

VAJON DEPOLITIZÁLHATÓ-E A JOGDOGMATIKA AVAGY NEM, ÉS NE IS REMÉNYKEDJÜNK BENNE?

BEVEZETÉS

MINT ISMERT, SZABÓ MIKLÓS politikamentes jogdogmatika-konceptiójának szimbóluma József, az ács. E sűrű metaforában minden benne van, ami a jogászi hivatásgyakorlás szemléltetéséhez szükséges: a gyakorlat-orinetálság, az érték-elkötelezettség, az alázat, a bölcsesség és a családfe fogalmához köthető felelősség. Mi több, a metafora a jog eredendő makulátlanságára is utal, azt a képzetet keltve, mintha az eleve politikai konfliktusok nélkül születne meg, és mintha ezért eleve igazságos is lenne. A fenti benyomást erősíti azzal is Szabó Miklós, hogy ha jogdogmatikáról szól, semmilyen formában sem ejti ki a politika szót. Az ünnepelt legújabb monográfiája számot vet ugyan a politikával mint a jog határával, ámde itt sem a szépséges és fennköltnek láttatott jogdogmatikával összefüggésben, hanem az olyan tipikusan véres-erőszakos helyzetekre tett utalással, mint amilyen például egy forradalom.¹

A jogdogmatika Savigny-féle politikamentes paradicsomából azonban Szabó Miklóst kiűzi Dworkin kigyója, a nehéz eset, és történetesen emiatt, a Józsefet kóstolgotó kigyó miatt van igény a jogdogmatikára, noha Dworkin maga semmi kétséget sem hagy afelől, hogy nála viszont a nehéz eset a politikai közösség igazságosság-sztenderdjeinek többféleségével áll szoros összefüggésben, ezért *ab ovo* politikai.² Így adódik most már az a termékeny feszültség Szabó Miklós politikától való idegenkedése és az általa felhasznált Dworkin-féle politikai jogelmélet (Szabó Miklósnál: „dogmatikai jogfilozófia”) között, amit a tanulmány címeeként megfogalmazott kérdéssel összefüggésben igyekszünk megvizsgálni.³

* Posztdoktori kutató, Liège-i Egyetem, Kereskedelmi Jogi és Jogelméleti Tanszék, Belgium

¹ Szabó Miklós: *Rendszeres jogelmélet*. Miskolc: Bíbor 2015, 11. fej. A jog határaitól.

² Giudice idézi a *Law's Empire*-ből a politikai jogelmélet [(a full) *political theory of law*] mellett tett dworkini elköteleződést. Eszerint a jog alapjaira [*grounds of law*] és a jog kikényszerítésére [*force of law*] vonatkozó részek adják ki magát a tant. (Ld. Ronald M Dworkin: *Law's Empire*, London: Fontana, 1986, 110. o.; Michael Giudice: 'Imperialism and Importance in Dworkin's Jurisprudence.' In Wil Waluchow – Stefan Sciaraffa (eds.): *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press 2016, 225–243. o., kül. 227–229. o.)

³ Szabó Miklós: 'A jogdogmatika hivatása.' In Szabó Miklós (szerk.): *Jogdogmatika és jogelmélet*. Miskolc: Bíbor, 2007, 1–16. o.

Jelen írás azonban nem lesz annyira alapos, mint az az elemzés, amit annak idején a jogdogmatika-konferenciára készítettem. Bár Szabó Miklóst és Takács Pétert leszámítva a szélesebb szakmai közvélemény érdeklődését azzal a munkával sem igen sikerült felkeltenem, így nem tudhatom, hogy nézeteimet mások helyesnek tartják-e vagy sem, de egyelőre nem látom indokát, hogy az ott megfogalmazottakat lényegesen revideáljam.⁴ Magam viszont, saját gyakorló jogászi tapasztalatomból okulva már kevésbé vagyok idealista. Most már inkább elhiszem, hogy a jogdogmatika hatékony műveléséhez sem túlzottan filozofikus hozzáállásra, sem pedig a normativitás hangsúlyozására nincsen szükség. Azzal viszont jobb, ha tisztában lennének a gyakorló jogászok (éppúgy, mint és az egyetemen oktató jogtudósok), hogy ki, mikor és hogy politizál akár azzal is, hogy a jogi materiához valamilyen formában hozzájárul.

A depolitizáltság problémájának feldolgozásához úgy látok hozzá, hogy először megvizsgálom magát fogalmat. (1) Azután a családjog területéről vett példa áll majd itt illusztrációként, hogy minden reménykedésünk ellenére sajnos a jogdogmatika depolitizálhatatlan. Ezt a tézist megvizsgálom a politikai filozófiai eszmetörténet egy-két alakjánál is. (2) Végül pedig, egy kis iróniával kikacsintok Rortyra, akitől a címben használt „remény” fogalmát kölcsönöztem. Mindez mindössze arra lesz jó, hogy nagy szintézis készítése helyett két, egymással deontikus viszonyban álló kívánságot fogalmazhassak meg: Isten éltesse Szabó Miklóst, és hogy közös – depolitizált jogdogmatika iránti – reményünk haljon meg utoljára.

1. A „DEPOLITIZÁLÁS” MÍTOSZA ÉS A HATÁRKIJELÖLÉS KÉRDÉSE

Ha a jogot is, és a politikát is szabályok, elvek, értékék, minták és célkitűzések halmazaként határozzuk meg, akkor viszonyukat illetően – mások mellett – két jellegzetes állásponttal is találkozhatunk. Az egyik szerint a politika halmaza magában foglalja a jogét, a másik szerint viszont két külön halmazról van szó.

1.1. DEPOLITIZÁLÁS, ANTIPOLITIKA ÉS A NEM-POLITIKAI Ø

Az első felfogás ismét két jellegzetes irányból érkező mutatható be. Az egyik Carl Schmitté, aki, mint ismert, a politikai dilemmát egy létkérdés eldöntéseként határozza meg. Szerinte a politika totálisan van jelen a modern társadalomban, s ha a „politikai” mint létkérdés felmerül, a jog mindössze a politika „árnyékában” létezik.⁵ Mindenféle depolitizálás, írja Schmitt, pusztán csak arra

⁴ Paksy Máté: *A dialógus vonzásában. Hozzájárulás a jogászgi gondolkodás természetjogi megalapozásához*. Budapest: Pázmány Press, 2014, II. Jogdogmatológia: gyakorlat és elmélet dialektikája, 2. Szélsőjegyzetek a mesterember-koncepcióhoz, 77–97. o.

⁵ Carl Schmitt: *A politikai fogalma: Válogatott politikai és államelméleti tanulmányok*. (Ford.: Cs. Kiss Lajos) Gödöllő – Máriabesnyő: Osiris – Pallas–Attraktor, 2002. Ld. még Szigeti Péter: 'A politikum konstrukciója. A politikai problémája Carl Schmittnél, Max Webernél és a neomarxis-

való, hogy ezt az egzisztenciális helyzetet elfedje, azaz nem több egy (liberális) ideológiánál.

Schmitt maga is felhívja arra a figyelmet – amint az ugyancsak jól ismert –, hogy szerinte a politikai nem azonosítható a pártpolitikaival. Ezért a másik koncepcióra a példa, ami tehát a politikát a pártpolitikához köti, a megvalósult poszt-totális államban élő Vaclav Havel antipolitikus-politikája lehet. Nem véletlen, hogy Havelnél nem a schmitti értelemben vett depolitizálás, hanem a nem-(egy)pártpolitikai „antipolitikus” politizálás igénye fogalmazódik meg⁶:

„Én az »antipolitikus politikát« szorgalmazom: ez a politika nem a hatalom és a manipuláció technológiája, a hasznosság művészetének emberek feletti kibernetikus uralkodása, hanem olyan politika, amelyik az értelmes élet keresésének és elérésének egyik lehetséges útja, annak védelmezője és szolgálja.” [...] „Igen, az antipolitikus politika lehetséges. Az »alulról jövő« politika, a népek politikája, nem pedig az apparátusé. A szívből, nem pedig a tézisekből fakadó politika.”

Vegyük észre, hogy Schmitt érvelése nem is elsősorban a Havel-féle pártpolitika-ellenességgel polemizál, hanem inkább azzal a humanista ideállal, amit Thomas Mann fogalmaz meg az *Egy apolitikus ember elmékedései*-ben.⁷ Itt a politikai ellentéte, vagyis a nem-politikai az esztétikai; azaz, a rút politikával szemben ott áll az, ami nem-rút, azaz szép, vagyis az irodalom, a zene, a festészet és így tovább. Bár egy ilyen szembeállítás önmagában is szép, hiszen az individualitást mint szépet kiemeli a politika kollektív nyomorából, azért valljuk be, meglehetősen szubjektív. Ehhez az állításhoz elegendő bizonyítékul szolgál, ha arra utalunk, hogy a gyakorlatilag Schmitttel és Mannal egy civilizációban élő Rudolf von Jhering viszont éppenséggel a küzdelemben – ideértve ezúttal a pártpolitikai küzdelmet is – találja meg az esztétikai értéket.⁸

1.2. JOG ÉS POLITIKA VISZONYA MINT HATÁRKIJELÖLÉSI KÉRDÉS ✂

Az előző pontban elemzett „depolitizálás” mint szellemi művelet egy ellentétpárra tett utalás révén a politikának a saját ellentétpárjától való megfosztását jelenti. Ha viszont a jogot és a politikát két különböző halmazként határozzuk meg, akkor a „depolitizálás” nem a megfosztásra utal, hanem a jog és a politika elhatárolására. Ha ezt az utat választjuk, akkor talán olyasfélét mondhatunk, hogy „ez még jog, de az bizony már politika”.

táknál.’ 25 *Eszmélet* (2013) 82–111. o.; Pogonyi Szabolcs: ‘Carl Schmitt és a politikai liberalizmus.’ 4 *Phronesis* (2010) 3–16. o.

⁶ Vaclav Havel: *Antipolitikus politika* [www.adattar.vmmi.org], 525. o., 526. o. (Eredeti megjelenés: ‘Anti-Political Politics.’ In John Keane (ed.): *Society and the State*. London – New York: Verso, 1988, 381–398. o.)

⁷ Thomas Mann: *Egy apolitikus ember elmékedései*. (Ford.: Győrffy Miklós – Majtényi Zoltán) Budapest: Helikon, 2000.

⁸ Rudolf von Jhering: *Küzdelem a jogért*. (Ford.: Dr. Szilassy Cézár) Budapest: Franklin Társulat, 1907.

Említhetjük példaként Bódig Mátyás kritikai elemzését, amely sorra veszi azt, hogy a magyar jogirodalomban a „jogpolitikával” foglalkozó szerzők hogyan igyekeznek meghúzni ezt a demarkációs vonalakat a jog, a politika és a jogpolitika területei között, míg ő maga viszont elutasítja az ilyen határkijelöléseket, és az arisztotelészi tanokhoz való visszatérést szorgalmazza, ahol a politikatudomány a polisz ügyeivel való foglalkozást jelentette. Ott tehát, az antik poliszban minden politikai, legalábbis tág értelemben.⁹ Győrfi Tamás a doktori disszertációjában használ egy fontos megkülönböztetést, ami ugyancsak segítségül hívható a határvonal kijelölésére.¹⁰ Eszerint, ha egy olyan jogi intézményről van szó, mint például az alkotmánybíróság, úgy nem látszik lehetetlennek, hogy elkülönítsük a jogász érvelést es annak politikai hatását. Egy művi terhegység megszakítással összefüggő alkotmánybíróági döntés nyilvánvalóan kihathat például, legalábbis hosszútávon, a népességszám alakulására, vagyis a döntés népesedés-politikai hatása megkérdőjelezhető. Az alapjogi tesztek alkalmazó alkotmánybíró, aki nyilvánvalóan tisztában van döntése politikai következményével, azonban, feltéve, ha nem kíván „politizálni”, akkor álláspontját csak jogász érveléssel támaszthatja alá. A határkijelölést ugyanakkor nem teszi egyszerűbbé, hogy az érvelés egyik önálló formáját képezi a következmény-orientált érvelés, ami ugyan jogi jellegű, de a dolog logikájánál fogva szükségszerűen felöleli a politikai következmények előmozdítását is. Egy további probléma még a jogpolitikai elveknek a jogász érvelésen belüli megjelenése.¹¹

Ha kijelölhető valamilyen módon a jog és a politika közötti határvonal, akkor ez azzal a kétségkívüli előnnyel jár, hogy a jogászok magukra ölthetik az erőszakmentesség humanista maskaráját. Az egyik legismertebb ellenpélda arra, hogy a politizálás egyúttal az erőszak alkalmazásának társtettessége is lenne, Hannah Arendt erőszakról készített klasszikus tanulmánya. Arendt itt depolitizálja az erőszakot azzal, hogy nem csak elválasztja, hanem szembe is állítja a politikával, olyannyira, hogy az erőszakmentes politikát redundáns kifejezésnek tekinti.¹² Az erőszak, véli Arendt, eleve lerombolja a hatalmat, és ebből adódóan alkalmatlan arra, hogy annak fundamentuma legyen. Ez esetünkben azt jelenti, hogy jogdogmatika ugyan depolitizálhatatlan, de ebből nem következik, hogy aki műveli, hozzá is járulna az erőszak legitimációjához. A politikai tekintélyt egyedül a megvetés és a nevetségesség tétel kérdőjelezheti meg.¹³

⁹ Bódig Mátyás: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia. Jogelméleti módszertani vizsgálódások*. Miskolc: Bíbor, 2004, 536–553. o.

¹⁰ Győrfi Tamás: *Az alkotmánybíráskodás politikai karaktere*. Budapest: Indok, 2001.

¹¹ Cserne Péter: *Jogdogmatika versus policy?* In Szabó Miklós (szerk.): *Jogelmélet és jogdogmatika*. 58–67. o.

¹² Hannah Arendt: ‘Communicative Power.’ In Steve Lukes (ed.): *Power*. Oxford: Basil Blackwell, 1986, 71. o. [A részlet forrása: Hannah Arendt: *On Violence*. Florida: Harcourt Brace, 1969.]

¹³ Uo. 65. o.: „The greatest enemy of authority, therefore is a contempt, and the surest way to undermine it is laughter.”

annak elismeréséhez tehát sem az erőszak, sem pedig a meggyőzés nem szükséges, pontosan ugyanúgy ahogyan egy családban sem, ahol

„az apa elveszítheti a tekintélyét, ha megüti a gyereket vagy ha vitába bonyolódik vele, vagyis, akár azzal, hogy úgy viselkedik mintha zsarnok lenne, akár pedig úgy, hogy egyenlőnek tekinti őt.”¹⁴

Depolitizálási igényt keletkeztet a jog liberális megalapozása során a magán-szféra védelme is, ami egyúttal a politikai határát is hivatott kijelölni. John Rawls esetében például „a társadalom alapszerkezete” az a keret, amelybe beletartozó intézményekre a méltányosságként felfogott igazságosság elmélete alkalmazandó, és ahol a politikai kényszer igazolt. Egyes elemzések arra mutatnak rá, néha kritikai jelleggel, hogy Rawls szerint ebbe az alapszerkezetbe beletartozik a család is:

„Így tehát a politikai alkotmány, a tulajdon jogilag elismert formái és a gazdaság-szervezés, a család természete, mind az alapszerkezethez tartozik.”¹⁵

¹⁴ *Ua.*

¹⁵ Blain Neufeld: ‘Coercion, the Basic Structure, and the Family.’ 40 *Journal of Social Research* (2009/1) 37–54. o., 39. o. Neufeld elemzése az alábbi helyekre hivatkozik: John Rawls: *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, 258. o.; ‘The Idea of Public Reason Revisited.’ In S. Freeman (ed.): *Collected Papers of John Rawls*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999, 595–601. o. és *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2001, 162–168. o. A későbbiekben nem fejtem ki részletesen, mivel inkább az Arisztotelész–Hobbes–Hegel tézis–antitézis–szintézisre fogok koncentrálni, hogy a politikai filozófia történetében, Rawls előtt kik tekintették természetesnek, s kik mesterséges, azaz politikai intézménynek a családot. Rousseau egyértelműen elutasította, hogy a házastársi kötelék vagy a leszármazás ténye bármiféle jogot vagy kötelezettséget keletkeztetne a természeti állapotban, de reménytelenül homályos marad atekintetben, hogy legalább egy primitív családi együttélés ne alakulhatna ki itt. Masters említ is egy példát arra, hogy Rousseau egyszer elfogadja a családi viszony kialakulását a természeti állapotban azzal, hogy az anya és a gyermeke között a szoptatás miatt kialakul egy intim viszony, ám rögtön hozzá is teszi, hogy ez a kapcsolat az anyatejre vonatkozó igény megszűnésével megszakad. Kicsit később viszont ismét elfogadja, hogy a biológiai apa feladata a táplálékszerzésben való közreműködés, azaz valamiféle család mégiscsak létezik a természeti állapotban is. (Vö. Rogers D Masters: *The Political Philosophy of Rousseau*. Princeton – New Jersey: Princeton University Press, 1968, 130. o.) Ugyanez a következetlenség, mint majd látni fogjuk, Hobbes-nál is megvan, aki voltaképpen a gyereket a szülő magántulajdonaként fogja fel, akit tetszése szerint elpusztít vagy nem, közvetlenül viszont tagadni igyekszik, hogy a természeti állapotban lenne magántulajdon. A legvilágosabb elválasztást John Locke-nál találjuk, ahol az atyai hatalom (*paternal power*) azért fontos és természetes köteléken alapuló, mivel a gyermek a kiskorúsága miatt nem tud rendelkezni a magántulajdona felett; a politikai hatalom (*political power*) ott alakul ki, ahol a felnőtt polgárok szabadon rendelkeznek a magántulajdonukkal, és zsarnokság pedig ott lesz, ahol ezt nem tehetik meg. (VI. Of Paternal Power, 173. In *An Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government in Social Contract*. Locke, Hume, Rousseau with an Introduction by Sir Ernest Barker. London etc.: Oxford University Press, 1947, 102. o.) A gyermek státuszával összefüggésben említésre méltó, hogy ezzel összefüggésben Locke következetesen a „beleegyezés” [*consent*] kifejezést használja a „szerződés” [*compact*] helyett, hiszen természetjogba ütközne, ha a szülő által kötött egyesülési és alávétési szerződés a leszármazót

Azért lényeges, hogy mi tartozik bele ebbe a szerkezetbe, függetlenül attól, hogy kényszerrel összefüggő intézményekről van-e szó vagy sem, mivel egyfelől ezek az intézmények alapvetően befolyásolják az egyének életét, és másfelől az alapszerkezetbe tartozó intézmények működését kell kritikailag értékelni az igazságosság elvei szerint. Ebből azonban nem következik, hogy az idetartozó intézmények belső életét is a politikai kényszer alkalmazó intézményekhez hasonlóan kellene megszervezni:

„Az igazságosság elvei közvetlenül nem alkalmazhatók társadalmi belüli intézményekre és szerveződésekre és nem is szabályozzák azokat. A vállalatokat és munkahelyi szervezeteket, egyházakat, és egyetemeket kötik ugyan az igazságossági elvekből levezetett korlátozások, ám ezek, nem közvetlenül, hanem éppen azon háttérintézményekből érkeznek, amelyekben belül a szerveződések és csoportok léteznek, és amelyek révén a tagok magatartása korlátozás alá kerül.”¹⁶

A családon belüli egyenlőség és függetlenség ezért éppen úgy, de áttételesen az igazságosság-elmélet tárgya, ahogyan más, egyéni akaratnyilvánításon alapuló szervezet belső élete. Az ésszerű pluralizmus elve azonban nem mond semmit konkrétan arról, hogy a fentiek nyomán a politikamentes magánszféra határa hol is húzható meg pontosan, és lehet-e egyáltalán a család belső viszonyait úgy megtárgyalni politikailag-jogdogmatikailag, hogy eközben a helyes megőrizze a jó feletti primátusát, vagyis a szerző ne adja fel a procedurális liberalizmus eszményeit. Az mindenesetre bizonyos, hogy a gyermekeiért felelős szülő a saját gyermekei vonatkozásában a saját jó életre vonatkozó elképzelést kell, hogy érvényre juttassa és nem elég a helyes tisztelete. E tekintetben a család és a politikai közösség analógiája semmiképpen sem áll meg.

Ez az állítás azonban nem evidencia. Nézzük tehát meg, hogy miként alakulnak a törésvonalak, ha a jogon belülre megyünk. Az alább, hosszabban kifejtésre kerülő példában a családjogi alapfogalmak egy részének politikai pedig-jét veszem szemügyre.

2. A CSALÁDJOG POLITIKAI-FILOZÓFIAI ALAPJAI

A Szabó Miklós által teoretizált „nehéz eset” a joggyakorlatban legtöbbször az intim emberi kapcsolatainkkal függ össze (szerelem, termékenység, utódnemzés, nevelés etc.), melyek pedig beágyazódnak az egyre inkább változó politikai

is kötné, s a nagykorúvá lett gyermek nem is tudná szétválasztani a szülő által kötött kétféle szerződést. A szülő viszont mégis csak képes arra, hogy a hazájához láncolja a gyermekét, méghozzá az (alapvetően ingatlanvagyonra) vonatkozó végrendelkezés elfogadtatása útján. Ha a leszármazó elfogadja a végrendelet rá vonatkozó részét, ez egyszerre jelent egy magánjogi értelemben explicit, politikai filozófiai értelemben pedig implicit beleegyezést a hatalomgyakorlásba. (Vö. Jean Terrel: *Les Théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*. Paris: Seuil, 2001, 261. sk.)

¹⁶ Neufeld: 'Coercion, the Basic Structure...' 44. o., valamint *Justice as Fairness: A Restatement*, 10. o.

közössége életébe, de mi mégis azt hisszük, hogy e kérdések csak ránk tartoznak. Annak idején pedig úgy tanultuk a jogi karon a XX. század utolsó éveiben, hogy a totális államok egyik jellemvonása a családi viszonyok átpolitizálása. Ma viszont a jogászok kész ténynek tekintik, hogy az európai jóléti államokban a nemzeti szuverenitással együtt a klasszikus, nukleáris családmódel is hanyatlik, az állam hálózobai jelenléte pedig egyre inkább állandósul.

A családjog böles kodifikátorai ennek ellenére – sokszor a (párt)politikai „beavatkozással” harcra kelve – ragaszkodnak a klasszikus nemzetállami jogdogmatikához és a politikamentesnek tűnő fogalmi kategóriákhoz, jelezve minden lehetséges fórumon, hogy e jogterület kodifikációja szakmai és nem politikai munka. Az érvelésem, ezzel ellentétben az, hogy a családjogi fogalmaknak eleve politikai pedigréjük van, ezért a családjog kodifikációja sem lehet tisztán „szakmai” munka. Illusztrációnak a szülői felügyelet fogalmát használok.

2.1. CSALÁD ÉS POLITIKAI KÖZÖSSÉG A POLITIKAI FILOZÓFIA TÖRTÉNETÉBEN: ARISZTOTELÉSZ, HOBBS, HEGEL ¶

A hatalmi helyzetként felfogott szülői felügyelettel (tekintéllyel) szemben pontosan ugyanaz az elvárásunk, mint az államhatalommal (tekintéllyel) szemben, hogy tudniillik legyen, lehetőség szerint egyszerre, mindkettő legitím. A klasszikus szerzők nem véletlenül tekintettek a családra úgy, mint egy mikroállamra és az államra pedig úgy, mint egy makrocsaládra. Az alábbiakban két egymással szembenálló szerzőt, Arisztotelészt és Hobbs, valamint az e tanokat szintetizálni igyekvő harmadikat, Hegel elméletét mutatom be.

2.2.1. ARISZTOTELÉSZ ¶

A klasszikus görög felfogás szerint család és állam különbsége a közjó megvalósításának eltérő szintjében ragadható meg. Arisztotelész ugyanis abból indult ki, hogy az egyén a városállam keretei között lehet tökéletesen boldog, hiszen a nukleáris és a kiterjesztett család (vagy faluközösség) még nem alkalmas arra, hogy keretei között az egyén az önmagában elegendőség (*autarkeia*) szintjét elérje. Abból az állításból azonban, hogy az egyén egyedül a közjót – azaz az összes egyén boldogságát – megvalósító városállamban juthat el a megfelelő „boldogságszintet” biztosító „természetes állapotba”, nem következik az, hogy a nukleáris és kiterjesztett családban viszont teljesen boldogtalan lenne. Arisztotelész mindössze annyit állít, hogy utóbbi esetekben nincsen garancia a boldogság tartósságára, annak ellenére, hogy a gyermek érkezése tartósabbá teszi a férfi és nő közötti kapcsolatot,¹⁷ és a szülőknak szeretniük kell a gyermekeket, akik pedig az apa részei.¹⁸ Ebben a konstrukcióban a felelősség egy bizonyos formája is megjelenik, hiszen a családi boldogság megvalósítása az egyén ter-

¹⁷ Arisztotelész: *Politika*, 1162a 2 6–28.

¹⁸ Arisztotelész: *Nikomakhoszj etika*, V. 1134 b 10; VIII., 1161b 27.

mészetéből fakad,¹⁹ de a legerősebb tézis továbbra is az, hogy a család természetes állapota csak a polisz keretei közé érve garantálható.

2.2.2. HOBBSES Ø

Mint ismert, az Arisztotelészt megvető Hobbes megfordította a fenti sorrendet, oly módon, hogy a „természetes állapotot” mint normatív végcélt hipotetikus kiindulóponttá alakította át, és azt állította, hogy itt nem a boldogság, hanem a félelem uralkodik. A családfői hatalmat [*paternal domination*] ezért annak kell gyakorolnia, aki ténylegesen rendelkezik a többiek élete felett. A szülők köthetnek egymással szerződést, de szerződés hiányában az anya gyakorolja a szülői hatalmat, hiszen ő dönt arról, hogy a gyermeket felneveli, avagy kiteszi a Taigetoszra, azaz magára hagyva kioltja az életét. A gyermek aláveti magát ennek az uralomnak akár explicit módon, beleegyezéssel, akár implicit módon, például úgy, hogy elfogadja az anyatejet. Az anya, amennyiben életben hagyja a gyermeket, úgy joggal követelheti majd, hogy gyermeke engedelmeskedjen.²⁰

Hobbes szóhasználata eléggé új: feloldja a *potestas* és az *autoritas* között feszülő ellentétet (*just power* vagy *authority of a sovereigne*), de a *potestas*-t is és az *imperium*-ot is (*summa potestas / summum imperium*) korlátozza. Utóbbi az angol szövegben a *command*-nek, vagyis a paracsnak felel meg, ezért lesz a *potestas*-ból a parancsadási jog (*jus imperandi* vagy *right of commanding*). Erre tekintettel kissé meglepő viszont, hogy a szülői hatalommal összefüggésben Hobbes miért a *dominium* kifejezést használja, amely elsősorban a dolgok felett uralmat jelenti, és Hobbes olyan helyzetekben alkalmazza, amikor területről van szó, pl. amikor a hódítás a hatalomgyakorlás alapja. Ez a helyzet egyébként majdnem ugyanaz, mint a társadalmi szerződés esete, csak éppen itt a meghódított fél a hódítótól, míg a szerződés esetében mindenki fél mindenkitől. A *dominium* azonban egy fura, elnyomás nélküli állapot. Az athéniak mondják pl. a peloponnészoszi háború veszteségeinek, hogy „ezért uralkodunk felettetek, de nem nyomunk el benneket” (*dominion over you without oppressing you*).²¹

Több azonos jellemvonás is van a görög és az angol gondolkodó elméletében. Ezek közül hármat említek meg. Az egyik az, hogy a családot Arisztotelész is, és Hobbes is politikai közösségnek tekinti. Míg azonban a görögknél a boldogság iránti vágy, addig Hobbes-nál a félelem fogja össze család tagjait. Ugyancsak egyetérténeken abban, ebből adódóan, hogy a család mint közösség tökéletlen. A görögknél a család boldogsága úgy garantálható, hogy organikusan beilleszkedik a városállamba, az angol filozófusnál viszont a család megszűnik (ha volt egyáltalán), hogy a társadalmi szerződés megkötése után, a szuverénnek adott felhatalmazás nyomán újra megalakulhasson. S végül abban sem len-

¹⁹ Pl. Arisztotelész: *Politika*, 1257a 7–18.

²⁰ Thomas Hobbes: *Leviathan, or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil*. (Ed. with an introduction by Michael Oakeshott) Oxford: Basic Blackwell, 1955, 20. fejt.

²¹ Luc Foisneau: 'Le vocabulaire du pouvoir.' In Yves Zarka (sous la dir.): *Hobbes et son vocabulaire. Etude de lexicographie philosophique*, Paris: J Vrin, 1992, 83–102. o., kül. 92–94. o.

ne vita köztük, hogy a család belső viszonyrendszere hatalmi jellegű. A „hatalom” fogalma ugyanakkor mást jelent a görög bölcselemben, és másra utal az angolnál. A család ugyanis Arisztotelésznél első sorban a reprodukció miatt szükséges, s hatalmi jellege ehhez is igazodik, addig Hobbes-nál viszont a hatalom kifejezetten arra a lehetőségre utal, hogy az egyik egyén (szülő vagy szülők) de facto képes vagy képesek elpusztítani a gyermeket.

2.2.3. HEGEL Ø

Hegel megpróbálta kibékíteni a két egymással ellenkező nézetet, de az érvelésben új elemek is megjelennek. Szerinte a család olyan erkölcsi közösség, amit szerződés, vagyis a házasságkötés alapoz meg. A házasság, írja Hegel, „jogos-erkölcsi szeretet, amely által eltűnik belőle az, ami benne múlandó, szeszélyes és pusztán szubjektív.”²² Az utódnemzésen is, és az azt megalapozó nemi ösztönökön²³ (ágyasságon) is túllép a házasság, amely felbonthatatlan, hiszen „[...] a házasság célja erkölcsi cél, amely oly magasan áll, hogy minden egyéb vele szemben erőtlennek és neki alávetettnek tűnik.”²⁴ Amiből azonban, jegyzi meg Hegel, nem következik, hogy a jog szerint is felbonthatatlannak kellene lennie házasságnak, hanem pusztán azt, hogy „magánvalóan”, azaz saját célja szerint az.²⁵

A család szerződéses jellegű megalapozása Arisztotelésznél egyáltalán nem, Hobbesnál pedig legfeljebb áttételesen (ti. állami felhatalmazás alapján) van jelen. Hegel maga is hangsúlyozza, hogy a házasságkötés lényegét tekintve nem szerződéses jellegű viszony, hanem sokkal inkább az egyéni egzisztencia feloldása egy új „jogi személyé”,²⁶ a családdá. A házasság célja viszont Hegelnél sem a boldogsággal, sem pedig félelemmel nem azonosítható. A „szubsztanciális cél tudata”, azaz, a szeretet, a bizalom és egész egyéni egzisztencia tudata.²⁷ A szeretet nyilván elvezethet a boldogsághoz, vagyis nincsen e tekintetben lényeges különbség Arisztotelész és Hegel között. Meglepő, hogy Hegel viszont Hobbes-hoz kötődik, amikor azt állítja, hogy míg a család nőnemű (ti. Hobbesnál az anya a valódi hatalomgyakorló, aki a gyermek életben tartásáról dönt), az állam viszont hímnemű.²⁸ Egészen új elem az érvelésben, hogy Hegelnél a gyermek jogok birtokosa, amiből az is következik, hogy a család belső viszony-

²² G. W. F. Hegel: *A jogfilozófiai alapvonalai*. (Ford.: Szemere Samu) Budapest: Akadémiai Kiadó, 1983, 161. §, 188. o.

²³ Az idős Hegel szövegét a saját nászútján kommentáló Marx egyik kommentárjában ezt írja: az emberi test legfőbb funkciója a szexuális tevékenység. Ld. Karl Marx: *Critique of Hegel's Philosophy of Right*. (Transl., ed.: Joseph O'Malley) Cambridge: Cambridge University Press, 1970, 40. o.

²⁴ Hegel: *A jogfilozófiai alapvonalai*, 163. §, 191. o.

²⁵ Uo.

²⁶ Uo. 170.§, 196. o.

²⁷ Uo. 163.§, 190. o.

²⁸ G. W. F. Hegel: *A szellem fenomenológiája*. (Ford.: Szemere Samu) Budapest: Akadémiai Kiadó, 1979, 374. o.

rendszere nem pusztán tényleges hatalmi viszony, hanem egy komplex normatív rendszer.

2.1. A SZÜLŐI FELÜGYELET A MAGYAR MAGÁNJOGBAN ¶

Bár a magánjogi szabályok forrása általában a *Sittlichkeit* értelemben vett erkölcs, azaz a kereskedelmi szokás, az új magyar polgári törvénykönyv szerzője e szabályok mellé emelte be a családjogi szabályokat is, annak ellenére, hogy az elterjedtebb felfogás szerint a családjog a piacétól eltérő erkölcsi tartalommal rendelkezik. Ez ellen sokáig nem emelte fel senki sem a szavát. A törvénykönyv e fejezetének gyakorlatban jártas szerzője pedig nem is nagyon akart változtatni a fennálló jogon, olyannyira, hogy akár azt is megkockáztathatjuk, hogy a kódex e részében nem is igazán kodifikációról, hanem inkább a korábbi joggyakorlatot és jogszabályokat egységesítő kompilációról (vagy konszolidációról) volt szó.

Nos, ezt az álló vizet később mégis felkavarta az a politikai oldalról érkező javaslat, hogy az élettársi közösség ne legyen a házassággal egyenrangú családjogi kapcsolat, pedig nem ez volt a legnagyobb baj: az újabb együttélési formákról zajló viták mellett mintha senkinek sem tűnt volna fel, hogy a poszt-nemzeti jogrend családjogi szókinccse még mindig a klasszikus 19. századi államtani hagyományt élte tovább. Ezért érdekel engem, hogy amennyiben a szuverén állam is felelősségre vonható, akkor miért is lenne a szülő egy pusztán „felügyelő”, ahogyan a kódexben olvassuk? Nincsen persze új családjog-tan a fejemben; pusztán arra szeretnék rámutatni, hogy a magyar kodifikátor, ha ragaszkodik a „szülői felügyelet” terminushoz, akkor éppannyira helytelenül jár el, mint az a politikus, aki azt hiszi, hogy ma ugyanolyan nemzetállami szuverenitás keretei között élünk, mint mondjuk három emberöltővel ezelőtt. Az európai jogfejlődés legalábbis már eljutott a „szülői felelősség” jogintézményéhez, amely független a piac moralitását és logikáját tükröző felelősségi alakzattól. A lényeges számunkra az a belátás, hogy ez a jogfejlődés a politikai nézetek változását is jelenti.

2.1. TÖRTÉNETI ELŐZMÉNYEK ¶

Feltehetően azért is, mivel a kánonjog a házasságkötést szabályozza, de a családon belüli jogviszonyokat viszont nem, a jogalkotó igen hamar szükségét érezhette, hogy betöltse ezt a hiányt. A magyar jogalkotó kezdetektől fogva Werbőczyn (*Tripartitum*, 51. cím) és a gyámságról és gondnokságról szól 1877. évi XX. törvénycikken keresztül át egészen a szocialista jog felbukkozásáig atyai hatalomról (*patria potestas*) beszélt. A „hatalom” (*potestas*) fogalma római jogi eredetű, és szembenáll a keresztény *autoritas* elgondolással, hiszen az előbbi egy pusztán tényhelyzetre utal, utóbbi viszont egy erkölcsileg igazolt vagy igazolásra váró pozícióra.

A hatalom-birtokos *pater familias* fogalma egyértelmű politikai jellegére nem csak az utal, hogy olykor az uralom (*imperium*) kifejezéssel kerül viszonyba.²⁹ Mások mellett Yan Thomas-nak az apagyilkosságról szóló klasszikus tanulmánya hívta fel erre a figyelmet. Itt arról olvasunk, hogy a római jogban a *parricidium* bűncselekménye csak később sorolódott be a szándékos emberölés általános dogmatikai kategóriájába: az emberölés sokáig magánügy volt, a *parricidium* viszont közügy volt [„*grande affaire de la cité*”], ami *pater patriae*-t sértette (a principátus idején).³⁰ Hasonló politika van a házasságtörésnél is. Amennyiben az apa a házasságtörő lányát *in flagranti delicto* éri, akkor megölheti, hiszen ő élet és halál ura (*ius vitae ac necis*). Etekintetben mindegy, hogy a biológiai apáról, avagy örökbefogadó apáról van szó, hiszen az apaság hatalmi-jogi konstrukció. Papinianus és Ulpianus alapján Jane F. Gardner azt mondja, hogy itt mindegy ki mennyire szereti az édes vagy mostoha gyermeket, hiszen „bármiféle személyes érzelmenél fontosabb a *pater familias* szélesebb társadalmi felelőssége a háztartása erkölcsi jólétéért.”³¹ Megjelenik ugyanakkor az a gondolat is, hogy az uralom alá helyezettek, tehát például a gyermeknek, jogi kötelessége a *pietas*, azaz a kegyes szeretet gyakorlása a *pater familias* mint jogilag igazolt tekintély irányába. A szeretet és az érzelem mégis fontos, hiszen a kötelezettség örökbefogadás esetén mindössze annak idejére állt fenn. A biológiai apa esetén viszont az a kötelezettség is deriválható volt belőle, hogy a leszármazott nem támadhatta meg a *pater familiast* a bíróság előtt.³²

Most térjünk vissza a magyar joghoz. Itt a II. Világháború után – a 10470/1945. (XI. 6.) ME sz. rendelet nyomán – az atyai hatalom fogalmának a helyébe a szülői hatalom kifejezés lépett. A hét évvel később hatályba lépő *Családjogi törvény* (1952. évi IV. tv.) azonban pusztán csak látszólag szakított a hatalom-központú felfogással, amikor bevezette a „szülői felügyeleti jog” fogalmát.

²⁹ Ez valószínűleg görög hatásra alakult így. Maguk a görögök az *archein* és a *kratein* szavakat használták a házastársi viszony leírására éppúgy, mint amikor a politikai hatalomról is beszéltek. A római jogászok jobban igyekeztek ügyelni arra, hogy a megfelelő helyzetben a megfelelő szót használják. Treggiari idézi például Cicerót, aki Appius Claudis Cacus-szal (Kr.e. 4. sz.) összefüggésben megjegyzi, hogy nem csak tekintélye (*auctoritas*), hanem hatalma (*imperium*) is volt a családja – vagyis négy felnőtt fia, öt lánya, rabszolgái és kliensei – felett. A felsorolásból a házastárs – feltehetően szándékosan – kimaradt. A latin szerzőknél *imperium* az alávetettek bejegyzése nélküli hatalomgyakorlás, vagyis a zsarnokság, illetve az olyan helyzet, amikor az asszony veszi át hatalmat. Vö. Susan Treggiari: *Roman Marriage, Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*. Oxford: Clarendon Press, 1991, 210. o. Tanulságos megemlíteni, hogy majdnem ugyanez a fordulat van meg a Máté evangéliumban, a 7: 29-es versnél, ahol ezt olvassuk: „mert úgy tanította őket, mint akinek hatalma van, és nem úgy, mint az ő írástudóik.” A vulgata itt a *potestas* (vagyis nem az *auctoritas* vagy az *imperium*) szót használja (*sicut potestatem habet*) Jézusra, és ez van szembeállítva a farizeusok írásával (*sicut scribae Pharisees*), utalva ezzel arra, hogy a hallgatók úgy érezték: a tanító *de facto* is képes megvalósítani a tanítását.

³⁰ Yan Thomas: 'Parricidium.' 93 *MEFRA* (1981/2) 643–715. o. [www.persee.fr]

³¹ Jane F. Gardner: *Family and Familia in Roman Law and Life*. Oxford: Clarendon Press, 1998, 122. o.

³² Gardner: *Family and Familia...*, 124. o.

A látszólagos szakítás annak tudható be, hogy a „felügyelet” kifejezés nem kevésbé utal tényhelyzetre, mint a „hatalom”. Egy tényhelyzet pedig vagy fennáll vagy nem áll fenn, s a kérdés ebben az összefüggésben így az lesz, hogy ehhez a helyzethez miként köthetők jogok és kötelezettségek. A Csjt. vonatkozó szabályait elemző, szocialista korszakból származó kommentárok a problémát úgy oldják fel, hogy a szülői felügyeletről úgy beszélnek, mint ami „egyszerre jog és kötelezettség”, ami nyilvánvalóan nem kielégítő megoldás, hiszen egyfelől minden kötelezettség egyúttal jogosultság is (pl. amire *X* kötelezett, azt nyilván jogosult is megtenni), s ha pedig, másfelől, a szülői felügyelet elsődlegesen jogosultság, akkor viszont kérdéses, hogy ez a jog miként igazolható, s hogy mi a viszonya a kötelezettségekhez.

A fent vázoltak lehetséges elméleti magyarázatot adnak arra, hogy milyen elméleti köntösbe öltöztethető a felügyelet fogalma. Amennyiben az európai jog fejlődésére is tekintettel lettünk volna, úgy szerintem meg kellett volna szabadulni a „felügyelet” szótól és inkább a „szülői felelősség” terminust lehetett volna használni, ugyanúgy, ahogyan azt a 2201/2003 Brüsszel 2bis rendelet is teszi. A szülő ugyanis felelős azért, hogy gyermekének neve legyen, vagyona kezelésre kerüljön, fejlődése egészséges és életmódja általában is megfelelő legyen, még akkor is, ha, amennyiben ettől a bíróság vagy a jog ettől el nem tiltja, a kiskorú gyermek nem nála kerül elhelyezésre, azaz fizikailag „nem nála van”. Nem tűnik kielégítő ellenérvnek, hogy a kifejezés azért kerülendő, mert a „felelősség” szó láttán a jogalkalmazó az általános kárfelelősség szabályára gondol, hiszen az általános alakzat alól eleve rengeteg kivétel akadt, már a római jogban is. Az az érzésem, hogy egy új szóhasználat jogi-politikai akadálya inkább a rossz fogalmi készlet; nehéz belátni, hogy ha már bizonyos esetekben az állam is felelősségre vonható „saját” tetteiért, úgy miért lenne a szülő „felügyelője” a gyermeknek, s nem pedig „felelős” érte.

Ennek az álláspontnak az alátámasztására idézhető a jelenlegi német szabályozás is, ami már szakított a szülői hatalom [*Genahlt*] fogalmával. Franciaországban a „szülői tekintély” [*l'autorité parentale*] fogalma használatos. A 2002-305 (2002. március 4.) a szülői tekintélyről szóló, a Polgári Törvénykönyvet módosító törvény szerint a tekintély e formája „jogosultságok és kötelezettségek összessége, amelyek célja a gyermek érdeke. E tekintély megilleti az apát és az anyát a gyermek nagykorúvá válásáig vagy önállóságának eléréséig, azért hogy biztonságát, egészségét és erkölcsét megóvják, nevelését biztosítsák és lehetővé tegyék fejlődését személyiségének tiszteletben tartása mellett. A szülők bevonják, tekintettel életkorára és fejlettségi szintjére, az őt érintő döntések meghozatalába a gyermeket is.” (371-1.) A szülők tehát ezzel a tekintéllyel együttesen rendelkeznek. (372) A Brüsszel II bis rendelet³³ is a szülői felelős-

³³ A jogforrás pontos címe: 2201/2003/EK rendelet a házassági ügyekben és a szülői felelőségre vonatkozó eljárásokról a joghatóságról, valamint a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról.

ségről (*parental responsibility – responsabilité parentale*) beszél, elválasztva ettől a felügyeleti jogot, ahol a Rendelet angol nyelvű szövegében a római jogból ismert *custodia* fogalommal találkozunk (*rights of custody – droit de garde*).³⁴

A magyar kódex egy heterogén nemzeti nyelvezetet használó jogi-politikai kontextusba igyekszik besimulni. Az alaptörvény első sorban a házasságot védi, ami a „férfi és nő között, önkéntes elhatározás alapján létrejött életközösség”. A „család” pedig azért válik védendő alkotmányos értékke, mivel az „a nemzet fennmaradásának alapja” [L cikk, (1)-(2) bekezdések]. E jogszabályhelyhez fűzött rövid indokolás nem zárja persze ki, hogy férfi és nő közötti, önkéntes elhatározáson alapuló érzelmi és gazdasági életközösséget ne a házasság hozza létre (pl. élettársi közösség, amire a „gazdasági” jelző betoldása is utal), de az alkotmányozó mégis kiemeli a családot mint védendő együttélési formát („életközösséget”) a többi forma közül. A „család” fogalmának megvilágítása során az alkotmányozó még annyit fűz hozzá a szöveghez, az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatának 16. Cikk (3) bekezdése nyomán, hogy az a „társadalom legkisebb egysége”, bár a nyilatkozat nem a „kicsi”, hanem a „természetes és alapvető” (*natural and fundamental [group unit of society]*) jelzőket használja, feltehetően, azért, mivel az elemi vagyis „legkisebb” egység a nyilatkozatban maga az ember (*everyone*). Hogy ennek meghatározásnak mi a pontos jogi értelme, egyelőre még nem világos; a joggyakorlatban és a mindennapokban minden esetre a szülői felügyeleti jogkör fennállása független a házasság megkötésétől, ahogy a Nyilatkozat is függetlenül kezeli egymástól a házasságkötéshez való jogot, valamint a család társadalom és az állam általi védelmét.

Az alaptörvényi utalás révén megszületett családvédelmi törvény (2011. évi CCXI. törvény a családok védelméről) 9. §-a az „anyát és az apát” nevesíti, akik „kötelezettségeikkel és jogaikkal” a „szülői felelősség alapján” bírnak. Az elemzett törvény a „normálisan” működő családból indul ki. A családon belüli erőszakkal foglalkozó korábbi jogszabály (2009. évi LXXII. törvény a hozzátartozók közötti erőszak miatt alkalmazható távoltartásról) viszont olyan helyzetre kíván megoldást keresni, ami a „családi alkotmányjogban” egyfajta „szükségállapotnak” felel meg. Miként arra a jelenleg hatályos szabályozás címe is utal, ebben az esetben a jogalkotó célja nem a „normális” családban meglévő harmónia védelme, hanem a hozzátartozói körben már kialakult konfliktushelyzet kezelése és az újabb konfliktus kialakulásának elkerülése.

De térjünk vissza szülői felügyelethez! A kodifikátor magyarázata szerint e fogalom azért is jó, mivel a hétköznapi nyelvhasználatban is elfogadott terminusról van szó. Ez az állítás nemigen állja meg a helyét, mivel a „hétköznapi nyelvhasználat” nagyjából abban merül ki, hogy „ma nálam van a gyerek, holnap nálad”, ami pontosan nem fedi le azt az esetkört, amikor a szülői felügyelet

³⁴ Megjegyzem, hogy az angol-amerikai nyelvhasználat ingadozik a magyarhoz hasonló tényhelyzet elfogadása és a német-francia jog tekintély fogalma között (*custodial parents – parental authority*). Mindenesetre azt a szülőt, akinél a gyerek ténylegesen van, *custodial parent*-nek hívják.

fennáll vagy nem áll fenn, hiszen a gyermekkel nem együttélő szülőnek is megmaradnak bizonyos jogosultságai (például a lakhely kijelölését illetően), amelyek ráadásul függetlenek a szülői létből fakadó kötelezettségektől (például a tartásdíj megfizetésétől).³⁵

2.2. EGY LEHETSÉGES JOGDOGMATIKAI REKONSTRUKCIÓ (HOHFELD) ¶

A házasság és a család politikai-jogi megalapozása és intézménykénti működése ma már nem igazolható a klasszikus szerződéselmélet alapján, és valószínűleg azoknak sincsen igazuk, akik úgy látják, hogy ezek az intézmények valójában arra vannak csak, hogy elfedjék: maga a családi kapcsolatrendszer a természeti állapot.

A társadalmi szerződés ugyanis tisztán önérdekre és/vagy racionalitásra alapozva igyekszik igazolni az államhatalmat, kizárva ezzel az érzelmeket és a szenvedélyt. Lehet természetesen érdekházasságot kötni avagy egy racionális élettársi kapcsolatot kialakítani, de teljesen intuíció-ellenes lenne, ha a nem racionális tényezők szerepét teljesen kizárnánk a házasságkötéshez vezető tényezők közül. A szülő nem olyan értelemben vett szuverén a gyermekek felett, mint ahogyan politikai hatalom birtokosa az állampolgárok felett. A szuverén úr ugyanis a politikai közösség felett áll, s nem pedig annak a része; míg a szülő a család része, s nem pedig egy efelett elhelyezkedő entitás. Végül pedig a hatalom tényhelyzetet jelent, s ha a szülő pusztán hatalom birtokosa lenne, akkor el kellene fogadni, hogy a pisztolyt fogó a bandita és a renitens gyereket a szobába bezáró zord atya között nincs is különbség.

Azt gondolom, hogy lényeges lépés volt a felelősség elismerése felé vezető úton a hegeli szeretet fogalom, vagy különös terminológiájával, a partikuláris altruizmus, azaz az önfeláldozás. A szeretet tehát az, ami igazolja befelé a „hatalomgyakorlást”, vagyis azt a tényt, hogy a család létezik. A szeretetet nem kell megosztani úgy, ahogyan a hatalmi ágakat; a szeretet nem kell visszavezetni semmire és ugyanakkor rengeteg okra visszavezethető, s végül, de nem utolsó sorban a szeretett gyakorlását nem kell racionálisan igazolni, sőt, legtöbbször kifejezetten ésszerűtlen szeretni. A szeretet, jogi értelemben nem pusztán tény, hanem szabályösszesség. Erre utal, hogy az altruizmust Hart is bevette a természetjog minimális tartalmi követelményei közé. Aki pedig szabályt követ, rendszerint kötelezett is arra, hogy ezt tegye, s ha kötelezettséget megszegi, akkor felelősséggel tartozik. A Hegelhez köthető probléma ugyanakkor pontosan az, hogy ő maga az államot szuverénnek tekintette, és ezért ugyanolyan szeretetet várt el az állampolgárok irányából állam iránt, mint amilyen szeretet a jól mű-

³⁵ Egy korábbi alkotmánybíróági gyakorlat (995/B/1990 AB Határozat.) viszonylag világosan kijelölte azt is, hogy milyen alkotmányos kritériumai vannak szülői felügyelet gyakorlásának a nem együttélő szülők esetében. Ez a határozat leszögezi mások mellett azt is, hogy a tartásdíj megfizetésére kötelezett szülő nem részesül hátrányos megkülönböztetésben a gyermekével egy háztartásban élő szülőhöz képest.

ködő családban megjelenik, ami manapság már aligha tartható fenn, hiszen nem igazolható, hogy az állam irányába bármiféle természetes kötelességünk lenne.

„Felelősnek lenni valakiért” azt jelenti a jogban, hogy megfelelően döntünk arról, hogy kinek mi a jussa. Ilyen módon a jog azt követeli meg a szülőktől, hogy a saját, jóról alkotott felfogásuk alapján irányítsák igazságosan mindazokat, akik a gondjaikra vannak bízva. A szülői felügyeleti jog az igazságosság e formájának az érvényesítését jelenti. A családon mint csoporton belüli jogviszonyok természetesen ennél az egyszerű elvnel komplikáltabbak, hiszen nem csak a szülőknek egymás irányában, hanem a gyermekek vonatkozásában is vannak jogai és kötelezettségei, tekintettel azok legfőbb javára (*best interest of the child*).

A viszonyrendszer, mint mondtam, igen komplikált, hiszen maga az élet is az. Nézzük meg, hogy miként lehetne modellezni a szülői felelősséget, nem együttélő szülők és közös gyermekük vonatkozásában:

- a gyermek ugyan igény-joggal [*claim right*] léphet fel, hogy találkozhasson a vele nem együttélő szülőjével, amiből az a kötelezettség származik a gyermekkel együttélő szülő számára, hogy ne akadályozza a kapcsolattartást – a gyermekkel együtt nem élő szülő sem nem jogosult, sem nem köteles a gyermek kérésnek eleget tenni;
- a gyermekkel nem együttélő szülő szabadon [*liberty right*] dönthet arról, hogy kíván-e kapcsolatot tartani a gyermekével, de erre egyáltalán nem kötelezhető – a gyermeknek pedig joga, de nem kötelezett arra, hogy találkozzon azzal a szülővel, akivel nem él együtt;
- a szülőknek együttesen van meg a felhatalmazottságuk [*power*] a gyermekkel szemben, például a lakóhely megválasztásában – a gyermek viszont engedelmeskedési kötelezettséggel tartozik;³⁶
- és végül a szülők együtt is, külön-külön is, főszabályként, jogi mentességet [*immunity*] élveznek, hogy a gyermek javát maguk határozzák meg, hogy ebben más, ideértve, maga a gyermeket is döntsön.³⁷

Mint látható, a családi jogviszonyok és a szülői felelősség körének leírására a Hohfeld-féle tipológia³⁸ *ab ovo* nem teljesen alkalmatlan, és ez a tény rávilágíthat arra, hogy a felhatalmazottság értelmében vett hatalomgyakorlás mindössze egyike a szülői jogosultság-csokornak, de nem azonos azzal. Láthatóvá teszi azt is, hogy az egyes kötelezettségek (pl. a tartásdíj megfizetése) és jogosultságok

³⁶ Ha viszont a szülők nem értenek ebben egyet (pl. az egyik kivándorolna vagy nem költözne haza a közös gyermekkel, a másik viszont éppen ellenkezőt szeretné), akkor az illetékes gyámhatóság dönthet – bizonyos esetben – akár úgy is, hogy a gyermeket meghallgatja.

³⁷ Ez mentesség viszont nem korlátlan, vagyis adott esetben a gyermek javáról egy családon kívüli autoritás határozhat, pl. a gyerek beiskoláztatásának elmulasztása esetén annak kötelező előírásával.

³⁸ W. N. Hohfeld: 'Alapvető jogi fogalmak a bírói érvelésben.' (Ford.: Szabó Miklós) In Szabó Miklós – Varga Csaba (szerk.): *Jog és nyelv* Budapest, 2000, 110-136.

(pl. a gyermek láthatási joga) egymástól független jogi helyzet eredményeznek, noha a hajlamosak lennénk – amennyiben a szülői létet hatalomnak és a gyermeket a tulajdonjog tárgyának tekintenénk – a kettőt összekötni (pl. „Addig, amíg a volt nejem elzárja előlem a gyereket, nem kap tőlem egy vasat sem!”). Az elemzés ugyanakkor nem feledtetheti el az olvasóval, hogy mindezek a technikai-jogi kérdések valójában politikai természetűek, melyeket olykor megjelennek a politikai vitákban is. A paternalista törvényhozás például szeretné azokat az érzelmeket is nyilvánossá tenni és irányítani, amelyeket pedig szeretnénk magunknak megtartani azzal, hogy a szülői immunitást figyelmen kívül hagyja például akkor, amikor megadja az újszülötteknek adható utónevek – gyakorlatilag csak az állam által módosítható – listáját.

ÖSSZEGZÉS HELYETT A REMÉNY HALJON MEG UTOLJÁRA: RORTY, ÉS A DEPOLITIZÁLÁS HELYE A JOGDOGMATIKA OKTATÁSÁBAN

Vajon depolizálható-e a jogdogmatika? A helyes válasz valószínűleg az, hogy nem, márcsak azért sem, mert magának a „depolitizálásnak” is politikai filozófiai alapja van. Természetesen nem gondolom, hogy az enyém lenne az egyetlen lehetséges jogfilozófiai megközelítés a jogdogmatika politikai karakterének tárgyalása során. Például, Dworkin helyett, lehetne a családjognak egy olyan markáns természetjogi-jogdogmatikai megalapozást adni mondjuk John Finnis elméletéből kibontva,³⁹ ami egyértelműen egy politikai filozófiai álláspont elfogadását is feltételezi.

Azon gondolkodom mindössze, hogy vajon a depolitizáltság nem inkább egy remény kifejeződése-e, amelyre azért van szükség a jogi felsőoktatásban, hogy a jogot tényleg úgy lehessen tanítani, mintha minden magyar jogász ténylegesen is „mesterember” lenne és mintha a jogszabályok nagy része nem az aktuális pártpolitika állásától függené. O. W. Holmes írja, hogy az elmélet éppannyira fontos szerepet játszik a jog dogmájának fenntartásában, mint amennyire az építész a legfontosabb ember, aki részt vesz a házépítésben.⁴⁰ Valószínű, hogy Szabó Miklós jogdogmatika-tana nélkül a jelenlegi jogalkalmazók sokkal reflektálatlanabban alakítanák a joggyakorlatot.

A magyar jogi felsőoktatásban ez a fajta realista hozzáállás, a „rossz ember” perspektívája, amely egy előrejelző elmélet elemeivel egészül ki, gyakorlatilag teljesen hiányzik. E jogi realizmus azonban csak kontingensen kapcsolódna a

³⁹ Ld. John Finnis: *Natural Law and Natural Rights* könyvének részleteit Tattay Szilárd gondozásában. In Paksy Máté – Tattay Szilárd (szerk.): *Ratio Iuris: Szövegek a természetjogi gondolkodás tanulmányozásához*. Budapest: Pázmány Press, 2014., főként az életről mint alapvető jóról szóló fejtegetéseket (eredeti mű, 1980-as kiadás, 86–87. o.).

⁴⁰ *The theory is the most important part of the dogma of the law, as the architect is the most important man who takes part in the building of a house*. Idézet forrása O. W. Holmes: ‘The Path of the Law.’ 10 *Harvard Law Review* (1897) 457. o.

politikai realizmushoz, ami nyilván elvetné a politikamentes jogdogmatikába vetett reményt mint hamis utópiát. Mivel a kapcsolat a két fajta realizmus között kontigens, fenntartom, hogy a jogdogmatika megalapozási igény nélküli – akár ironikus, elbeszélő módú – művelése nem tenné színvonalatlanabbá a hazai jogi oktatást sem, ott ahol ésszerűen nem reménykedhet abban senki, hogy a politikusnak valaha is kialakul a helyes jog- és igazságosságérzete.

Úgy tűnik, hogy Szabó Miklós jogdogmatika-konceptiója politikamentes. Am ha ez a feltételezés megáll, akkor meglepő, hogy vannak nehéz esetek, hiszen ezek léte éppen abból fakad, hogy a politikai közösség tagjai nem értenek egyet az igazságosság jogra vonatkoztatott politikai sztenderdjeit illetően. Az ünnepelt számára készített ajándékomban a családjog területről vett példával szeretném illusztrálni, hogy minden reménykedésünk ellenére sajnos a jogdogmatika depolitizálhatatlan. Az érvelésem kibontása során nem csak a pozitív jogot vizsgálom, hanem azt megalapozó politikai filozófiai tanokra is igyekszem tekintettel lenni. Az összegzés helyett adott konklúzióm szerint a depolitizálhatatlanság tényéből nem következik, hogy ne lenne érdemes mégis reménykedni ennek ellenkezőjében.

