kunna bedömas som *mord, dråp, misshandel* eller *försök till sådant brott*. I ett avgörande av Högsta domstolen (HD), som handlade om en helt annan typ av gärning, introducerades år 2002 ett nytt sätt att dra den nedre gränsen för uppsåtligt handlande (NJA 2002 s. 449). Istället för eventuell uppsåt, som byggde på en hypotetisk bedömning, skulle det avgörande vara om gärningsmannen *förhållit sig likgiltig till riskens förverkligande*. Detta avgörande omnämndes i propositionen till smittskyddslagen.

Regeringen konstaterade där vidare att det, om uppsåt inte föreligger, kan bli aktuellt att döma för brott begångna av oaktsamhet (*vållande till kroppsskada eller sjukdom, vållande till annans död* eller *framkallande av fara för annan*). Det subjektiva rekviritet oaktsamhet föreligger när gärningsmannen inte förstår men borde förstå att en viss effekt kommer att eller kan komma att inträffa. Vad gäller gärningar som har inneburit överföring eller risk för överföring av HIV-infektion konstaterades att domstolarna vid bedömningen av frågan vad som kan anses vara normal aktsamhet lagt vikt vid de råd och förhållningsregler som ges till skydd för smittspridningen. Vilka förhållningsregler som meddelats och vad för annan information som givits har även tillmätts betydelse vid bedömningen av om en viss gärningsman i det enskilda fallet kan anses ha handlat av oaktsamhet.

Regeringen anförde vidare:

”I de fall där smitta verkligen har överförts kan det bli aktuellt att döma för mord, dråp, vållande till annans död, misshandel eller vållande till kroppsskada eller sjukdom. Den som uppsåtligen berövar annan livet döms för mord eller, om brottet är att anse som mindre grovt, för dråp. Om den utsatte inte dör kan det bli aktuellt att döma för försök till mord eller dråp. Den som av oaktsamhet orsakar annans död döms för vållande till annans död eller grovt vållande till annans död.”

Något åtal för fullbordat mord eller dråp beträffande gärning som inneburit överföring av HIV-smitta hade såvitt känt inte prövats i Sverige. Frågan om ansvar för försök till mord hade dock prövats av tingsrätt i åtminstone ett fall. Domstolen fann då att de objektiva förutsättningarna för försök till mord förelåg, men att det inte var styrkt att gärningsmannen hade uppsåt att döda.

Att HIV-infektion är en sjukdom i bestämmelsernas mening och att ett tillfogande i bestämmelsernas mening föreligger då sjukdom överförs genom sexuellt umgänge hade accepterats av domstolarna.

”För att ansvar skall föreligga enligt någon av de nämnda bestämmelserna fordras att det är utrett att gärningsmannens handlande orsakat sjukdomen. När det gäller sexuellt umgänge har i praxis misshandel ansetts föreligga då smitta överförts vid ett enda samlag (NJA 1995 s. 119). En annan svårighet i sammanhanget är att man måste kunna konstatera att smittan överförts från just den aktuella gärningsmannen, något som kan vålla svårigheter då målsäganden haft flera partners. I praxis har man, då en gärning som inneburit att hivinfektion överförts vid sexuellt umgänge rubricerats som vållande till annans död, misshandel eller vållande till kroppsskada eller sjukdom, regelmässigt gjort bedömningen att det rört sig om ett grovt brott.”

Om smitta inte överförts kan det, fortsätter regeringen i propositionen, bli aktuellt att döma för *försök* till något av de tidigare angivna brotten. Här krävs dock att det subjektiva rekvisitet är uppsåt, eftersom straffrättsligt ansvar för försök till viss gärning endast kan komma i fråga vid uppsåtliga gärningar. I praxis hade vid ett flertal tillfällen förekommit att bestämmelserna om försök till grov misshandel tillämpats i fall då en HIV-smittad haft oskyddat samlag med annan utan att denne smittats.

Framkallande av fara för annan föreligger då någon av grov oaktsamhet utsätter annan för livsfara eller fara för svår kroppsskada eller allvarlig sjukdom. HIV-infektion räknas, konstaterar regeringen, som allvarlig sjukdom i bestämmelsens mening. Faran för sjukdomen måste ha varit konkret; en bedömning måste göras i det enskilda fallet om en person verkligen skulle kunnat komma att smittas.

Regeringen berörde också frågan om betydelsen av ett *samtycke* från den mot vilken gärningen riktas. I 24 kap. 7 § BrB stadgas att en gärning som begås med sådant samtycke endast utgör brott om gärningen är oförsvarlig med hänsyn till den skada, kränkning eller fara som den medför, dess syfte och övriga omständigheter. Enligt praxis medför normalt sett inte ett samtycke till misshandel att gärningsmannen befrias från straffrättsligt ansvar. Undantag görs om fråga är om ringa misshandel. Även då fråga är om oaktsamhetsbrott som rör våld mot person (vållande till kroppsskada eller sjukdom samt framkallande av fara för annan) anses utrymmet för samtyckets ansvarsbefriande verkan vara mycket begränsat.

Ett samtycke ska dock beaktas vid bestämmandet av gärningens straffvärde. Enligt 29 kap. 3 § BrB ska samtycke beaktas som förmildrande omständighet då straffvärdet bestäms. Med hänsyn härtill kan man till och med utdöma lindriga straff än vad som är föreskrivet för brottet. Betydelsen av ett samtycke kan beroende på omständigheterna i det enskilda fallet skifta, alltifrån att inte tillmätas någon betydelse alls till att helt befria från ansvar.

Ytterligare straffbud som kan aktualiseras är enligt regeringen vissa bestämmelser om s.k. *allmänfarliga brott*. Vid allmänfarliga brott är gärningarna riktade mot allmänheten. Till skillnad från vad som gäller för brotten mot enskild behöver det inte klarläggas vem angreppet riktar sig mot. För de flesta allmänfarliga brott gäller att fler än en person skall vara i farozonen. De allmänfarliga brott som här kan komma i fråga är *spridande av gift eller smitta* samt *vårdslöshet med gift eller smittämne*. Spridande av gift eller

smitta begås uppsåtligt, medan det för vårdslöshet med gift eller smittämne räcker med oaktsamhet. För att man skall kunna döma till ansvar krävs i båda fallen att någon framkallat allmän fara för människors liv eller hälsa t.ex. genom att överföra eller sprida allvarlig sjukdom. Straffrättsligt ansvar föreligger även vid försök till spridande av gift eller smitta.

I tre avgöranden av HD, som gällde gärningar begångna innan brosmsmedicinerna, med deras stora betydelse, började användas under andra hälften av 1990-talet, blev frågan om när s.k. eventuellt uppsåt skulle anses föreliggande föremål för delade meningar antingen i hovrätt eller i HD. Ett *prejudicerande avgörande* kom år 2004, i en dom vars betydelse sträcker sig långt över den här aktuella problematiken. Fallet, som gällde ett stort antal oskyddade samlag mellan män, togs nämligen jämte det ovan nämnda fallet NJA 2002 s. 449 till grund för en generell förändring av sättet att bestämma uppsåtets nedre gräns i svensk rätt. Numera gäller som minimikrav för uppsåt att likgiltighet kan styrkas, dvs. när fråga är om en effekt i form av skada eller risk för skada att gärningsmannen förhållit sig likgiltig till skadans/riskens inträde.

### Fallet NJA 2004 s. 176

En man född 1976 åtalades i TR för försök till grov misshandel. Gärningsbeskrivningen upptog oskyddade samlag - orala och anala - med 10 olika män, vid sammanlagt över 250 tillfällen. Tingsrätten dömde mannen för försök till grov misshandel till fängelse 4 år. Skadestånd tilldömdes 9 av målsägandena med mellan 50.000 och 90.000 kr.

Åklagaren yrkade i hovrätten straffskärpning, den tilltalade (tt) yrkade ogillande, i vart fall sänkning av skadeståndsbeloppen. Hovrätten sänkte straffet till fängelse 3 år. Skadestånden fastställdes.

I sin dom uttalar hovrätten:

”S.H:s förfarande att i fullt medvetande om sin smitta ha oskyddat köns-  
umgänge med tio olika personer, i vissa fall frekvent, utan att upplysa dem om din smitta visar på en betydande likgiltighet inför konsekvenserna för de utsatta jämfört med hans eget intresse av sexuellt umgänge, Hovrätten finner därav att det kan hållas för visst att S.H. skulle ha genomfört sådant köns-  
umgänge även med insikt om att smitta skulle överföras. Eventuellt uppsåt har därmed förelegat.”

Vid prövningen av uppsåt använde hovrätten alltså den traditionella metoden att bestämma minimikravet, nämligen eventuellt uppsåt bestämt med ett hypotetiskt prov. Det gjorde också den ledamot som var skiljaktig. Han ansåg det styrkt att tt insett risken att han skulle smitta sina partners, men han ansåg inte att det visats att tt skulle haft oskyddad sex om han varit säker på att smitta skulle överföras. Han ansåg därför att ansvar för försök till grov misshandel inte skulle ådömas, utan istället ansvar för framkallande av fara för annan, BrB 3:9, och ville bestämma påföljden till fängelse i två år.

Tt överklagade till Högsta domstolen (HD) och yrkade frikännande och frihet från skadeståndsansvar. Riksåklagaren bestred ändring och tillfogade ett alternativyrkande om ansvar för fara för annan.

HD ogillade åtalet för försök till grov misshandel och dömde tt för framkallande av fara för annan avseende nio av de tio målsägandena till fängelse ett år. Skadeståndsbeloppen sänktes till mellan 8.000 och 31.000 kr.

HD, som hade inhämtat yttrande från Socialstyrelsen om HIV-infektionens allmänna farlighet samt smittrisen vid olika typer av oskyddade samlag och sambandet med olika virusmängder i bl.a. blodet, skriver i sin dom:

”Infektion av HIV (humant immunbristvirus) är enligt smittskyddslagen ([1988:1472](#)) klassificerad som en samhällsfarlig sjukdom. Detta innebär bl.a. att behandlande läkare är skyldig att meddela den som bär på en HIV-infektion de förhållningsregler som behövs för att hindra smittspridning. Enligt de allmänna förhållningsregler som tillämpas för HIV-infekterade, och som också meddelats S.H., gäller bl.a. en skyldighet "att före samlag (där penis är inne i slidan, ändtarmen eller munnen) eller annan sexuell aktivitet som innebär risk för smittspridning, informera Din tilltänkta sexualpartner om att Du är HIV-smittad" och ett förbud mot att "ha samlag med icke HIV-smittad person, utan att kondom används under hela samlaget". Enligt smittskyddslagen gäller vidare att behandlande läkare är skyldig att skyndsamt underrätta smittskyddsläkaren om han har anledning att anta att en patient inte kommer att följa eller inte följer meddelade förhållningsregler. Vid behov finns möjlighet att vidta olika tvångsåtgärder. Ytterst kan länsrätt på ansökan från smittskyddsläkare besluta om tvångsisolering om den smittade inte frivilligt medverkar till de åtgärder som behövs för att hindra smittspridning. En i huvudsak likartad reglering som den som nu redovisats föreslås också i den proposition om ny smittskyddslag ([prop. 2003/04:30](#)) som för närvarande är föremål för riksdagens behandling.”

Därefter konstateras att särskilda straffbestämmelser som tar sikte på gärningar som medför risk för överförande av HIV-infektion eller andra sådana smittsamma sjukdomar som avses i smittskyddslagen saknades, vilket innebär att frågor om straffansvar blir att bedöma enligt de generella bestämmelser som fanns upptagna i [BrB](#).

”Enligt 23 kap. 1 § skall den som påbörjat utförandet av visst brott som inte fullbordats dömas för försök till brottet om det förelegat fara för att handlingen skulle leda till brottets fullbordan eller om sådan fara varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter. Med fara i försöksbestämmelsen avses s.k. konkret fara.

De samlag som S.H. haft är som försökshandlingar att betrakta som s.k. avslutade försök. Genom varje samlag har S.H. gjort vad som ankommer på honom för att brott skulle fullbordas i den meningen att det därefter legat utanför hans kontroll om hans partner skulle smittas och brottet därigenom fullbordas. Detta innebär att faran för att brott skulle fullbordas är den fara som funnits för att samlagen skulle medföra att hans partner skulle smittas av HIV- infektion.

Enligt 3 kap. 9 § skall den som av grov oaktsamhet utsätter en annan person för fara för en allvarlig sjukdom dömas för framkallande av fara för annan. Med fara avses i denna bestämmelse, i likhet med i försöksbestämmelsen, s.k. konkret fara. De handlingar genom vilka S.H. skulle ha utsatt sina partner för fara är samma samlag som enligt åklagarens förstahandsyrkande utgör försökshandlingar och den fara som samlagen inneburit är

samma fara för att smittas av HIV- infektion som utgör fara för brottets fullbordan enligt förstahandsyrkandet.”

För såväl första- som andrahandsyrkandet gäller därmed, anför HD, att det vid vart och ett av de samlag som åtalet avser förelegat en konkret fara för att samlaget skulle leda till att S.H:s partner skulle smittas av HIV- infektion. Bedömningen skall göras på rent objektiva grunder och vad gärningsmannen insett, trott eller antagit saknar således betydelse. Har faran i ett visst fall rent faktiskt varit utesluten har någon konkret fara inte förelegat helt oberoende av om gärningen typiskt sett kan framstå som farlig i den meningen att det förelegat en hög sannolikhet för att följderna skulle vara möjliga. Att gärningsmannen inte alls förutsett eller kunnat räkna med den omständighet som uteslöt faran saknar i sammanhanget betydelse. Hur hög grad av sannolikhet som krävs för det fall att följderna varit möjliga går inte att ange generellt. Av betydelse är bl.a. hur allvarlig den befarade följden är. Ibland uttrycks kravet på viss sannolikhet så att faran eller risken inte får vara försumbar eller att den skall vara beaktansvärd i den meningen att det skulle finnas anledning att beakta den när man överväger hur man skall handla. Saken kan också uttryckas så att frågan om kravet på viss sannolikhet i praktiken kan sägas gälla i vilken utsträckning som olika risktaganden (eller chanstaganden) får anses vara acceptabla i den meningen att de inte bör kunna föranleda straffrättsliga ingripanden.

Det bestred ansvar på den grunden att han haft så låga virusnivåer att någon konkret fara för smittspridning inte förelegat. Han hade undergått s.k. antiviral behandling med bromsmediciner under större delen av den period som åtalet avsåg. Enligt ett i HD åberopat intyg hade han vid tio olika provtagningar under tiden den 16 september 1998 till den 11 september 2002 inte uppvisat detekterbara mängder virus, vilket innebar att han haft mindre än 50 RNA kopior/ml plasma som är gränsen för påvisande av virus i nuvarande rutindiagnostik. Från den 15 oktober 2002 gjordes ett avbrott i medicineringen. De tre tester som S.H. därefter genomgått under den tid som åtalet avser hade enligt intyget visat tillkomst av mindre mängder påvisbart virus (11 000, 5 900 och 6 800 kopior).

”Risken för smitta ökar ju större mängd HIV-virus som en person kommer i kontakt med. Smittrisken beror dock inte endast av koncentrationen av HIV-virus i blod eller sperma utan på många samverkande faktorer såsom typ av exposition och individuella faktorer hos smittbärare och mottagande person. Någon definierad lägsta virusnivå under vilken smittspridning inte kan ske finns inte.

Av den i målet åberopade bevisningen får anses framgå att det vid vart och ett av de samlag som åtalet omfattar förelegat en faktisk möjlighet för smittöverföring även om den statistiska sannolikheten för överföring varit mycket låg. Det har alltså funnits en viss risk för smittöverföring. Frågan är då om denna risk utifrån rent objektiva grunder varit av sådant slag att det funnits anledning att beakta den som skäl för att avstå från att ha oskyddade samlag.

När det gäller risken för spridning av HIV-infektion genom sexuella kontakter får av tidigare rättspraxis anses framgå att oskyddade anala och orala samlag regelmässigt ansetts innefatta inte endast möjlighet till smittöverföring utan också ett inte acceptabelt risktagande i förhållande till sådan.

Grunden för denna bedömning torde inte endast ha varit allvaret i sjukdomen och sannolikhetsgraden för smitta. Av betydelse har uppenbarligen också varit den syn på riskerna för spridning av HIV-infektion som kommit till uttryck i smittskyddslagen och tillämpningen av denna.”

Med hänvisning till vad som anfördes i förarbetena till 1988 års smittskyddslag (prop. 1985/86:13 s. 16) konstaterar HD att synen på smittriskerna är beroende av bl.a. vilka behandlingsmetoder som finns tillgängliga. I detta hänseende hade en klar förändring inträtt sedan HIV-infektion fördes in under regleringen i smittskyddslagen och också efter det att HD i tre avgöranden i mitten av 1990-talet ([NJA 1994 s. 614](#), [NJA 1995 s. 119](#) och [NJA 1995 s. 448](#); jfr även [NJA 1990 s. 186](#)) behandlade frågor om överförande och risk för överförande av HIV-infektion genom samlag. Genom användning av s.k. bromsmediciner har helt nya möjligheter öppnats för att förhindra att HIV-infektion leder till döden genom utveckling av aids. På nuvarande kunskapsnivå anses sjukdomen, med de behandlingsmetoder som nu finns, om än livslång normalt inte dödlig. Möjligheterna att upprätthålla en god livskvalitet under sjukdomen har också ökat även om medicineringen kan medföra besvärande biverkningar. Medicineringen minskar dessutom på ett påtagligt sätt risken för smittöverföring. Såvitt framgick av utredningen i målet finns inte något känt exempel på smittöverföring från en person som till följd av medicinering inte haft detekterbara mängder virus vid provtagning.

Denna utveckling hade dock, konstaterar HD, från statsmakternas sida inte ansetts ge anledning till någon mer grundläggande ändring av eller differentiering i den rättsliga behandlingen av HIV-infektion. Sjukdomen var fortfarande klassificerad som en samhällsfarlig sjukdom och underkastad den särskilda reglering som följde därav. Någon ändring har inte heller skett av de ovan redovisade allmänna förhållningsregler som regelmässigt meddelas till personer med HIV-infektion.

Mot denna bakgrund kunde det inte anses föreligga tillräckliga skäl för att nu göra någon annan bedömning än den som tidigare gjorts i rättspraxis, att samlag i strid med den allmänna förhållningsregeln om användande av kondom var att anse som ett oacceptabelt risktagande. Detta gällde oberoende av att det fick anses vara uteslutet att göra motsvarande bedömning när en HIV-infekterad i enlighet med förhållningsregeln använt kondom även om smittriskerna i en del sådana fall torde kunna vara högre än när en person utan detekterbara mängder virus hade ett oskyddat samlag.

”Några särskilda omständigheter som gör att de samlag som S.H. haft trots vad som nu sagts skulle kunna anses innefatta ett tillåtet risktagande föreligger inte. Sammanfattningsvis innebär det nu sagda att de allmänna objektiva förutsättningarna för att S.H. skall kunna dömas föreligger i förhållande till såväl framkallande av fara för annan som försök till grov miss-handel.”

HD övergick härefter till frågan om s.k. *subjektiv täckning* (uppsåt eller endast oaktsamhet?). S.H. hade gjort gällande att han haft den uppfattningen att någon smittrisk inte förelåg. Angående förhållningsreglerna hade han inte ifrågasatt att han fått del av dessa även om han inte hade något minne av det.

”Av utredningen framgår att S.H. fick veta att han hade HIV-infektion år 1996. Han påbörjade redan då medicinering som fortsatte till oktober 2002. Under sjukdomen har han haft fortlöpande läkarkontakter med regelbundna provtagningar. Det saknas anledning att anta annat än att han under behandlingen fått uppgifter i sedvanlig omfattning om sjukdomen och de förhållningsregler som gällde för honom till följd av sjukdomen. Detta innebär att han också måste ha insett att oskyddade samlag innebar en risk för smittspridning även om denna inte var särskilt stor till följd av behandlingen. Det kan inte heller antas att han skulle ha förträngt eller glömt bort detta. Att S.H. eventuellt haft en förhoppning om att han inte var smittsam innebär inte att han inte insett risken för smittspridning.

S.H. har således när han haft samlagen vetat att dessa innebar en risk för smittspridning. Detta innebär att han uppsåtligen framkallat fara för att hans partner skulle infekteras av HIV-virus. Om S.H. vid vart och ett av samlagen särskilt tänkt på risken för smittspridning saknar i princip betydelse för bedömningen.”

I den mån det inte förelåg förutsättningar för att döma för försök till misshandel skulle S.H. således, med reservation för samtyckes ansvarsbefriande verkan, dömas för framkallande av fara för annan.

Eftersom faran för brottets fullbordan enligt försöksbestämmelsen i förevarande fall är samma fara för överföring av HIV-infektion som utgör grunden för andrahandsyrkandet om ansvar för framkallande av fara för annan hade det som försöksbrott betraktat förelegat en fara för brottets fullbordan.

”Det avgörande för om S.H. skall dömas för försök till grov misshandel är under sådana förhållanden om han kan sägas ha haft uppsåt inte endast till att fara förelegat för smittspridning utan också till att var och en av målsägandena vid vart och ett av samlagen faktiskt skulle smittas av HIV-virus.”

Grundförutsättningen för att någon skall kunna anses ha haft uppsåt i förhållande till en viss effekt eller gärningsomständighet är, anför HD, att han i vart fall varit medvetet oaktsam i förhållande till effekten eller gärningsomständigheten. S.H. hade genomfört samlagen med insikt om att dessa innebar en fara för överföring av HIV-infektion. Frågan var vad som krävdes härutöver för att uppsåt skulle kunna anses föreligga.

”Den formulering av uppsåtets nedre gräns som under lång tid varit dominerande i svensk rättspraxis är s.k. hypotetiskt eventuellt uppsåt. Prövningen av om ett sådant uppsåt förelegat brukar sägas ske i två led. I det första prövas om gärningsmannen insett att det förelåg en risk för att gärningen skulle medföra en viss effekt eller för att en viss omständighet förelåg. Att det krävs en sådan insikt för att uppsåt skall kunna anses föreligga har berörts ovan och är knappast något som är kontroversiellt. Det andra ledet innefattar ett hypotetiskt prov. Uppsåt anses föreligga om domstolen finner att det kan hållas för visst att gärningsmannen skulle ha företagit gärningen även om han varit säker på att effekten skulle inträda eller att omständigheten förelåg. Detta senare led har i debatten utsatts för en omfattande kritik främst på den grunden att det framstår som systemfrämmande att låta ett hypotetiskt antagande om hur gärningsmannen skulle handla om förutsättningarna varit annorlunda än de faktiskt var, vara avgörande för om gärningsmannen skall anses ha handlat med uppsåt. Kritiken betecknades i NJA 2002 s. 449 som övertygande.

Det får också anses uppenbart att formuleringen av det hypotetiska provet inte kan tas till intäkt för att med uppsåt avse något annat än en bedömning av gärningsmannens subjektiva förhållande till gärningen vid gärningstillfället. Som beskrivning av innebörden av uppsåt är därför det hypotetiska provet vilseledande. I sak kan dock provet anses avse ett förhållande som ligger nära det krav för uppsåt som formulerats ovan, om att det skall stå klart att förverkligandet av effekten eller förekomsten av gärningsomständigheten vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl för att avstå från gärningen. Sett i det perspektivet framstår det hypotetiska provet mindre som en beskrivning av vad uppsåt är än som en slags test på om det finns tillräcklig bevisning för att anse att uppsåt föreligger. Ursprungligen synes också formuleringen av det hypotetiska eventuella uppsåtet ha uppfattats som en bevisregel och inte som en beskrivning av vad uppsåt är.”

Sammanfattningsvis framstod enligt HD det hypotetiska eventuella uppsåtet inte som ett lämpligt eller ens möjligt sätt för en närmare precisering av den nedre gränsen för uppsåt, även om det hypotetiska provet kan uppfattas som en användbar test på hållbarheten av bevisningen i ett mål om det hanteras med försiktighet och urskiljning.

Efter att ha diskuterat och avvisat en uppsåtsform som brukat kallas sannolikhetsuppsåt gick HD över till att pröva s.k. *likgiltighetsuppsåt*.

”Någon helt etablerad innebörd av s.k. likgiltighetsuppsåt finns inte. Att ange gärningsmannens likgiltighet i förhållande till inträdet av en effekt eller förekomsten av en omständighet som grund för att bedöma en gärning som uppsåtlig har i rättspraxis förekommit sedan 1970-talet. Uppsåtsformen har ibland uppfattats som endast ett annat sätt att formulera det hypotetiska provet i det hypotetiska eventuella uppsåtet. Enligt majoriteten i [NJA 2002 s. 449](#) finns det emellertid en avsevärd skillnad genom att likgiltighetsuppsåt inte avser vad som kan antas om gärningsmannens inställning till gärningen i en hypotetisk situation utan den faktiska inställning (attityd) som han vid gärningen hade till förverkligandet av effekten eller förekomsten av omständigheten.”

”För att en gärningsman skall kunna anses ha varit likgiltig på ett sådant sätt att det föreligger förutsättningar för att döma för uppsåtligt brott är det inte tillräckligt att gärningsmannen allmänt sett kan betecknas som likgiltig, i den meningen att han handlat utan att beakta att gärningen inneburit en kränkning av straffrättsligt skyddade intressen. Redan den omständigheten att gärningsmannen insett att det förelåg en risk för att gärningen skulle medföra en viss effekt eller att en viss omständighet förelåg innefattar ett mått av likgiltighet. För att uppsåt till effekten eller omständigheten skall anses föreligga krävs dock likgiltighet inte endast till risken utan också till förverkligandet av effekten eller förekomsten av omständigheten. Detta förutsätter inte att gärningsmannen värderat förverkligandet av effekten eller förekomsten av omständigheten på visst sätt. Även om han skulle beklaga att effekten inträdde eller att omständigheten förelåg kan han ha varit likgiltig i den meningen att han varit beredd att uppoffra det av rättsordningen skyddade intresse som uppsåtsprövningen avser. Det avgörande är således *att förverkligandet av effekten eller förekomsten av omständigheten, vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl för att avstå från gärningen*. Har gärningsmannen handlat i förlitan på att effekten

inte skulle förverkligas eller gärningsomständigheten föreligga har han inte varit likgiltig i denna mening även om hans inställning kan framstå som lättsinnig. I sak motsvarar ett på detta sätt uppfattat likgiltighetsuppsåt vad som ovan sagts angående direkt och indirekt uppsåt i de fall som gärningsmannen inte insett att effekten skulle inträda utan endast att det förelåg en risk för detta.

Sammanfattningsvis talar övervägande skäl för att uppsåtets nedre gräns bör förstås på det sätt som nu sagts. Vad som förutom insikt i risken är avgörande är således gärningsmannens inställning eller attityd vid gärningstillfället. Endast *om det står klart att han haft en positiv eller i vart fall likgiltig inställning till effektens förverkligande eller förekomsten av gärningsomständigheten* skall gärningen bedömas som uppsåtlig. Ett på detta sätt bestämt uppsåtskrav får också anses följa av [NJA 2002 s. 449](#).” (Kursiveringarna gjorda här.)

HD gav därefter vissa riktlinjer för bevisbedömningen. Likgiltighetsuppsåt hade kritiserats med hänvisning till de bevissvårigheter som ett sådant uppsåt medför. Utgångspunkt togs i fallet NJA 2002 s. 449.

”Av avgörandet får --- anses framgå bl.a., att utgångspunkten för bedömningen skall vara omständigheterna vid gärningen, att insikt om att det förelåg en mycket hög sannolikhet normalt är tillräckligt för att uppsåt skall anses föreligga, att hänsynslöst beteende, upprörd sinnesstämning och gärningsmannens intresse i gärningen är omständigheter som kan göra att uppsåt får anses föreligga även om det inte förelåg en mycket hög sannolikhet samt att uppsåt i allmänhet inte kan anses föreligga när risken enligt gärningsmannens föreställning inte var avsevärd.”

Det betonades att riktlinjer av det nu berörda slaget måste behandlas med försiktighet och urskiljning.

”Förutsättningarna för bevisprövningen skiljer sig också beroende på vilken typ av brott och vilka omständigheter som prövningen avser. Vid överlagda planerade gärningar torde ett medvetet risktagande på ett annat sätt än vid impulshandlingar kunna framstå som kalkylerat och därmed likgiltigt i den mening som här berörts. Samtidigt torde det i sådana fall oftare än vid impulsbrott kunna finnas konkreta omständigheter som kan tala för att gärningsmannen sökt undvika att gärningen skulle medföra en viss effekt och därför inte varit likgiltig till denna. När det gäller gärningsomständigheter torde det i vart fall i allmänhet inte finnas möjlighet att på samma sätt som när det gäller effekter falla tillbaka på egentliga sannolikhetsresonemang. I förhållande till omständigheter som en persons ålder, att viss egendom var stöldgods eller att en försändelse innehöll narkotika är frågan snarare vad gärningsmannen med hänsyn till omständigheterna rimligen haft anledning att räkna med.”

Härefter gjorde HD en uppsåtsbedömning i det aktuella målet.

”Av utredningen framgår att risken för smittöverföring vid vart och ett av samlagen var synnerligen låg och det finns inget som talar för att S.H. trott att den skulle vara större än den faktiskt var eller för att han skulle ha haft för avsikt att överföra smitta genom samlagen.

Frågan är då om det trots detta finns några omständigheter som tillåter slutsatsen att S.H. varit likgiltig till om hans partner skulle smittas av HIV-infektion. Mot bakgrund av den låga risken måste mycket starka skäl krävas

för att det skall kunna anses visat att S.H. varit likgiltig i den mening som här avses. Någon annan omständighet än det stora antalet samlag som talar för att S.H. skulle kunna ha varit likgiltig har inte framförts i målet. Riskbedömningen skall emellertid göras i förhållande till varje enskilt samlag och ett upprepat risktagande, som exempelvis inte är ovanligt i trafiksammanhang, tillåter inte i sig slutsatsen att en person också varit likgiltig till ett förverkligande av risken. Den utredning som förebringats i målet tillåter för övrigt inte ens den bedömningen att det skulle ha förelegat en avsevärd risk för att åtminstone någon av S.H:s partner skulle ha smittats. Annat har inte framkommit än att S.H. i övrigt varit mån om målsägandenas välfärd. Någon våldsanvändning eller annat liknande beteende har inte förekommit. Utredningen ger således inte stöd för annat än att S.H. genomfört samlagen i förlitan på att någon smittöverföring inte skulle ske. Det är alltså inte visat i målet att S.H. vid vart och ett eller vid något av samlagen handlat med uppsåt att överföra HIV- smitta till sin partner.

Det kan i sammanhanget nämnas att det av utredningen framgår att S.H. vid vissa av samlagen varit berusad (jfr [1 kap. 2 §](#) andra stycket [BrB](#)). De uppgifter som finns i den delen är emellertid så knapphändiga att det redan på den grunden får anses vara uteslutet att beakta berusningen vid uppsåtsbedömningen.

Förutsättningar för att döma S.H. för försök till grov misshandel föreligger således inte. Som tidigare konstaterats är däremot de allmänna förutsättningarna för ansvar för framkallande av fara för annan uppfyllda. Av utredningen framgår emellertid att målsägande nr 10, i motsats till de övriga målsägandena, varit informerad om S.H:s sjukdom vid de samlag som omfattas av åtalet. Det återstår därför att ta ställning till om åtalet i dessa delar skall ogillas på grund av att samtycke förelegat.”

Till sist tog HD ställning till frågan om *samtycke* från en sexualpartner.

”När det gäller misshandelsbrott sägs i motiven till lagen att gränsen för samtyckets ansvarsbefriande verkan som huvudregel sammanfaller med gränsen mellan ringa misshandel och normalgraden av misshandel. Att samtycke till överförande av HIV-infektion inte har ansvarsbefriande verkan är således uppenbart. Detta gäller inte endast i förhållande till ett fullbordat misshandelsbrott utan också till försök till sådant brott.

S.H. har emellertid som framgått inte gjort sig skyldig till försök till misshandelsbrott utan endast till framkallande av fara för annan. Vad som skall prövas i målet är således inte om målsägande nr 10 har lämnat samtycke till att smittas av HIV-infektion utan endast om samtycke förelegat till den risk för smitta som samlagen inneburit och om ett sådant samtycke kan ha ansvarsbefriande verkan i förhållande till detta brott.

Målsägande nr 10 har vetat om att S.H. var HIV-infekterad. Det finns inte heller något i utredningen som tyder på att han inte skulle ha insett att oskyddade samlag med S.H. innebar minst en så stor risk för smittöverföring som faktiskt förelåg. Målsägande nr 10 måste därför anses ha samtyckt till risken för smittöverföring.

Av utredningen framgår att målsägande 10 och S.H. under en period på våren 2003 hade en sexuell relation med anala och orala samlag. Vid alla anala och de flesta orala använde de skydd. De 2-3 orala samlag som omfat-

tas av åtalet var dock oskyddade. Målsägande nr 10 har uppgett att orsaken till detta var berusning.

En förutsättning för att samtycke skall ha ansvarsbefriande verkan är att den som samtyckte var kapabel att förstå innebörden av samtycket. Det är därför inte säkert att samtycke som lämnats av en berusad person har ansvarsbefriande verkan. Den utredning som förebringats i målet kan dock inte anses ge underlag för att målsägande nr 10 inte skulle ha förstått innebörden av sitt samtycke.”

Det hade, anför HD, i litteraturen gjorts gällande att samtycke till framkallande av fara för annan alltid skulle utesluta ansvar. Det torde dock inte kunna uteslutas att en gärning som utgör framkallande av fara för annan i vissa fall är att bedöma som oförsvarlig trots att samtycke förelegat. Vad som främst skulle kunna tala för en sådan bedömning är allvaret i den skada som faran avser och hur stor risken varit för att den skulle förverkligas. HIV-infektion är som sagt en mycket allvarlig sjukdom. Risken för smittöverföring vid samlagen med målsägande nr 10 var dock fortfarande mycket låg även om S.H. vid tidpunkten för dessa inte längre medicinerade och till följd därav hade vissa mindre mängder detekterbart virus i blodet. Samtycket måste därför enligt HD anses ha haft ansvarsbefriande verkan. Åtalet skulle på grund härav ogillas i denna del.

S.H. dömdes för framkallande av fara för annan avseende åtalade gärningar mot målsägande 1-9. Gärningarna avsåg ett mycket stort antal samlag med ett flertal olika partner. Han hade inte endast förtigit smittan utan i flera fall till och med förnekat denna.

”HIV-infektion är alltjämt en allvarlig sjukdom. Av sakkunnigförhören och Socialstyrelsens yttrande framgår att sjukdomen är livsvarig, att den långsiktiga effekten av medicinering inte kan förutses och att resistens mot mediciner kan utvecklas, varigenom sjukdomen kan leda till aids, som alltjämt är en dödlig sjukdom. Straffskalan för framkallande av fara för annan är böter eller fängelse i högst två år. Även om, som konstaterats, smittrisen vid varje enskilt tillfälle varit låg måste de brott som S.H. gjort sig skyldig till bedömas som allvarliga. Med beaktande härav bör påföljden bestämmas till fängelse ett år.”

Efter 2004 års HD-dom har ett antal fall av oskyddad sex mellan en hiv-infekterad person och en eller flera andra personer prövats i domstolarna. En sammanställning av dessa fall bifogas denna PM. Av sammanställningen framgår att det i flera fall dömts för uppsåtligt brott, fullbordad misshandel om smitta överförts, försök till misshandel om så inte varit fallet. Uppsåt i form av likgiltighetsuppsåt har ansetts styrkt i flera fall där målsäganden varit en person med vilken den hiv-infekterade varit gift eller sambo. I ett fall har uppsåtligt brott ansetts styrkt mot den tilltalades barn, som hon fött och ammat utan att upplysa om sin infektion. Fleråriga fängelsestraff har utdömts.

# Rättsläget – ett försök till sammanfattning.

---

Rättsläget i Sverige när det gäller HIV-positiva som har oskyddad sex och/eller inte informerar sin partner om smittan är mycket oklart. Detta trots att det alltså finns ett HD-fall som måste vara avsett att ha prejudicerande verkan, NJA 2004 s. 176, och som innehåller osedvanligt utförliga domskäl.

En genomgång av fall som avdömts i tingsrätter och hovrätter visar att bedömningen varierar starkt, utan att det går att urskilja några tydliga bedömningskriterier. Valet mellan ansvar för uppsåtsbrott – grov misshandel om smittan överförs, försök till grov misshandel om så inte varit fallet – och ansvar för oaktsamhetsbrott – vållande till sjukdom om smitta överförs, framkallande av fara för annan om så inte varit fallet - framstår inte som systematiskt hållbart och konsekvent.

HD dömde år 1995 (NJA 1995 s. 119) för allmänfarligt brott, spridande av smitta, när en man haft oskyddad sex med fem kvinnor, varav han smittat två. Den rubriceringen aktualiserades inte i HD-fallet 2004, trots att det där var fråga om över 200 fall av oskyddad sex med 9 olika män.

Strafftiderna varierar oerhört kraftigt, från fängelse 1 år (bl.a. i 2004 års HD-dom) till fängelse 7 år och utvisning. Det sistnämnda blev påföljden i HD- domen NJA 1995 s. 119, där tt förutom för spridande av smitta, grovt brott, dömdes för grov misshandel och försök till grovt misshandel.

Betydelsen av samtycke från (en informerad) partner belyses i HD- domen från 2004. En partner befanns i HD ha varit informerad och ändå ha samtyckt till oskyddad sex. Med ett resonemang om att betydelsen av samtycke fick bedömas från fall till fall när det gällde ansvar för framkallande av fara för annan friade HD. Samtycke kan alltså var en grund för ansvarsfrihet när en HIV-infekterad har oskyddad sex men inte kan påvisas ha haft ens likgiltighetsuppsåt. I vilken utsträckning detta gäller är dock långt ifrån klarlagt.

Efter HD:s dom i 2004 års fall har som nämnts ett antal nya fall avseende överföring eller risk för överföring av HIV-smitta prövats i domstolarna. I en del fall har ansvar utdömts för uppsåtligt brott – misshandel eller försök till misshandel - , i andra har rubriceringen blivit framkallande av fara för annan. Det är som sagt svårt att se någon klar princip för bedömningen. Vad som dock synes klart är att gärningar av detta slag inte längre aktualiserar straffansvar för allmänfarligt brott. Det kan vara en rimlig slutsats av det faktum att en sådan rubricering inte användes i 2004 års fall, trots att det där gällde samlag vid ett stort antal tillfällen med ett stort antal personer.

Uppsåtsbedömningen är uppenbart mycket bekymmersam, trots HD:s utförliga domskäl. Att i efterhand göra en bedömning av om en hiv-infekterad vid gärningstidpunkten varit likgiltig till att smittan överförs till partnern är inte lättare än att, enligt den tidigare modellen för uppsåtsprövning, bedöma om han/hon skulle ha utfört gärningen om han/hon varit säker på att smittan

skulle överföras. Om någon skillnad i sak har åstadkommit är det troligen att fler fall kommit att hamna "över ribban".

Svårt att förstå utifrån en läsning av domarna är att den tilltalade i 2004 års fall skulle ha varit mera mån om sina många mer eller mindre tillfälliga sexualpartners hälsa än kvinnan i Hovrättens över Skåne och Blekinge dom 2007-06-29, visavi sin makes och sina egna barns hälsa. En annan sak är att förtroendebrottet kan framstå som särskilt stort när närstående utsätts för smittfara, eftersom dessa, i motsats till tillfälliga sexualpartners, inte har någon som helst anledning att vara misstänksamma. Likgiltighetsuppsåtet, så som HD har definierat detta, slår snarast åt "fel" håll i dessa fall, nämligen så att de situationer där förtroendebrottet är störst blir mildare bedömda än de där målsäganden haft grundad anledning att vara försiktig men inte varit det.

Att försöksansvar döms ut när någon avsikt, eller ens något indirekt uppsåt, föreligger, är minst sagt ovanligt i svensk straffrätt. Semantiskt är det knappast korrekt att tala om försök utan avsikt att åstadkomma den aktuella affekten.

Man kan inte bortse från att bedömningen av uppsåt påverkas av om smitta överförts eller inte. Huruvida HD skulle sett lika milt på den tilltalades gärningar i 2004 års fall om någon eller några av målsägandena hade smittats kan med fog ifrågasättas. Detta är inte ett tillfredsställande rättsläge, eftersom det närmast är en slump om partern blir smittad eller ej. För den hiv-infekterade är detta inte möjligt att bedöma, utan för honom eller henne kan situationen liknas vid rysk roulette.

Sammanfattningsvis måste rättsläget bedömas som klart otillfredsställande. Förutsebarheten är mycket låg vad gäller vilken bedömning som kommer att göras i ett visst fall. Sammanställningen av domar ger vid handen att bedömningar och påföljder varierar inom mycket vida ramar.

# Kravet på dubbel straffbarhet.

---

För att en gärning som är begången utomlands ska kunna beivras som brott i Sverige krävs för det första att gärningen *utgör brott enligt svensk lag*. Alla ”svenska brott” kan faktiskt inte begås utanför Sverige. I det sammanhang som här är aktuellt är dock frågan om s.k. *territoriell tillämplighet* inte något problem, eftersom de brottstyper det kan bli fråga om inte är begränsade i sådant hänseende.

Vidare krävs att svensk domstol har s.k. *jurisdiktion*, dvs. rätt att döma. Huvudregeln när det gäller brott av svenska medborgare eller utlänningar som har hemvist i Sverige är att svensk domstol har jurisdiktion (2 kap. 1 § 1 st. 1 p. BrB). Men om gärningen är begången utomlands krävs som regel att det föreligger s.k. *dubbel straffbarhet* (BrB 2:2 st. 2): gärningen får inte vara fri från ansvar enligt lagen på gärningsorten. Om det föreligger dubbel straffbarhet får en svensk domstol ändå inte döma till en påföljd som anses strängare än det svåraste straff som är stadgat för motsvarande gärning på gärningsorten (BrB 2:2 st. 3).

Från kravet på dubbel straffbarhet finns ett antal *undantag*, av vilka vissa kan vara av intresse här. Svensk domstol har (BrB 2:3) alltid jurisdiktion om brottet har begåtts

- ombord på ett svenskt fartyg eller luftfartyg,
- av någon som tillhör Försvarmakten eller av annan på ett område där Försvarmakten befann sig för annat ändamål än övning,
- vid tjänstgöring utrikes av någon som är anställd i Försvarmaktens eller Polisens utlandsstyrka eller
- i tjänsten utom riket av polisman, tulltjänsteman eller tjänsteman vid Kustbevakningen med gränsöverskridande arbetsuppgifter enligt Schengenkonventionen.

Dessutom bortfaller kravet på dubbel straffbarhet alltid vid de allvarligaste brotten, nämligen de för vilka det lindrigaste straffet enligt svensk lag är fängelse i fyra år eller därutöver. Så är fallet beträffande mord och dråp och försök därtill, liksom vissa sexualbrott, nämligen grov våldtäkt, grovt sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning och grov våldtäkt mot barn.

Ytterligare undantag, som kan ha betydelse här, infördes i samband med den senaste ändringen av lagstiftningen om sexualbrott år 2005. En rad olika slags sexualbrott riktade mot unga har gjorts straffbara här i landet, oavsett vad som gällt på gärningsorten, om brottet har begåtts av en svensk medborgare eller en här boende utländsk medborgare. Vissa sexualbrott har som nämnts så högt minimistraff att de redan av det skälet är undantagna, som grov våldtäkt och grov våldtäkt mot barn (under 15 år). Men om brottsoffret ännu inte fyllt arton år har svensk domstol numera alltid rätt att döma om den utomlands begångna gärningen är våldtäkt, sexuellt tvång eller grovt sådant brott, sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning eller grovt sådant brott, våldtäkt mot barn, sexuellt utnyttjande av barn, grovt utnytt-

jande av barn för sexuell posering, koppleri eller grovt sådant brott samt försök till något av dessa brott (BrB 2:2 st. 4).

Däremot finns kravet på dubbel straffbarhet kvar när det gäller köp av sexuell tjänst, både från någon som är under arton år eller från en vuxen. Är det fråga om ett barn under 15 år är dock redan själva sexualhandlingen straffbar enligt svensk lag, nämligen som våldtäkt mot barn (den mindre allvarliga brottsrubriceringen sexuellt utnyttjande av barn förutsätter omständigheter som knappast kan föreligga här). I åldersspannet 15 – 18 år krävs för straffansvar fortfarande att våld eller hot har använts eller att offret varit ”i hjälplöst tillstånd” eller i en beroendeställning till gärningsmannen.

Det kan dock tänkas att gärningen, när det är fråga om köp av sexuell tjänst, kan knytas till Sverige i tillräckligt hög grad för att det ska anses vara ett brott begånget i – och således straffbart i - Sverige. Det gäller nämligen så snart något led i det brottsliga handlandet har ägt rum här i riket. Om en svensk har erbjudit betalning för en sexuell tjänst via brev eller mail från Sverige och den sexuella handlingen utförs utomlands kan det tänkas att gärningen bedöms som ett köp, eller åtminstone som ett straffbart försök till köp av sexuell tjänst i Sverige. En svensk domstol kan då döma (en svensk åklagare utfärda strafföreläggande) för detta brott.

# Den närmare innebörden av kravet på dubbel straffbarhet

---

Det räcker inte, för att besvara frågan om en gärning utomlands kan beivras i Sverige, att det föreligger vad man kan kalla *abstrakt* dubbel straffbarhet, dvs. att det finns en straffbestämmelse i gärningsortens lag som enligt sin lydelse är tillämplig på ett fall som det föreliggande. Vad som anges i brottsbalken är att jurisdiktion saknas ”om gärningen är fri från ansvar enligt lagen på gärningsorten”. Det betyder att det måste vara klarlagt att en domstol på gärningsorten verkligen skulle döma till ansvar för en gärning beskriven så som en svensk åklagare i sin stämningsansökan skulle beskriva den aktuella gärningen. Man brukar beteckna detta som ett krav på *konkret* dubbel straffbarhet.

Vad en svensk domstol har att göra för att pröva om kravet på dubbel straffbarhet är uppfyllt vid åtal för en gärning begången utomlands är alltså inte bara att konstatera om lagen på gärningsorten upptar ett brott som motsvarar gärningstypen ifråga. Den måste också pröva om landets straffrätt innehåller något annat som utesluter ansvar, t.ex. någon s.k. ansvarsfrihetsgrund som skulle vara tillämplig, eller ett krav ifråga om subjektiv täckning som inte skulle vara uppfyllt. I svensk rätt räcker det t.ex. med oaktsamhet när det gäller underårighet hos offret vid sexualbrott; även den som inte insåg men hade skälig anledning anta att flickan han hade samlag med var under 15 år kan dömas för våldtäkt mot barn (BrB 6:13). En motsvarande bestämmelser kanske inte finns i lagen på gärningsorten.

Domstolen måste undersöka hur det materiellt förhåller sig med straffansvar i det aktuella landet i en situation som den som den föreliggande. Att detta kan vara en mycket svår uppgift för en svensk domstol har Högsta domstolen konstaterat (NJA 1983 s. 425 och 1993 s. 292). Det kan bli nödvändigt för domstolen att sätta sig in i gällande praxis i det andra landet: brukar man meddela åtalsunderlåtelse i fall av detta slag, eller hanterar man i praktiken fallen i annan ordning än straffrättsligt? Vilken påföljd brukar komma ifråga och på vilken nivå brukar straffet ligga?

Kravet på dubbel straffbarhet är ett begränsande moment vid s.k. internationell rättshjälp. Genom att uppställa ett sådant krav anger Sverige att våra domstolar inte får användas för att genomdriva andra länders straffanspråk som saknar motsvarighet i svensk lag. Idag betraktas kravet som ett led i rättsskyddet för enskilda. En bidragande orsak till att Sverige år 1972 tillträdde den konvention varigenom kravet infördes (Europarådets konvention om brottmålsdomars internationella rättskraft) var erfarenheterna av de s.k. Polenaborterna några år tidigare (i mitten av 1960-talet). De svenska kvinnor som rest till Polen för att få abort – vilket då var lagligt där men inte i Sverige – hade begått brott enligt svensk lag, men ett beslut om abolition hade utfärdats för att undvika att de måste lagföras. Med ett krav på dubbel straffbarhet skulle sådana situationer undvikas. (Man noterar att förhållan-

dena idag är de omvända: abort är förbjuden i Polen, och om en svensk kvinna skulle ha genomgått en abort där skulle hon inte kunna straffas efter hemkomsten hit.)

# Straffbarhet i olika länder av gärningar som innebär risk för överföring av HIV-smitta: exemplet Danmark

---

I Danmark avskaffades år 1988 den särskilda lagen om könssjukdomar. I Folketinget uttalades då att grova tillfällen av smittspridning efter omständigheterna skulle kunna bestraffas enligt vissa bestämmelser i Straffelovens 25 kap. Ett åtal enligt § 252 i detta kapitel, där en man haft oskyddade samlag med ett stort antal kvinnor trots att han visste att han var HIV-infekterad, ogillades dock av Danmarks högsta domstol i ett fall år 1994 (U 1994.520). För att täppa till vad man såg som en lucka i lagen utformades då ett andra stycke i denna paragraf. Efter en revidering år 2001, innefattande en utvidgning av det kriminaliserade området, stadgas nu i 252 § 2 st. fängelse i upp till 8 år för den som på hänsynslöst sätt vållar fara för att någon smittas med en livshotande eller obotlig sjukdom. I ett tredje stycke anges att justitieministern efter förhandling med hälsovårdsministern fastslår vilka sjukdomar som omfattas av 2 st. För närvarande omfattas enbart HIV/aids.

För ansvar krävs alltså ett hänsynslöst tillvägagångssätt. Enligt doktrinen innebär detta krav att samlag efter informerat samtycke inte är straffbart. Ett enstaka samlag kan uppfylla kravet, t.ex. om partnern är minderårig eller det är fråga om våldtäkt. Gärningen ska vara täckt av uppsåt, också vad avser det som konstituerar hänsynslöshet.