

**Forelesninger i rettskildelære/metodelære.**

**Høstsemesteret 2012.**

**Emne: DOMSTOLENE**

1. Innledning, problemstilling
  - 1.1. To problemer:
    - 1.1.1. Som selvstendig rettskildefaktor - dommerens forhold til eldre dommer
    - 1.1.2. Domstolenes rettsskapende virksomhet - dommerens forhold til lovgivningen
  - 1.2. Hvem er rettsanvender?
  - 1.3. Oversikt over drøftelsen videre
2. Noen grunnleggende betraktninger omkring domstolenes rettsskapende virksomhet - i rettshistorisk perspektiv og i vår samtid
3. Spesielt om domstolenes rettsskapende virksomhet ved nye spørsmål som dukker opp
  - 3.1. Hensyn de lege ferenda
    - 3.1.1. Lovgiver skal som utgangspunkt gi generelle regler, domstolene konkrete
    - 3.1.2. Frivillighet contra tvang
    - 3.1.3. Omfanget av reguleringen. Forholdet til det øvrige regelverk
    - 3.1.4. Forarbeidet, grunnlaget for å gi regler
    - 3.1.5. Vurderingsfriheten
    - 3.1.6. Resultatet av prosessen
    - 3.1.7. Virkningen i tid
    - 3.1.8. Forsøk på en konklusjon
  - 3.2. Noen eksempler på at domstolene faktisk har virket rettsskapende
    - 3.2.1. Samvirket med de øvrige rettskildefaktorene - og også med lovgiver i noen tilfelle
    - 3.2.2. Erstatningsretten
    - 3.2.3. Avtaleretten/arveretten
    - 3.2.4. Obligasjonsretten
    - 3.2.5. Tingsretten
    - 3.2.6. Familieretten
    - 3.2.7. Personretten
    - 3.2.8. Forfatnings-/forvaltningsretten
    - 3.2.9. Prosessretten
    - 3.2.10. Noen interessante særtilfelle
    - 3.2.11. Er domstolene alltid rettsskapende?
4. Spesielt om domstolenes holdninger til spørsmål som tidligere har vært forelagt domstolene - "prejudikatlæren"
  - 4.1. Innledning
    - 4.1.1. Utgangspunktet

- 4.1.2. Avgrensninger
- 4.1.3. Noen prinsipielle betraktninger innledningsvis
- 4.1.4. Oversikt over drøftelsen videre
- 4.2. Ulike holdninger til prejudikatspørsmålet
- 4.3. Hvorvidt bør det legges vekt på rettspraksis?
  - 4.3.1. Pro
    - 4.3.1.1. Alminnelige menneskelige forhold
    - 4.3.1.2. Arbeidssparende
    - 4.3.1.3. Sammenhengen til flerinstansordningen
    - 4.3.1.4. Domstolenes prestisje
    - 4.3.1.5. Forutberegnelighet
    - 4.3.1.6. Endringen vil få tilbakevirkende kraft
    - 4.3.1.7. Ønsket om at like tilfelle skal behandles likt - "formell rettferdighet"
  - 4.3.2. Contra
    - 4.3.2.1. Ønsket om et konkret rimelig resultat - "materiell rettferdighet"
    - 4.3.2.2. Behovet for rettsutvikling
    - 4.3.3. Særlig om forholdet til lovgiveraktiviteten
    - 4.3.4. Særlig om faktiske muligheter til å legge vekt på prejudikater
    - 4.3.5. Uttrykkelige forbud mot å legge vekt på prejudikater
- 4.4. Situasjonen de lege lata
  - 4.4.1. Relevans
  - 4.4.2. Vekt.
    - 4.4.2.1. Spesielt om dstl. § 5
    - 4.4.2.2. Domstolenes holdninger
      - Betydningen av HR-praksis. Noen momenter: Enighet. Alder. Kontinuitet. Emne. Virkninger
      - Betydningen av underrettspraksis
  - 4.4.3. Tolking av prejudikatet (slutnings-spørsmålet)
    - 4.4.3.1. Betydning
    - 4.4.3.2. Problemstilling
    - 4.4.3.3. Tre hovedteorier

## 5. Forskjellige teknikker for å skjule domstolenes rettsskapende virksomhet

- 5.1. Fiksjoner
- 5.2. De elastiske begrepene
  - 5.2.1. Skapt av lovgiver
  - 5.2.2. Skapt av domstolene selv
- 5.3. Veien om bevisene