

Kva er samtykke?

Juridisk oppgåva

BACHELOROPPGAVE (BOPPG30)

Politihøgskolen

2018

Nynorsk

Kand.nr : 673

Tal ord: 6388

Innhold

1	Innleiing og problemstilling.....	3
1.1	Oppgåva sine rammer	4
2	Kvifor juridisk metode?	5
3	Kva er samtykke?.....	6
3.1	Samtykke som uttrykkeleg (Personopplysningslova §2).....	6
3.2	Samtykke som informert og reelt (konfliktrådslova §11 og personopplysningslova §2)	7
3.3	Frivillig samtykke (Personopplysningslova §2).....	8
3.4	Tilbakekalling av samtykke.....	8
3.5	Samtykke gjennom konkludent åtferd.....	9
3.6	Hypotetisk samtykke	10
3.7	Samtykkekompetanse, manglande samtykkekompetanse.	11
3.8	Frå sivilretten til strafferetten	12
4	Samtykke i strafferetten	13
4.1	Valdslovbrot	16
5	Avslutning.....	18
6	Bibliografi	19
	Figur 1 - Er det eit gyldig samtykke? - (Mørch, Snoek, & Syse, 1998, s. 95).....	12

1 Innleiing og problemstilling

Eg har vald samtykke frå eit juridisk ståstad som tema for denne oppgåva. Frå Romerretten har ein uttrykkje «volenti non fit injuria» - den som samtykker, lid ingen urett. Ein tenkjer kanskje at det skal vera lett, «alle» veit jo kva eit samtykke er. Det er noko kvart enkelt menneske gjer kvar dag gjennom samhandling med andre. Gjennom vår autonomi er det mogleg å seia at det å samtykka er ein rett menneske har som individ. Omgrepet autonomi består av auto som tyder sjølv, og nomos som tyder styring på latin. Det er heilt grunnleggjande at menneske er sjølvstyrte individ og dette har ein absolutt etisk verdi¹, og burde ha ein absolutt rettsleg verdi.

I ulike lovverk så finner ein ofte kapittel med legaldefinisjonar eller definisjonar, der viktige omgrep for den aktuelle lova vert definert. I straffelova² er det ikkje slik med samtykke. Me lærar gjennom vår undervisning på Politihøgskulen at samtykke er ein ulovfesta straffefridomsgrunn. Formålet med denne oppgåva er å sjå om det er mogleg å gå i sivilrettsleg lov for å finna om det er eit felles grunnlag for kva eit samtykke må ha for å vera gyldig. Eller er det opp til påtalemyndigheitas subjektive oppfatning og vurdering av kvar situasjon som er eit grunnlag for om samtykket er gyldig.

Utifrå dette har eg utarbeida problemstillinga; «*Kva ligg egentleg i omgrepet samtykke og kva gjer det gyldig? Sett frå ein juridisk vinkel*»

Interessa for samtykke kom i løpet av praksisåret mitt gjennom politihøgskulen. Det var ei spesiell sak eg kom borti. Etter mitt syn så var det ei sak som stod på om det førelåg samtykke i handlingsaugneblikket. Fornærma og sikta hadde tidlegare vore eit par. Gjennom tidlege avhøyr av fornærma kom det fram at ho hadde oppfatta seg som mishandla både fysisk og psykisk. Eg byrja å arbeida med saka og kom fram til ei spesiell hending som vert ekstra viktig. Fornærma forklarte at det var hendt ein seksuell omgang som ho ikkje hadde samtykka til. Etter denne spesielle hendinga skal ho ikkje ha samtykka til fleire seksuelle omganger, men vore passiv til det som skjedde. Ho hadde tenkt at dei var eit par og at sikta dermed skulle få gjera det han ville med kroppen. Sikta derimot var einig i at dei hadde hatt seksuell omgang, men han meinte klart og tydeleg at det førelåg samtykke. Dette med grunngeving i at det fornærma likte det røft og at liknande ting hadde skjedd tidlegare som fornærma hadde villa gjera. Han meinte også at fornærma ville tydeleg klart å gi beskjed om det var noko ho

¹ (Mørch, Snoek, & Syse, 1998)

² (Lov om straff, 2005)

ikkje ville. Saka i seg sjølv er fascinerande, men for meg er det vorten det varierte synet på samtykke som er vorte ekstra interessant.

1.1 Oppgåva sine rammer

Samtykke som tema har skapa ein paraply over oppgåva, noko som har gjort det utruleg spennande å arbeida med denne oppgåva. Eg vil byrja med å prøva å forenkla samtykke og sjå på ulike vilkår som har framkommen frå ulike lovverk. For å finna vilkår for samtykke måtte eg inn i sivilretten. Vidare ser eg på korleis samtykket skal framkomma for at det skal vera gyldig eller ugyldig. For å belysa samtykke var samtykkekompetanse også naudsynt å komma inn. Samtykkekompetanse har spesielt vore framme hausten 2017 gjennom endringa i psykisk helsevernlova³, der det er krav om manglande samtykkekompetanse for å kunne tvangsinnleggast. Noko som betyr at alle menneske faktisk ikkje har rett til å styra over eige liv og denne endringa i lovverket er relevant for politiets arbeid med psykisk sjuke. Til slutt i oppgåva ser eg om dette er overførbart til strafferetten og korleis samtykke har kommen til uttrykk som straffefridomsgrunn. Etter innføring til oppgåvas juridiske metode går eg over til å belysa kva eit samtykke er og kva som må vera til stede for at det skal vera gyldig.

³ (Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern, (1999) Sist endret 01.09.2017)

2 Kvifor juridisk metode?

I denne oppgåva har eg vald å nytta juridisk metode for å belysa omgrepet samtykke. Det betyr at eg vil nytta ulike lovverk både strafferettsleg og sivilrettsleg for å sjå kva som ligg i eit gyldig samtykke. Vidare vil eg sjå om det er mogleg å overføra vilkår frå sivilretten til strafferetten. Samtykke er per dags dato ein ulovfesta straffefridomsgrunn, som betyr at det er ingen eigen paragraf som synleggjer korleis samtykke kan frigjera for straff. Slik som det er med andre straffefridomsgrunnar, henholdsvis naudverge, naudrett og sjølvtekt som ein finne i straffelovas §§17-19. I oppgåva vil eg nytta ulike straffebed for å sjå kor samtykke kjem inn. Det vil eg sjå om slik retten er, de lege lata⁴, er lik det retten burde vera etter mitt syn, de lege ferenda.

I strafferetten er straffelova (2005) og straffeprosesslova aktuelle. I tillegg var forarbeida til ny straffelov aktuelle å sjå på. Her har eg funnet informasjon i Ot.prp.nr.22 (2008-2009), Ot.prp.nr.90 (2003-2004), Prop. 57 L(2013-2014) og NOU 1983:57 Straffelovgivingen under omforming 1983.

I sivilretten har eg nytta meg av informasjon frå personopplysningslova, konfliktrådslova, psykisk helsevernlova, pasient- og brukerrettighetslova, transplantasjonslova og avtalerett. Her har eg funnet ulike vilkår som eg vil sjå på seinare i oppgåva. I forbindelse med sivilretten har eg vore innom psykologiske vurderingar av samtykkekompetanse.

Eg har sett på samtykkevurderingar frå ulike rettskjeldeforfattarar, slik som Johs.Andenæs, advokat Kjell V. Andersen, Steinar Fredriksen og Anne Marie Frøseth Anfinsen.

På Lovdata Pro har eg søkt på «samtykke», «samtykke som straffefridomsgrunn» og ulike formar for samtykke som kan gis. Dette for å finna saker der samtykke har vore nytta som straffefridomsgrunn. Eg har nytta meg døme frå Rt.2004 s.849, Rt. 1931 s.603 og s.605 samt 1936 s.459.

Eg nyttar dei ulike rettskjeldene for å sjå kva samtykke innebære, tolka desse og ser kva som ligg i dei konkrete orda. Dette for å sjå på moglegheita til å overføra vilkår frå sivilretten over til strafferetten til å kunna laga ein legaldefinisjon over samtykke. Eg vil sjå om desse vilkåra stemmer med gjeldande rett og om det stemmer med korleis samtykke burde vore nytta i strafferetten.

⁴ (Boe, 2012)

3 Kva er samtykke?

Samtykke er ein straffefridomsgrunn, men kva er faktisk samtykke? «Alle» har ei felles forståing av det, utifrå dei normene og reglane som finst samfunnet me lever i idag. Det er den samhandlinga me har med kvarandre i det daglege. Når ein person som du ikkje har sett på ei stund kjem bort og seier takk for sist og du svarar tilbake med eit «takkk for sist». Så samtykker du i kjennskap til person og at de har sett kvarandre tidlegare. Desse samtykka er trivielle, men det er likevel ikkje alle som faktisk kan samtykka til dei, noko som av og til gjer at samtykka vert ugyldige. Dette går på kvar enkelt sitt grunnlag til å bestemma over seg sjølv, også kalla autonomi, og om personane har noko som påverkar kva grunnlag dei har til å gi samtykke. Til å byrja med skal me gå gjennom kva vilkår som må vera der for at eit samtykke kan vera gyldig og korleis det vil kunna påverka vårt rettssystem.

Men kva er egentleg samtykke? I følgje ordboka er samtykke det å seia seg einig i noko. Er det noko meir, kan ein tillegga samtykke meir enn det å seia seg einig i noko? I straffelova har ein opp gjennom tida tillagt samtykke ein straffefriande verknad. Dette samtykket er ikkje lovfesta og den som gir samtykket gir også frå seg rettsvern innanfor strafferetten. I Noreg lever me i eit rettssamfunn, der ingen skal dømmast utan lov og me har alle ein rett til å bestemma over egne liv. I denne oppgåva har eg vald å henta informasjon frå sivilretten for å kunna sjå om det er noko som kunne vore mogleg å overføra til strafferetten for å belysa vilkår for samtykke.

Samtykke dreier seg til sjuande og sist om rettsikkerheit. I den grad me er einige med kvarandre, når det er samforståing mellom til dømes helsevesenet, behandlar eller vernepleiar i kommunen og personen det gjeld, er me vanlegvis i ein trygg posisjon. Det vil ikkje vera noko fare for rettsikkerheita når det er samhandling, samforståing mellom dei to partane. Det er fyrst når det oppstår ueinigheit, konflikt, at ein person ikkje ynskje å delta i noko eller ikkje forstår kvifor noko må gjennomførast, at me kan få eit rettsikkerheitsproblem. Derfor regulerer spesiallover som konfliktrådslova, personopplysningslova, lov om psykisk helsevern og avtalerett for å sjå om det kan oppstå fare for rettsikkerheita. Seinare i oppgåva vert det drøfta om dei sivilrettslege vilkåra har ein moglegheit til å overførast til strafferetten.

3.1 Samtykke som uttrykkeleg (Personopplysningslova §2)

Hovlid snakkar om at samtykke som gis i form av spreiking av bilete skal vera uttrykkeleg. I fylgje ordboka, både bokmål og nynorsk, tyder uttrykkeleg at det skal vera beintfram. Ting skal vera sagt med reine ord. Det skal ikkje vera mogleg å misforstå kva ein faktisk samtykke

til. Hovlid snakkar vidare om dette at når ein samtykke til å verta tatt bilete av, har ein då samtykka til at bilete vert delt i sosiale medium⁵. Visste ein at om bilete vert tatt så kan det delast blant fleire tusen. Var dette samtykket uttrykkeleg, eller eksplisitt? Vidare frå eksplisitt kan ein sjå at det er utfolda og forklart, då kan me sjå at samtykke skal vera informert, det ser me i konfliktrådslova.

Til dagleg så samtykker ein person til utruleg mykje ulikt. Me delar bilete, me godtar ved nokre få kryss på mobilskjermen at ein kan finna reklame som er tilpassa oss og dela informasjon om våre venner med meir. Dette er noko me som eit samfunn har bestemt oss for at skal fungera og me tillate meir og meir.

3.2 Samtykke som informert og reelt (konfliktrådslova §11 og personopplysningslova §2)

I følgje forarbeida til konfliktrådslova vises det til at dei har synleggjort at samtykket skal vera reelt og informert. Med det meiner dei at partane må vera klar over kva samtykket gjeld og kva, i dette tilfellet, konfliktrådsbehandlinga inneber. Personen som samtykke må ikkje utsettast for utilbørleg press. I straffesaker vert partane informerte om kva som vil vera dei påtalemessige konsekvensane av at samtykke ikkje vert gitt⁶. Der kan ein drøfta om det vil kunna tolkast som utilbørleg press.

Ein må vita kva ein samtykke til, altså kva som faktisk ligger i det ein seier seg einig i. Samt ein må vita konsekvensane det vil få dersom ein ikkje samtykke⁷. I tillegg til kva konsekvensane vil vera dersom ein ikkje samtykke så må ein vita kva omfanget av samtykket gjelder.

Er det mogleg at samtykket vert for informert? No til dags når ein skal samtykka til ulike mobilappar og informasjon som vert delt så er det vorte så mykje informasjon at ein skumleser om ein i det heila tatt les informasjonen, så trykkjer ein godtar. Sjølv i tilfelle det er viktig å vita kva ein samtykke så er det tendensar til at det vert for mykje informasjon. Tenk på forsikringspapir, eller samtykker i USA som no vert heilgardert slik at det ikkje skal vera mogleg å få eit søksmål tilbake mot seg.

⁵ (Hovlid, 2016)

⁶ (Prop. 57 L (2013 - 2014), 2014)

⁷ (Holmboe, 2016)

Det er dermed viktig at informasjonen ein får er så lettforståeleg at personen som samtykke forstår kva han samtykke til og omfanget.

Med reelt så tydar det at samtykket skal vera verkeleg og avtalen som vert samtykka til må vera ærleg. Dette går opp imot at samtykket skal vera informert, den informasjonen som framkjem skal vera den korrekte informasjonen. Dette er det same i avtalar gjennom avtaleretten, det skal ikkje ligga noko lureri i bakgrunnen og personar skal ikkje lurast eller tvingast inn i avtalar.

3.3 Frivillig samtykke (Personopplysningslova §2)

Når det kjem til frivillig samtykke så tyder det at det ikkje skal føreligga noko form for tvang eller pressmiddel for at samtykke skal gis. Det skal ikkje vera noko negativ følge dersom samtykket ikkje vert gitt. Ein kan her diskutera dette med at når politiet spør om samtykke vil det vera gitt frivillig? Eller når retten spør om ungdommen samtykker til konfliktråd, vil det kunne tolkast som frivillig og gjera at samtykket er gyldig, sjølv når trusselen om straff i andre enden er der. Holmboe⁸ drøftar dette nærare i sin artikkel. Ein kan også drøfta her om det er nok at det er ei kjensle av frivilligheit når samtykket vert avlevert. Eller føler personen at han eigentleg ikkje har noko val, kan ein likevel seia at det er avlevert frivillig. I nokre tilfelle så føreligg det situasjonar som kan oppfattast som tvangslignande, («strukturell tvang»), til dømes fordi samfunnet er innretta på ein slik måte at det faktisk ikkje er reelle valmoglegheiter. Om ein må ha GPS-sendar i bilen for å oppnå ei forsikringsavtale og det ikkje finnes ein valmoglegheit utanom det, så kan ein sjå på det som strukturell tvang. Dette er henta utifrå personopplysningslova og deling av opplysningar og det skal truleg mykje til for at slik strukturell tvang gjer at frivilligheitskravet ikkje er tilfredsstilt⁹. Det ville vore mogleg å gått meir i djupna angående strukturell tvang og korleis det påverke samtykke, men på grunnlag av oppgåva sin storleik har eg vald å avgrensa det.

3.4 Tilbakekalling av samtykke

Når ein tenkjar på samtykke så er det viktig å også vita at samtykke til ei kvar tid kan tilbakekallast. Dersom det vert tilbakekalla så er det automatisk ugyldig. Det betyr at dersom ein person gir uttrykk for at han vil ha sex, heilt fram til ein kjem fram til at alle kleda er av og ein er klar til å hoppa til sengs, men så ombestemme personen seg. Då er samtykket til sex trekt tilbake, om den andre parten fortsette akta vil det oppstå eit brot på straffebodet valdtekt

⁸ (Holmboe, 2016)

⁹ Lovkommentar av Dag Wiese Schartum 18.10.2012, til personopplysningslova §2.

etter strl §291. Dersom den motsette parten sovnar før akta startar og den andre fortsette, så vil det oppstå mogleg brot på strl §291 b, dette fordi den sovande parten ikkje då er i stand til å trekkja tilbake samtykket om den ikkje vil lenger.

Det finnes ulike måtar å gi eit samtykke på, derfor finnes det ulike måtar å trekkja tilbake samtykket på også. Så lenge det ikkje oppstår situasjonar der personen er ute av stand til å trekkja tilbake samtykket, som i dømet ovanfor. Det er ikkje naudsynt å tilbaketrekkja samtykket på same måte som det vert gitt på. Ein kan gi det munnleg og trekkja det tilbake skriftleg. Så lenge det vert trekt tilbake så vert det ugyldig. No skal me sjå på ulike måtar for at eit samtykke kan gis. Den fyrste vil vera samtykke gjennom konkludent åtferd. Vidare i oppgåva vil ulike døme visa korleis samtykke gjennom konkludent åtferd kan gis i strafferetten utan at det vert betenkelig eller at problem vil oppstå¹⁰.

3.5 Samtykke gjennom konkludent åtferd

Konkludent åtferd er samtykke som vert gitt på bakgrunn av åtferda som vert gjort. Ein kan til dømes seie at ein er på ein dans og den du liker lener seg innmot deg. Dersom du då vel å lena deg i møtes og kysser vedkommande, så er dette konkludent åtferd. Eit anna døme er når du er på butikken og om du legg ei vare ned i vogna di så er det stort sannsyn for at du skal kjøpa den. Du kan sjølvstilt ombestemma deg og levera vara tilbake, det kan samanliknast med eit samtykke som vert trekt tilbake. Det er mange faregrøper når det kjem til samtykke gitt ved konkludent åtferd.

Til dømes kan ein tilleggja nokon ei åtferd, som avsendaren ikkje meinte skulle vera der. Det er her ein del av valdtektssaker vil komme inn, mange kvinner vil «frysa» når ein føler seg underdanig og trua. Kan sjå dette mot psykologien og omgrepet «fight, flight or freeze»¹¹. Dersom dei kanskje var med på litt kyssing, men noko som gjer at motparten trur at samtykke til meir er til stede, men samtykke er ikkje alltid gitt der. Det er dermed vanskeleg å vita om samtykke faktisk er der. Noko som kan gjera at ein hamnar i ei valdtektssak. Dersom samtykke til samleie er gitt tidlegare på kvelden, men ein av dei sovnar vil situasjonen vera slik at samtykket ikkje kan trekkast tilbake. Det gjer det tidlegare samtykket ugyldig.

Ein kan også ta inn kultur og sedvane her, nokre kulturar har ulike handlingar og handlingsmønster noko som gjer det vanskeleg å forstå kva som faktisk er meint og kva som

¹⁰ (Andersen, Strafferettslig samtykke, 1992)

¹¹ (Risan & Skoglund, 2013)

er gjort. I tillegg er det viktig å nemna habilitetsproblem, dersom ein person med psykisk utviklingshemming samtykker til seksuell omgang, så er det ikkje sikkert den personen veit kva han samtykker til. Sjå kapittelet om samtykkekompetanse for meir rundt dette.

3.6 Hypotetisk samtykke

Eit hypotetisk samtykke vil oppstå når gjerningspersonen enten veit eller trur at dersom fornærma var blitt spurt så ville det vore eit samtykke til stades. Det er ikkje når gjerningspersonen trudde det førelåg eit samtykke før handlinga (villfaring), men når han visste det ikkje var eit samtykke og trudde han ville fått det om han hadde spurt¹². Det er for så vidt ein hypotese om at dersom den andre personen vert spurt så ville det vore eit samtykke på plass. I vårt rettssamfunn må ein sjå på to spørsmål for å sjå om eit hypotetisk samtykke føreligg og om det vil kunne vera rettskraftig¹³. «Ville fornærma ha samtykka dersom han vart spurt?» og «Trudde gjerningspersonen at han ville fått samtykke dersom han hadde spurt?». Dersom ein kan svara på dei spørsmåla vil ein kunna sjå på det subjektive i forbindelse med samtykket og korleis det vil kunna utarta seg som straffefridomsgrunn.

Andorsen har sett på hypotetisk samtykke og kor akseptert det er i norsk rett¹⁴. I beste fall så er det eit usikkert spørsmål som Andorsen har gått gjennom ulike rettsavgjerelsar for å avgjera, der han er kommen fram til at det var veldig avhengig av kva dommar ein hadde¹⁵. Det mest vanlege er å setja hypotetisk samtykke mellom reelt samtykke og naudrett i staden for som ein eigen rettmessigheitsgrunn.

I tillegg til desse formane for samtykke har me eit veldig svakt samtykkegrunnlag som ein kallar for presumert samtykke, det er på veg ut, men det ligg i transplantasjonslova §13, andre ledd¹⁶. Eit samtykke der ein antar at ein avdød personen ville hatt samtykka til organdonasjon dersom personen hadde vore spurt i forkant, i praksis krev det samtykke frå dei næraste. Mørch, Snoek og Syse nemne fleire samtykkegrunnlag som vart nytta som godkjent på 1960 åra, men dei er på veg vekk. Som til dømes eit konstruert kvasisamtykke, det oppstår med eit mislykka sjølvmondsforsøk og ein startar livreddande behandling, eller ein seier at eit inngrep er det beste for pasienten¹⁷.

¹² TfR s.305-475 (Andorsen, Strafferettslig samtykke, 1992)

¹³ TfR s.305-475 (Andorsen, Strafferettslig samtykke, 1992)

¹⁴ (Andorsen, Strafferettslig nødrett, 1999)

¹⁵ TfR s.429 – 440 (Andorsen, 1992) spesielt s.430 -33, der han har analysert dei ulike rettsavgjerelsane.

¹⁶ (Transplantasjonslova, 2015)

¹⁷ (Mørch, Snoek, & Syse, 1998)

3.7 Samtykkekompetanse, manglande samtykkekompetanse.

Det som har vore vanskeleg å finna noko informasjon om i lovverket, spesielt straffelova, er samtykkekompetanse. I følgje Mørch et.al¹⁸ er det tre vilkår som må vera hjå ein person for at han kan gi eit gyldig samtykke.

1) *Samtykket må gis av ein med personell kompetanse.*

Det består av to vilkår:

- a) Personen må vera den som har rett til å gi samtykket. For ungar under 12 år så har foreldra samtykkekompetansen for borna. Mellom 12 til 15 (16) år har dei som regel delt samtykkekompetanse med foreldre. Etter dette når ein ulike livsområde og lovbestemte alderssteg som gir sjølvbestemmelsesrett og samtykkekompetanse.
- b) Personen som gir samtykket må ha nok *habilitet* til å gi samtykket. Det tyder at personen må forstå situasjonen og samtykket sine konsekvensar.

2) *Samtykket må vera gitt på ein formriktig måte, det kalles prosessuell kompetanse.*

Prosessuell kompetanse består av tre vilkår:

- a) Det må vera avgitt frivillig, basert på korrekt og forståelsesfull informasjon.
- b) Samtykket må ha den kvaliteten som kreves frå den gitte situasjonen.
- c) Om det krevst spesielle formkrav for eit samtykke, må desse formkrava vera oppfylte. Om det er krav til at samtykket skal vera gitt skriftleg for å vera gyldig, vil det ikkje vera tilstrekkeleg med eit munnleg samtykke.

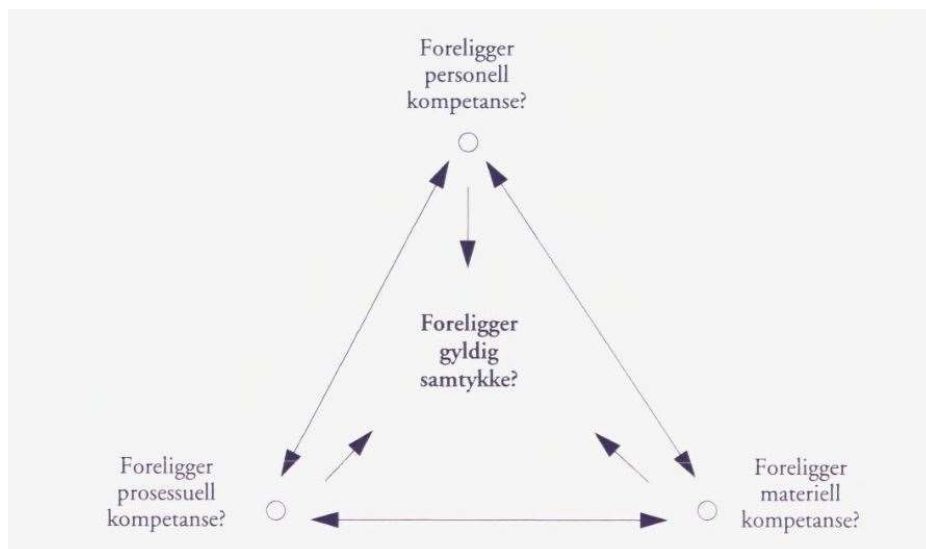
3) *Samtykket må gjelda eit saksområde som personen faktisk kan samtykka til, det vert kalla materiell kompetanse.*

Foreldre kan til dømes ikkje samtykka til risikofylte prosedyrar som går utover det som er til barnet deira sitt beste. Straffelova¹⁹ har også ulike materielle grenser for kva ein person med samtykkekompetanse kan samtykka til. Etter strl §276 kan samtykke vera straffefriande til eit vist nivå, men det frigir ikkje for straff ved drap eller hjelp til drap.

¹⁸ (Mørch, Snoek, & Syse, 1998)

¹⁹ (Lov om straff, 2005)

Mørch²⁰ forklarer at alle vilkåra må vera på plass for at det gitte samtykket er gyldig, om eit av dei forsvinn, vil samtykke bli ugyldig. For å illustrera dette har Mørch et.al nytta ein trekant som viser at dersom eit hjørna forsvinn så vil samtykket vera ugyldig.



Figur 1 - Er det eit gyldig samtykke? - (Mørch, Snoek, & Syse, 1998, s. 95)

Dette er ei grei illustrering av samtykke, men det visar også at det er krav til mykje kompetanse frå personen som skal gi samtykket. I løpet av hausten 2017 har det vore ei endring i psykisk helsevernlova²¹, noko som har tatt opp diskusjonen på dette med samtykkekompetanse og dei som skal vurderer om personar faktisk har manglande samtykkekompetanse. Det grunnleggande er at dersom personen klart og tydeleg ikkje forstår omfanget av samtykket, så kan det konkluderast med at det er manglande samtykkekompetanse til stades. Det som er vanskeleg, er at personen kan mangla kompetanse til spørsmål om innlegging, men vera fullt kompetent til å bestemma rundt kva behandling han skal få. Det har vore ein lang diskusjon, men det er ulike ting der som er interessante å sjå om er overførbare til straffelova.

3.8 Frå sivilretten til strafferetten

Me har no prøvd å finna ein definisjon for samtykke og sjå kva vilkår som må vera til stades for at eit samtykke er gyldig. Det må altså vera frivillig, uttrykkeleg, reelt og informert. Så finnes det ulike måtar samtykket kan gis på, skriftleg, munnleg, gjennom handling eller elektronisk. Me har også sett på ulike typar samtykke, hypotetisk og presumert samtykke. Til

²⁰ (Mørch, Snoek, & Syse, 1998)

²¹ (Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern, (1999) Sist endret 01.09.2017)

slutt såg me på samtykkekompetanse og kva som gjer at ein har eller ikkje har det etter psykisk helsevernlova. Vidare i oppgåva skal me no sjå på samtykke som straffefridomsgrunn i ulike deler av straffelova.

Vilkåra som me har sett på skal dermed sjåast opp imot dei ulike straffeboda.

4 Samtykke i strafferetten

Det finnes ulike vilkår som må oppfyllest for at ein kan straffast, dette går igjen på rettsikkerheita til kvar enkelt person. Det er lovfesta i EMK art.7 nr 1 og vidare bygd i Grunnlova §96 første ledd og Straffelova §14. Desse seier at ingen kan straffast utan lov. Her har lovgivarane bestemt at det er fire vilkår som skal vera oppfylt for at nokon kan straffast. Desse er både objektive og subjektive.

Det er to objektive vilkår. Den fyrste seier at det må handlinga som er gjort må vera eit brot på eit straffebod. Vidare så må det ikkje føreligga ein straffefridomsgrunn, dei mest vanlege er naudrett, naudverge eller sjølvtekt og er lovfesta i strl §§17-19. Samtykke er også ein slik straffefridomsgrunn, den er ulovfesta, noko som har gjort at det må ei vurdering i kvar rettsavgjering for om samtykke kan vera straffefriande eller om det vil kunne gi redusert straff²². I denne oppgåva vert samtykke som straffefridomsgrunn vurdert mot dei ulike lovboda, med hovudfokus på valdskapittelet. I mange av dei andre er det slik at dersom det føreligg samtykke så er det ikkje ei straffbar handling. Ein av grunnane til at samtykke ikkje er lovfesta er fordi det må ei rettsavveining til i kvar sak om samtykket føre til straffefridom.

Dei subjektive vilkåra er at gjerningspersonen må vera klar over handlinga han gjorde, han må ha utvist subjektiv skyld. Dette kan vurderast opp mot samtykke som straffefridomsgrunn, gjerningspersonen må vera klar over at det ikkje var samtykke frå fornærma når handlinga vert gjort. Dei ulike formane for subjektiv skyld er regulert i strl §§21-26, hovudregel er at det skal føreligga forsett for den aktuelle handlinga jmf strl §21. Vidare må personen vera strafferettsleg tilregnelig på gjerningsaugneblikket jamfør strl §20.

I følgje Anfinsen²³ gir grensene for samtykkets verkeområde i strafferetten ofte seg sjølv ved ei tolking av det konkrete straffebodet. Ho seier vidare at det er ei lovfesta absolutt grensa for samtykkets verkeområde når det kjem til vald og legemsskade, den finner me i strl §276

²²Samtykke som straffefridomsgrunn er nøye gjennomgått av Andorsen i TfR s.306- 472 (1992). Han har nytta seg av gamal straffelov (av 1992) ved gjennomgangen. Det er likevel mogleg å overføra mykje av det til ny straffelov av 2005.

²³ (Anfinsen, 2002)

(gamal straffelov §235). Dette er ei interesseavveining mellom den strafferettslege beskyttelsen mot legemskrenkelse og vår eigen råderett over legem. Denne interesseavveinga er interessant og det vil vera spennande å sjå om dette kan trekkjast vidare når ein skal vurderer samtykke opp mot andre straffebod. Sjølv om Anfinen meiner at det er tolkinga i konkrete straffebod som avgjer om samtykke har ein verknad, så har både Andorsnes og Andenæs gått djupare inn på ulike straffebod for å sjå korleis samtykke som straffefridomsgrunn kjem til verke.

Etter NOU 1983:57²⁴ så kunne samtykke som straffefridomsgrunn delast inn i to ulike hovudgrupperingar. Den eine gruppa er der samtykke tydeleg vert straffefritt uttrykkeleg etter straffebodet. Slik som strl §276 fyrste ledd, medan strl §276 andre ledd gjer at ei handling kan verta redusert straff. Den andre gruppa er gruppa der samtykket ikkje uttrykkeleg kjem til uttrykk i straffebodet og det krevjes ei tolking av dei ulike straffeboda og handlinga som vert gjort. Ein ser dermed på andre slutningar som har vore og om handlinga hadde eit fornuftig og formålstenelig formål eller ikkje. Ein går dermed inn på kvart enkelt straffebod og tolke.

I følgje Andenæs²⁵ kan ein sjalta ut dei straffeboda som er meint å verna om dei offentlege interessene. Ingen privat person kan samtykka til ei krenking av offentlege interesser. Det offentlege har heller ikkje lov å dispensera frå lova om det ikkje er spesielle heimlar til det, slim som i strl §167, der ein treng tillating frå offentlegheita til å driva verksemd og eit manglande samtykke her vil medføra straff.

Vidare kjem samtykke så vidt inn i strl §237 andre ledd ang. smitteoverføring, der ein ikkje ynskje å blanda seg inn i om personen som mottar smitten eller utsett seg for smittefaren har samtykka på forhand. Dette er drøfta i forarbeida til ny straffelov av 2005²⁶, og ein ser at gjeldande rett var at samtykke frå den som vert utsett for smitte ikkje fritar for straff. Departementet har sett på rettstilstanden til dei andre nordiske landa og kommen fram til at ein generell samtykke regel kan ikkje nyttast. Dette fordi det vil kunne oppstå vanskelege bevisspørsmål på om det er gitt eit informert samtykke. Departementet kom dermed fram til i ny straffelov(2005) §237 anna ledd som gjer at dersom ektefelle, registrert partner eller sambuar vert utsett for smitta, men vedkommande har samtykka til det. Så fritar det smitteberar for straff.

²⁴ (NOU 1983:57 Straffelovgivningen under omforming, 1983)

²⁵ (Andenæs, Alminnelig strafferett, 2016)

²⁶ Jf. Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s.120 (kap. 4.8)

Når det kjem til nokre straffebod så gjer eit samtykke handlinga heilt straffefri, enten på bakgrunn av at handlinga faktisk ikkje overtrår eit straffebod (jmf det fyrste objektive vilkåret) om det føreligg eit samtykke. Slik som tjuveri etter strl §321, dersom A samtykker til at B kan ta ein gjenstand frå seg, så er det ikkje lenger eit tjuveri²⁷. Sjå på det same med brukstjuveri av motorvogn strl §342, dersom ein spør om lov til å låna bilen og får tillating til lånet så er samtykket gitt. I lova så er eit vilkår at den som skal straffast må ha brukt eller forføya seg over ei motorvogn som han ikkje har rett til. Når samtykke er gitt har vedkommande rett til å bruka den. Dersom den som nyttar seg av motorvogna derimot vel å skada køyretøyet når han nyttar det så kan han straffast for skadeverk etter §351. Dette skadeverket vil vera eit brot på bodet, sjølv om eigar samtykke til skada på køyretøyet. Om eit slikt tilfelle oppstår vil samtykke kunne vera ein straffefridomsgrunn eller at lågare straff kan vurderast.

Det vil også vera interessant å sjå på dokumentfalsk. Straffebestemminga i strl §§361 og 362 vert betrakta som eit vern av offentlege interesser og at dokument skal vera ekta. Handlinga i seg sjølv er straffbar, men i nokre tilfelle så samtykker personen som har sitt namn som underteikna. Høgsterett har etter vakling og vurdering antatt at liknande lovbod frå gamal straffelov (1902) gjer at samtykke frå personen som får namnet etterskrevet og gjer overtredinga straffri, jf. Rt 1931 s.603, 1931 s.605 og 1936 s.459. I mangel av nye haldepunkt til ny straffelova bør det vurderast om det kan vurderast på same måte i ny straffelov.

«retten feilaktig har gaatt ut fra, at de i dommen omhandlede brennevinsbestillinger ikke kunde ansees som eftergjorte, fordi Olaf Sivertsen, hvis navn var benyttet, hadde samtykket deri»²⁸.

Ein må kunne vurderer det mot sikkerheita til det offentlege og korleis det vert oppfatta. Vidare skal me så vidt innom seksuallovbrot i strafferetten før me går over til valdslovbrot.

I hovudsak så vil eit samtykke frå fornærma gjera at den seksuelle omgangen ikkje er straffbar, slik som med tjuveri. Det er fråværet frå samtykket som gjer handlinga straffbar, jf strl §291 valdtekt. Det er sterke krav til at personen sin modenheit og at fornærma skal vera klar over kva han samtykker til. Det er også krav om at personen skal kunna trekka tilbake samtykket på kva tidspunkt som helst. Samtykket må føreligga når handlinga vert gjennomført. Det er eigne lovbod som regulere samleie med born under 16 år og under 14 år, fordi sjølv om kanskje modenheita er til stede for samtykke så vil ikkje det vera frigivande.

²⁷ Jf. Ot.prp.nr.90 (2003-2004) (kap. 9.2.2)

²⁸ Rt. 1931 s.603, kor samtykket gjorde at tiltalte vert frikjent grunna samtykket.

Ein har her regulert eigne aldersgrupper fordi sjølv om utviklinga og personen kan samtykka til andre ting, så er det så alvorleg at ein kan ikkje samtykka til dette. Her har ein dermed satt ei grensa for samtykkekompetanse. Dersom dei involverte er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling så er det moglegheit for straffbortfall jf.strl §308.

Vidare kan ein også sjå på tvang og friheitsberøvelse. Der me i mindre tilfelle let personar ta frå oss fridommen, så er det framleis eit brot på straffebodet, men samtykket vert straffriande. Som til dømes ved eksamen, når ein sitt i eit lite eksamenslokale og ikkje kan gå nokon plass så har ein samtykka til at dette skjer. Men dette samtykket gjer at det ikkje er straffbart. Det same skjer når studentane dukkar opp på skulen til obligatoriske timar, fordi om ikkje vil ein ikkje få godkjent faget. Dette oppmøtet er ein del av konkludent åtferd. Studentane godtar også obligatorisk oppmøte kvart semester ved å huka av godkjent på nettet. Dette er den type samtykke som mange per dags dato kanskje ikkje tenkjer over.

4.1 Valdslovbrot

I nokre tilfelle har ein gjort det så «enkelt» at ein har enten oppretta eige lovverk for å definera ulike sider av samtykket og for å sjekka omfanget. Til dømes innan idretten er det eigne reglar for kva som er lovleg og kva som ikkje er lovleg innanfor dei ulike idrettane. Dette er idrettar der det er fare for kroppsskadar eller kroppskrenkelsar, som kampsport, boksing, fotball eller ishockey m.fl. Når ein meldar seg til idretten kjem ein inn i eit regelverk som regulerer kva som er lov med eit eige system for straff. Skader som oppstår i sporten vil dermed sjeldan verta meldt til politiet som kroppskrenkelse (strl §271) eller dei meir alvorlege skadane (strl §§272-274). Vidare om korleis samtykke gjennom konkludent åtferd kjem inn i idretten er nøye gjennomarbeida av Andorsen²⁹ og korleis dette påverke strafferetten. Det er eit spørsmål om spelarane forstår omfanget av samtykket sitt. At dei forstår risikoen med sporten, faremomentet, og konsekvensane av kva samtykket gir.

Eit anna døme er organdonasjon, det er lovleg, i gitte tilfelle. Det er til dømes ikkje tillatt for ein person å gi sitt liv for ein anna. Dersom du hadde vore sjuk og kanskje hadde berre to månadar igjen å leva, så kunne ein ikkje donert vekk noko som ville fortgjera den prosessen. Det vil vera aktuelt å donera vekk ei nyra eller andre ting som ikkje gjer at livet til personen som donerer vekk noko er trua. Dette er meir utarbeida i transplantasjonslova³⁰. Der er det også utarbeida kva som krevst av samtykke og om ein person kan donera velja å donera vekk

²⁹ I TfR kap.2, s. 323-345. (Andorsen, Strafferettslig samtykke, 1992)

³⁰ (Transplantasjonslova, 2015)

sitt lekam til medisin og andre ting. Om ein kan anta at personen ville samtykka til det dersom forholda elles var til stede, presumert samtykke, så er ikkje det alltid like gyldig. Det er mange ulike områder ein kan gå innpå i strafferetten ang medisinsk og donasjon. Her er mange regulert i eigne lovverk og for oppgåva si storleik har eg vald å ikkje gå innpå fleire enn eit. Andenæs³¹ nemnar eit tilfelle som vart straffriande grunna samtykke var ein person som mot betaling gav ein medisinstudent rett til å saga av peikefingeren på venstre hand for å trenast seg på amputasjon. Her var ein enkelt finger ikkje «ein viktig kroppsdel» jf. Strl §11 fyrste ledd og ein finger vert heller ikkje sett som «vesentleg vansira» hjå offeret.

Etter strl §276 anna ledd så fritar ikkje samtykke for drap (strl §275) eller for grov kroppskade med betydeleg skade på ein annans kropp eller helse (strl §274 anna ledd), men det kan gjera at ein får under minstestStraff. Personen som samtykke må vera samtykkekompetent i handlingsaugneblikket. I HR-2000-25-A – Rt.2000.646 vert ein lege tiltalt for medlidenheitsdrap, personen som samtykka var samtykkekompetent og legen gjorde dette for å følgja pasientens ynskjer. Det enda likevel med at Høgsterett kom fram til at fornærma sitt samtykke ikkje førte til straffriheit.

Det er ikkje naudsynt at den som samtykke er myndig, det er naudsynt at personen har nådd den alder og modenskap som gjer at han kan forstå og vurdera handlinga. Dette er vist til i ein sak frå Rt.2004 s.849 der ei 15 år gamal jenta nesten har «mast seg» til at ein annan vaksen narkotikamisbrukar satt ei sprøyta med amfetamin. Her kom Høgsterett fram til at jentas låge alder ikkje var til hinder for at ho skjønnte rekkevidda av handlinga og var i stand til å vurdera konsekvensen. Så på spørsmålet om jenta sitt samtykke ville vera straffriande for brot på legemsfornærmelse etter gamal straffelov (1902) §235 (Ny §276), her vert samtykke frå jenta vurdert til at handlinga vert straffriande.

Det er mange straffebod me ikkje har hatt høve til å gå innpå grunna oppgåvas rammer. Men me har sett på valdslovbrot i strafferetten, samt belyst korleis samtykke kan verna personlege interesser og offentlege interesser. Me har sett at modenskap og vurdering av konsekvensane i samtykket har gjort at sikta har vorten straffri i dommar. Me har sett at det føreligg litt rettspraksis, men at mykje er henta frå forarbeid til ny straffelov.

³¹Dømet er frå Andenæs s.197, han visar også til Skeie (Andenæs, Alminnelig strafferett, 2016)

5 Avslutning

I byrjinga av oppgåva hadde eg tenkt å gå i djupna på samtykke i forbindelse med vald og seksualforbrytingar. Jo meir eg arbeida med oppgåva jo fleire problemstillingar oppstod i forbindelse med samtykke og kor i strafferetten det kom inn. Sida det ikkje står definert nokon plass kva samtykke må omfatta for å vera straffefriande, vil eg argumentera for at det har vore nyttig å henta informasjon frå andre lovverk. Eg trur også det vil vera relevant å få ei legaldefinisjon av samtykke, der ein ser kva samtykket må innebera for å vera gyldig.

Det er dei same vilkåra som har oppstått uansett kor i lovverket eg har leita. Det gjer at for at eit samtykke skal vera gyldig så må person som har samtykkja forstått kva han samtykker til og konsekvensane av hans samtykke. Ergo samtykkets innhald må vera informert til personen. Denne personen må også vera den rettmessige eigar av samtykket. Med det meiner eg at personen faktisk må ha rett til å samtykka til den handlinga som kjem. Eg kan ikkje samtykkja til at nokon slår bror min. Då er me heller over i medverknad.

Samtykke må også vera gitt frivillig, noko som me såg tidleg i oppgåva, gjorde at det ikkje skulle føreligga nokon form for tvang eller ei straff i enden dersom samtykket ikkje vert gitt.

Dersom dette hadde kome inn i strafferetten, under til dømes legaldefinisjonane, så kunne det vore lettare for lekmannen å vita når det faktisk er reelt å samtykka til noko. Mykje av dette seier seg sjølv, men ein definisjon av samtykket kunne vore på sin plass. Så vil straffefridommen eller reduksjonen i straffa vera avhengig av kor mykje vekt ein skal tillegga eit samtykke. Det ville uansett ha bidratt til å vita når samtykket er reelt eller ikkje. Eller som ein også seier det, det ville vore lettare å vita når samtykket er gyldig eller ikkje.

Vidare på gyldigheita, så kunne ein i forarbeida til ein legaldefinisjon laga ein oversikt over kva som ligg i samtykkekompetanse. Me har sett at aldersgrensa til personen som gir samtykke har variert med kva ein skal samtykka til og modenskapen og utviklinga til personen, samt kor mykje ein eventuelt skal tillegga det gitte samtykket. I nokre tilfelle så vil det ikkje vera aktuelt med samtykke uavhengig av alder, og uavhengig av om føresette samtykker. Ei enkel oversikt ville likevel kunne bidratt til at ein har ei enklare forståing av samtykke, i staden for at ein no i dag har eit samtykke som variere med samfunnet me lever i.

6 Bibliografi

- Andenæs, J. (2008). *Spesiell strafferett og formuesforbrytelse*. (K. V. Andorsen, Red.) Oslo: Universitetsforlaget.
- Andenæs, J. (2016). *Alminnelig strafferett* (6.utgave. utg.). (G. F. Rieber-Mohn, & K. E. Sæther, Red.) Oslo: Universitetsforlaget.
- Andorsen, K. V. (1992). Strafferettslig samtykke. *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 105, ss. 305-475.
- Andorsen, K. V. (1999). *Strafferettslig nødrett*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Anfinsen, A. M. (2002). *Grensene for samtykkets virkeområde i strafferetten og erstatningsretten*. Hentet Januar 20, 2018 fra Idunn.no:
https://www.idunn.no/jv/2002/04-05/grensene_for_samtykkets_virkeomrade_i_strafferetten_og_erstatningsretten
- Boe, E. M. (2012). *Grunnleggende juridisk metode, en introduksjon til rett og rettstenking*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Eide, E. (2016). *Bevisvurdering, usikkerhet og sannsynlighet* (1. utg.). Oslo: Cappelen Damm.
- Fredriksen, S. (2013). *Innføring i straffeprosess* (3. utg.). Oslo: Gyldendal Juridisk.
- Fredriksen, S. (2016). *Lovbrudd, skyld og straff. Hovedlinjer i alminnelig strafferett*. (1. utg.). Oslo: Gyldendal Juridisk.
- Fredriksen, S. (2017). *Norm, skyldkrav og straffetrussel, utvalgte emner fra spesiell strafferett*. Oslo: Gyldendal juridisk.
- Holmboe, M. (2016). Reelt og informert samtykke til ungdomsstraff og ungdomsoppfølging. *Tidsskrift for strafferett* (16) 3, ss. 215 - 237.
- Hovlid, E. L. (2016). *Tidsskrift for Rettsvitenskap Vol. 129 02-03/2016*. Hentet januar 15, 2018 fra Idunn.no:
https://www.idunn.no/file/pdf/66882372/krenkelser_ved_offentliggjoering_av_private_opplysninger_og_.pdf

- Justis- og beredskapsdepartementet. (1983, november 4). NOU 1983:57 Straffelovgivningen under omforming. *Straffelovkommisjonens delutredning 1*. Oslo. Hentet fra https://lovdata.no/pro/#document/NOU/forarbeid/nou-1983-57/KAPITTEL_18-3
- Justis- og beredskapsdepartementet. (u.d.). 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 lovgiving)*. Oslo.
- Justis- og politidepartementet. (u.d.). Ot.prp.nr.90 (2003-2004). *Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)*. Oslo. Hentet fra <https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/otprp-90-200304>
- Konfliktrådsloven. (2014). *Lov om konfliktrådsbehandling*. Hentet januar 13, 2018 fra <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2014-06-20-49?q=konfliktrådslov>
- Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern. ((1999) Sist endret 01.09.2017). *Psykisk helsevernloven. Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern*. Hentet mars 8, 2018 fra [https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1999-07-02-62?q=psykisk helsevernlova](https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1999-07-02-62?q=psykisk%20helsevernlova)
- Lov om straff. (2005, mai 20). *Straffeloven*. Hentet april 08, 2017 fra <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2005-05-20-28?q=straffelov>
- Mørch, W.-T., Snoek, J. E., & Syse, A. (1998). *Frivillighet og tvang i behandling av barn og ungdom*. Oslo: Ad Noram Gyldendal AS.
- Prop. 57 L (2013 - 2014). (2014, april 4). Oslo, Noreg: Justis- og beredskapsdepartementet (ved Solberg regjering). Hentet januar 15, 2018 fra <https://min.rechtsdata.no/#/Dokument/gPROP57z2E14z2DMP11>
- Risan, P., & Skoglund, T. H. (2013). *Psykologi i operativ tjeneste, stress og psykiske lidelser*. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Rognsaa, A. (2003). *Prosjektoppgaven, krav til utforming* (2. utg.). Oslo: Universitetsforlaget.
- Transplantasjonslova. (2015, mai 07). *Lov om donasjon og transplantasjon av organ, celler og vev*. Hentet mars 20, 2018 fra https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2015-05-07-25?q=transplantasjonsloven#KAPITTEL_1

Utlendingsloven. (2008). *Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her*. Hentet april 08, 2017 fra <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2008-05-15-35>