

Om forskjellen mellom offentlig rett og privatrett

Sophie Papaefthymiou

Oversettelse: Rikke Larsen og den norske redaksjonen

1.

Dette arbeidet¹ tar opp den moderne sontringen mellom offentlig rett og privatrett, slik den oppfattes av kontinentale jurister. Det er et forsøk på en kort analyse av sontringen gjennom en kritisk diskusjon av de eksisterende tilnæringsmåter.

2.

De fleste studier av sontringen mellom privat og offentlig rett tar utgangspunkt i følgende utsagn om oppdelingen av retten: Retten er oppdelt i to regelsett, privatrett og offentlig rett. Privatrett dreier seg om rettslige forhold mellom private personer, mens offentlig rett gjelder forhold mellom staten og privatpersoner samt statens stilling.

I lys av dette forsøker man å definere de to delene av retten etter deres materielle særtrekk, med sikte på å fastslå likheter og ulikheter og følgelig si seg enig eller uenig i oppdelingen.

De jurister som forsvarer den såkalte subjektteorien, dvs. om statlige og private rettssubjekter, hevder at sontringen mellom privat og offentlig rett ikke lenger er av interesse. Bakgrunnen for dette er at de to regelsettene stadig glir mer over i hverandre, og at det ikke lenger er mulig å trekke noe skille mellom dem.

Når de behandler sontringens historie, behandler de den som et objekt som oppsto i det klassiske Romerriket; det forsvinner til tider, kommer til syne igjen, eller sontringen blir skarpere eller mer uklar.

Etter min mening er disse tilnæringsmåtene verken relevante for forståelsen av sontringen eller særlig vitenskapelige.

3.

“Virkeligheten er det vi ikke har adgang til”, og forsøket på å gi realdefinisjoner forutsetter en avgjørelse om de essensielle og sekundære egenskaper ved det som skal defineres (se Troper 1986 b s. 35).

Videre avhenger dette forsøket av et empiristisk kunnskapsbegrep. Et virkelig objekt kan ikke konstituere et vitenskapelig objekt. Det

siste må konstrueres i abstraksjonen, ikke ved abstraksjon av virkeligheten (Althusser 1980 I s. 112 ff, Poulantzas 1978 I s. 153 ff).

Den såkalte inndeling av retten i offentlig og privat rett, som Alf Ross har kritisert for ikke å være uttømmende (1958 s. 202 ff), kan ikke erstatte sondringen mellom begrepene offentlig rett og privatrett i studiet av denne sondringen. Den kan ikke engang utgjøre utgangspunktet for et slikt studium. I realiteten forskyver jurister emnet for sitt studium fra sondringen mellom de to begrepene til delingen av jussen.

Den glidende overgangen mellom offentlig rett og privatrett burde ikke føre til at jurister forneker sondringen, av følgende grunner:

For det første er det ikke selve sondringen mellom de to begrepene man bør ta avstand fra, men subjektteorien, dvs. at sondringen mellom de to regelsettene tradisjonelt behandles som et definisjons-spørsmål. En slik betraktning bygger nemlig på en overforenklet modell, som ikke makter å fange inn de stadige forandringene i det innbyrdes forholdet mellom stat og økonomi og i utstrekningen av disse.

For det andre vil fokuseringen på den glidende overgangen, som for øvrig fortjener å bli studert nærmere (se Stone 1982 s. 1441-1509), føre til at juristene unnlater å studere de to begrepenes funksjon.

For det tredje innebærer motviljen mot sondringen mellom privat og offentlig rett (fordi de glir over i hverandre) at sondringen bare er interessant hvis man kan trekke en skillelinje mellom de to regelsettene. Den ville følgelig bare være interessant dersom denne skillelinjen var markert og tydelig.

Dette argumentet bygger på et beskrivende, kartleggende syn på positiv rett, og er ikke bare irrelevant for studiet av rettslige begreper, men også uvitenskapelig.

Det historiske studiet av forskjellen mellom offentlig rett og privatrett i kapitalistiske samfunn i det kontinentale Europa burde ikke gå tilbake til Romerretten. Det er misvisende å lete etter opprinnelsen til den moderne sondringen i det klassiske Romerriket bare fordi et utsagn om sondringen forekommer hos Ulpian. Den romerske forestilling om sondringen har ikke annet enn navnet til felles med den moderne forståelsen av dette skillet.

Det er generelt misvisende å lete etter tingenes opprinnelse og etablere uekte historiske sammenhenger.

Som Paul Veyne sier (1979 s. 203 ff), finnes det ingen opprinnelse, det er ingen naturlige, tidløse objekter. Ord får oss til å tro på tingenes eksistens, men ting eksisterer ikke. Det finnes ikke objekter; det finnes bare mangfoldige objektiviseringer av bestemte former for praksis. Ting er samsvarende med uensartede praksisformer, som er historisk bestemte og derfor spesifikke.

Således er det misvisende å oppfatte offentlig rett og privatrett som naturlige objekter som har eksistert gjennom tidene. Offentlig rett, privatrett og følgelig skillet mellom dem, eksisterer ikke. Derfor burde temaet for et historisk studium av den moderne sontringen være de tilsvarende former for praksis i de kapitalistiske samfunn i det kontinentale Europa.

4.

Det eneste spørsmål som bør stilles om sontringen mellom offentlig rett og privatrett er det ene vi kan svare på, spørsmålet om funksjon.

Når det gjelder den moderne sontringens funksjon, kan analysen fokusere på såvel rett som juridisk teori.

Studiet av sontringen slik den er innført i positiv rett bør søke å peke ut sontringens rolle i utøvelsen av politisk makt. I dette perspektivet bør man studere hvordan den kapitalistiske stat etablerer individualiseringen, og i mellomtiden totalitarismen, ved å bruke sontringen mellom offentlig rett og privatrett sammen med ideologiske praksisformer og "disipliner" (Poulantzas 1981 s. 69 ff, Foucault 1984 s. 304).

Studiet bør også undersøke den rolle sontringen har i tilsløringen av de økonomiske handlinger i den liberale stat, og dens spesifikke forhold til økonomi, med andre ord dens relative selvstendighet overfor økonomien eller tilstedeværelse i den.

Siden privatrett, offentlig rett og positiv rett i sin helhet utgjør "interne" rettsystemer, bør man påpeke funksjonen til dette "dynamiske og statiske rettsystemet" i rettferdiggjøringen og tilsløringen av den politiske makt (Troper 1986 b s. 41 ff).

Man bør også undersøke om den uklare sontringen mellom offentlig rett og privatrett i velferdsstaten er av interesse, eller om den erstattes av andre klassifiseringer av regler (Hydén 1988).

5.

En slik analyse kan også fokusere på sontringen mellom privat og offentlig rett i juridisk teori.

Sontringen er skapt av rettsteoretikere som en sontring mellom to subsystemer innenfor en hierarkisk rettsorden. Denne forståelsen av sontringen oppsto i Tyskland i siste halvdel av det 19. århundre.

Med dette er forholdet mellom privatrett og offentlig rett snudd opp ned: To undersystemer som tilhører et enhetlig rettsystem har erstattet en privatrett forstått som et system og objektet for den interne rettshistorie, og et sett av politiske institusjoner forstått som objektet for den ytre historie.

Sentrum for den juridiske teori er ikke lenger det individuelle rettssubjektet, men staten ansett som rettssubjekt, som rettsordenen er avledet fra (Fiordavanti 1979, Thomas 1984).

I lys av dette bør man undersøke de forhold som gjorde denne diskursen mulig, med andre ord den politiske, økonomiske og ideologiske praksis som førte til dannelsen av en Staatsrecht, skapt som system av konservative rettslærde, og til forestillingen om staten som rettssubjekt.

Bakgrunnen for disse konstruksjonene er å finne i Bismarcks Realpolitik, samt i pandektismen og den filosofiske individualismen.

Man bør også studere begrepene og teoriene som ble formet av juridisk teori i den perioden, altså begrepet subjektive rettigheter og teoriene om juridisk personlighet for staten, om suverenitet i betydningen politisk makt og om statsorganene.

Deretter bør man analysere dreiningen av denne diskursen i velferdsstaten. Dreiningen består i at temaet for juridisk teori skifter fra formelle rettslige egenskaper til mer funksjonelle kriterier (Dalberg-Larsen 1984 s. 55).

6.

De foregående betraktningene omhandler den usynlige funksjonen sontringen har, den nedsunkne delen av isfjellet.

Den synlige delen av isfjellet består i den funksjonen begrepene privat og offentlig rett har i den positive retten. Man bør følgelig undersøke hva uttrykkene refererer seg til - i land med en egen domsmyndighet for forvaltningssaker bestemmer de utstrekningen av denne domsmyndigheten (Troper 1986 a s. 10 ff) - og den betydning som dommeren i land med et sivilrettslig eller common law system tillegger dem (Barnett 1986 s. 267-276, Betson 1987 s. 34-65, Harlow 1980 s. 241-265).

Denne korte analysen antyder at sontringen mellom offentlig rett og privatrett ikke eksisterer, men måten den er blitt trukket opp på er likevel ikke uten betydning.

Note

1. Artikkelen ble presentert som paper i en arbeidsgruppe (Characteristics and Evolution of Modern Law) på symposiet "The Legitimacy of Law", Murikka, Finland, 4.-7. august 1988.

Forfatteren takker professorene Mikael Karlsson (Islands Universitet) og John Adams (University of Kent) for hjelpen med revidering av den engelske versjonen av arbeidet.

Litteratur

- Althusser, Louis (1980), *Les Défauts de l'Economie Classique: Esquisse du Concept de Temps Historique*. I Louis Althusser, Etienne Balibar: Lire le Capital, s. 112-149. Editions FM/Petite Collection Maspero, Paris.
- Barnett, Randy (1986), Foreword: Four Senses of the Public Law/Private Law Distinctions. I *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 9, No 2, s. 267-276.
- Beatson, J. (1987), "Public" and "Private" in English Administrative Law. I *The Law Quarterly Review*, Vol 103, s. 34-65.
- Dalberg-Larsen, Jørgen (1984), *Five Essays on Legal Science*, Aarhus Universitet.
- Fioravanti, Maurizio (1979), *Giuristi E Costituzione Politica Nell'Ottocento Tedesco*. Giuffrè editore, Milano.
- Foucault, Michel (1984), *Deux Essais sur le Sujet et le Pouvoir*. I H. Dreyfus og P. Rabinow: Michel Foucault un Parcours Philosophique, s. 297-321. NRF Gallimard, Paris.
- Harlow, Carol (1980) "Public" and "Private" Law: Definition without Distinction. I *The Modern Law Review*, Vol 43, No 3, s. 241-265.
- Hydén, Håkan (1988), "Why Law?" In Search for the Normative Order of Modern Society. Symposium on the Legitimacy of Law in Modern Society. Finland.
- Poulantzas, Nicos (1978), *Pouvoir Politique et Classes Sociales*. FM/Petite Collection Maspero. Paris.
- Poulantzas, Nicos (1981), *L'Etat, le Pouvoir, le Socialisme*. Editions Quadrige, PUF, Paris.
- Ross, Alf (1958), *On Law and Justice*. Steven & Sons, London.
- Stone, Christopher (1982), Corporate Vices and Corporate Virtues: Do Public/Private Distinctions matter? I *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130, No 6, s. 1481-1509.
- Thomas, Yann (1984), Mommsen et "l'isolierung" du Droit. I Theodor Mommsen: *Le Droit Public Romain* (traduction Frédéric Girard), s. 1-52. Diffusion de Boccard, Paris.
- Troper, Michel (1986 s), *L'Opposition Public/Privé et la Structure de l'Ordre Juridique*. Colloque International sur "Public, Privé: Espaces et Gestions". Lyon, 15-16 décembre 1986.
- Troper, Michel (1986 b) *Système Juridique et Etat*. I *Archives de Philosophie du Droit*, Vol 30, s. 29-44.
- Veyne, Paul (1979), Foucault révolutionne l'Histoire. I Paul Veyne: *Comment on écrit l'Histoire suivi de Foucault révolutionne l'Histoire*, s. 203-242. Editions du Seuil, Paris.

Forfatteropplysninger:

Sophie Papaefthymiou, Universitetet i Paris I, Frankrike.