

УДК 340.124

DOI: 10.17223/1998863X/63/24

Г.Л.А. Харт

НЕБЕСА ПОНЯТИЙ ИЕРИНГА И СОВРЕМЕННАЯ АНАЛИТИЧЕСКАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ¹

Перевод выполнен при финансовой поддержке Совета по грантам Президента РФ (проект № МД-137.2020.6).

Предлагаемый вниманию читателя перевод статьи английского философа права Герберта Харта представляет собой одноименный доклад, прочитанный им в октябре 1969 г. на симпозиуме в Гёттингене (Германия) в честь 150-летия со дня рождения Рудольфа фон Иеринга. В первой части статьи Харт пытается связать некоторые взгляды Иеринга как с представителями американского правового реализма, так и со сторонниками формирующейся аналитической юриспруденции. Вторая часть посвящена описанию отличительных свойств аналитической юриспруденции и границ ее полезности для объяснения содержания правовых понятий.

Ключевые слова: аналитическая юриспруденция, анализ, правые понятия, юридический язык, Иеринг

I

Я начну со слов сожаления по поводу того, насколько мало замечательных произведений Иеринга переведено на английский язык. Это – интеллектуальная трагедия. На английском нет ни его великолепной работы *Geist des Römischen Rechts*, ни *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* [1]², ни даже его статьи «Im Juristischen Begriffshimmel», которую я хочу здесь обсудить (переводы некоторых ее фрагментов появились в 1951 г. в американском сборнике по юриспруденции и философии права [2]). Я надеюсь, что когда-нибудь эта недоработка будет устранена.

После прочтения этой хотя и небольшой, но блестящей работы Иеринга у английского юриста, интересующегося философией права, сформируется два противоположных мнения. С одной стороны, он удивится, поскольку, осознанно или неосознанно, не ожидает, что работа немецкого юриста XIX в. может быть настолько остроумной и забавной. Нет ни одного английского мыслителя в области права, за исключением, пожалуй, раннего Бентама, который сочетал бы такое глубокомыслие с легкостью изложения, как Иеринг. С другой стороны, у английского читателя этой работы Иеринга появится ощущение *déjà vu*, если даже не *déjà lu*. К этому я обращусь позднее, но сначала в кратком виде объясню основные интеллектуальные недостатки, над которыми Иеринг иронизирует. Я полагаю, что здесь можно выделить пять

¹ Перевод с английского выполнен В.В. Оглезневым и В.А. Суровцевым по изданию *Hart H.L.A. Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence // Essays in Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford : Clarendon Press, 1983. P. 265–277.

² Все ссылки далее приводятся по *Jhering R. Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das Juristische Publikum*. Leipzig, 1900. – *Примеч. Г.Х.*

различных, хотя и взаимосвязанных, аббераций правового мышления. И заключаются они в следующем:

1. Чрезмерная озабоченность понятиями, которые рассматриваются в отвлечении от тех условий, при которых они должны применяться в реальной жизни¹.

2. Слепота в отношении общественных и индивидуальных интересов, которые должны учитываться наряду с другими практическими проблемами при использовании и развитии правовых понятий².

3. Убежденность в том, что можно провести разграничение между сущностью (*das Wesen*) и юридическими последствиями (*die Folgen*) юридического правила или правового понятия, что позволяет рассматривать понятия *in abstracto* «aller seiner realen Wirkungen entkleidet», как это делал Пухта в случае с владением [1. P. 296]. При решении проблем это приводит к особому рода бессмыслице, которая дает нам право говорить о понятии вроде владения, что оно «seinem Wesen nach Faktum, in seinen Folgen einem Rechte gleich» [Ibid. P. 283], а поэтому «Faktum und Recht zugleich» [Ibid.].

4. Игнорирование целей и задач права, отказываясь при этом от вопроса, почему право является таким, а не иным. В *Begriffshimmel* «fragt Niemand nach dem Warum» [Ibid. P. 287] и все понятия, искаженные соображениями полезности, включены в «Anatomisch-pathologisches Begriffskabinett» [Ibid. P. 297]³.

5. Ошибочное уподобление понятий и методов юридической науки математике. В том смысле, что все юридические рассуждения являются по сути чистым вычислением, при котором содержание правовых понятий раскрывается при помощи логической дедукции [Ibid. P. 287–288]⁴.

Таковы, я полагаю, основные черты стиля правового мышления, против которого выступает Иеринг. Почти все они подвергались нападкам, причем часто в очень схожей стилистической манере, со стороны выдающегося специалиста в области общего права, благодаря которому многие английские юристы научились критически относиться к своей собственной системе. И он – не англичанин, а знаменитый американский судья Верховного суда и юрист, Оливер Уэнделл Холмс-младший. Между взглядами Холмса и Иеринга есть много поразительных сходств; но все же кажется очевидным, что американский юрист пришел к своей критической позиции самостоятельно. Действительно, автор самой последней, авторитетной и подробной биографии Холмса прямо заявляет, что хотя Холмс и был знаком со всеми четырьмя томами *Geist des Römischen Rechts* Иеринга еще с 1879 г., однако нет никаких свидетельств, что он осознал, что между его протестом и протестом Иеринга против ‘блаженства логики’ в немецкой правовой мысли, есть хоть какая-то аналогия [3. P. 152].

Вот лишь некоторые известные выражения Холмса: «Общее право – это не мрачная вездесущность на небесах» [4. P. 222]; «Жизнью права не является логика, ею является опыт» [5. P. 1], «Ошибочно полагать, что система права может быть разработана подобно математике на основе некоторых общих

¹ «Die Frage der Anwendung und des Beweises kommt für ihn gar nicht in Betracht» [1. P. 273].

² «Badet sich hier in dem reinen Gedankenäther, unbekümmert über die reale Welt» [1. PC. 274].

³ Ср.: «Thörichte Frage nach seinem praktischen Warum» [1. P. 314].

⁴ Ср.: «Der Jurist rechnet mit seinen Begriffen, wie der Mathematiker mit seinen Größen» [1. P. 274].

аксиом поведения» [6. Р. 180]; «Это заблуждение, что единственной силой, влияющей на развитие права, является логика» [Ibid.]; «Общие суждения не разрешают конкретные случаи» [7. Р. 74]; «Там, где есть сомнения, простого инструмента логики недостаточно» [8. Р. 239].

На критическую позицию Холмса, которую он называл ‘ошибкой логической формы’, повлияли прагматизм и операционализм американского философа Ч.С. Пирса [6. Р. 184]. Но с прагматизмом он объединил глубокую убежденность, схожую с озабоченностью Иеринга относительно «*Zweck im Recht*», что при толковании и применении права юристы должны проявлять чуткость к требованиям ‘общественной выгоды’.

Холмс был духовным лидером школы скептически настроенных американских юристов, наиболее значительное развитие которой обнаруживается у разрозненной группы авторов, известных как ‘правовые реалисты’, основные работы которых были опубликованы в 1930-х. Но между ними и Холмсом стоит Роско Паунд, который, прочитав все работы Холмса и Иеринга, ясно осознавал, что оба они в равной степени являются пионерами в вопросе замены *Begriffsjurisprudenz* на *Wirklichkeitsjurisprudenz*. Влияние Иеринга очевидно в таких известных работах Паунда, как *Interpretations of Legal History* [9] и знаменитом эссе *Mechanical Jurisprudence* [10], в которых он, передавая собственными словами послание Иеринга, подвергает критике как глубоко ошибочное убеждение, что право развивается посредством «строгого логического вывода из predetermined понятий, не согласуясь и часто вопреки действительным фактам». Для описания этого ошибочного метода Паунд использовал такие эпитеты, как ‘автоматический’, ‘игровой автомат’, ‘формальный’ и ‘концептуализм’.

Тем не менее, несмотря на эти поразительные сходства, атаки американцев на *Begriffsjurisprudenz*, или ‘концептуализм’, и протесты Иеринга развивались по-разному. Следует помнить, что объектами нападок Иеринга были не практикующие юристы, а великие ученые-юристы (*Theoretiker*). Только они были допущены в *Begriffshimmel*. Также следует помнить, что почти все они были немцами («fast nur alle aus Deutschland»). Савиньи почти было отказано в доступе в *Begriffshimmel*, но он все-таки туда попал благодаря своей работе о владении, демонстрирующей настоящее презрение к полезности. Этих теоретиков так мало беспокоила практическая юриспруденция, что они готовы были игнорировать любые решения судей, которые противоречили бы их собственным логическим вычислениям, с помощью которых они раскрывали содержание правовых понятий. Практика, по их мнению, ‘портит право’, и по этой причине она плоха; точно так же, как можно осуждать войну, потому что она портит внешний облик солдат («der Krieg verderbe den Soldaten» [1. Р. 289]). Таким образом, теоретик, если он удостоивается доступа к *Begriffshimmel*, должен быть вполне готовым к осуждению решений практикующих юристов как логически невозможных [Ibid. Р. 300] и, как в случае римских юристов, списывать их отклонение от строгой концептуальной мысли на дурное влияние соображений полезности [Ibid. Р. 297].

Существенная разница между нападками на концептуализм Иеринга и нападками Холмса вместе с его последователями, Паунда и правовых реалистов, заключается в том, что последние выступали не против ученых-юристов, а против судей и практикующих юристов. Для них эти недостатки

правового мышления демонстрируются теми юристами и судьями, которые при рассмотрении дел чрезмерно полагаются на 'логику' и которые считают, что применение общих правил и понятий при принятии решений является лишь упражнением в силлогистическом рассуждении. А это представляет собой критику судопроизводства, которую американские юристы проповедовали английским адвокатам.

Несомненно, это различие между Иерингом и его американскими коллегами отражает разный статус судьи в немецкой и англо-американской правовых системах. Позднее, конечно, последователи Иеринга направили свои атаки так же и на судей, полагавших, что, используя только логические операции, они могут с абсолютной точностью установить, что решение по конкретному делу было предопределено законодателем [11. Р. 7]. Сходным образом посыл Холмса был расширен Паундом и его последователями, в результате чего он превратился в критику не только судей, но и сочинений юристов.

Несмотря на эти различия, я считаю, что фундаментальная интеллектуальная ошибка относительно природы права и правовых понятий, вызвавшая огонь Иеринга, была точно такой же, как и та, что вызвала нападки Холмса и его последователей; и я попытаюсь объяснить, в чем ее суть. Мне кажется, что проще всего это можно сформулировать следующим образом. Основная ошибка заключается в убеждении, что правовые понятия являются *фиксированными* или *закрытыми* в том смысле, что их можно исчерпывающим образом определить в терминах набора необходимых и достаточных условий; так что относительно любого реального или воображаемого случая можно с уверенностью сказать, подпадает ли он под это понятие или нет; понятие либо применимо, либо нет; следовательно, оно является логически закрытым (*begrenzt*). Это означает, что применение понятия к конкретному случаю представляет собой простую логическую операцию, задуманную как своего рода раскрытие того, что уже есть¹, а в более простой англо-американской формулировке это приводит к убеждению, что значение всех юридических правил устанавливается и предопределяется до того, как возникают какие-либо конкретные вопросы об их применении.

Если мы зададимся вопросом, почему это убеждение о природе правовых понятий неверно, ответом, как я уже когда-то говорил [12. Р. 125], будет то, что люди, которые принимают законы, — это люди, а не боги. Особенностью затруднительного положения человека, и не только законодателя, но и любого другого, кто пытается урегулировать какую-либо сферу поведения с помощью общих правил, является то, что он страдает от одного важного недостатка — невозможности предвидеть все возможные комбинации обстоятельств, которые будущее может преподнести. Бог мог бы все это предвидеть; но этого не может ни один человек, и даже юрист. Конечно, все *может* быть иначе. Предположим, что мир, в котором мы живем, на самом деле описывался бы только конечным числом характеристик, и предположим, что мы знали бы все способы их сочетания, тогда любую возможность можно было бы предусмотреть заранее. Мы могли бы создать правила и понятия, применение или неприменение которых к конкретным случаям было

¹ «Die Fülle des Inhalts, der in ihnen beschlossen liegt, für die Erkenntnis zu Tage zu fördern» [1. Р. 287].

бы изначально зафиксировано, и тогда не потребовалось бы ни последующего выбора, ни полезности или практических вопросов, ни даже творческого развития исходного правила. Все могло бы быть известно заранее, и, таким образом, это все могло бы быть заранее регламентировано. Это был бы мир, в котором работа теоретика и практикующего юриста могла бы совпасть, и оба могли бы попасть на одни и те же небеса, о которых говорил Иеринг. Но, очевидно, это не наш мир. Законодатели-люди не могут обладать знаниями обо всех возможных комбинациях обстоятельств, которые может преподнести будущее. Это означает, что все юридические правила и правовые понятия являются 'открытыми'; и когда возникает непредвиденный случай, мы должны совершать новый выбор, и при этом разрабатывать правовые понятия, приспособляя их к общественно желаемым целям. Иеринг все это прекрасно понимал. Он высмеивал, особенно в *Zweck im Rrecht*, идею подробных правил, которые предусматривали бы для каждого случая юридические инструкции по решению всех возможных судебных дел; и подчеркивал невозможность предвидеть бесконечное разнообразие и многочисленные комбинации всех возможных случаев.

Конечно, можно попытаться придать юридическим правилам и правовым понятиям искусственную строгость, которая максимально устранила бы необходимость в чем-то большем, чем дедуктивное рассуждение. Мы можем, так сказать, 'заморозить' значение юридического правила и правового понятия, установив определенные его элементы и настаивая на том, что если они присутствуют, их достаточно, чтобы подвести все, что их содержит, под действие правила, какими бы ни были другие свойства дела и какими бы ни были социальные последствия применения такого жесткого правила. Тогда мы действительно слепо предрекаем, что должно быть сделано в будущих делах, о составе которых мы ничего не знаем. Тогда нам действительно удастся заранее разрешить вопросы, которые можно разрешить разумно только тогда, когда известны обстоятельства, при которых они возникают. Английские и американские юристы называют этот порок в судебном процессе концептуализмом; но, по сути, это тот же самый недостаток, который обнаружил Иеринг в трудах теоретиков, игнорирующих судебный процесс и работу практикующих юристов.

II

Достаточно о *Begriffshimmel*. Позвольте теперь перейти к тому, что американские и английские юристы называют 'аналитической юриспруденцией'. Я считаю необходимым разделять, так сказать, два этапа юридических исследований. Первый этап связан с именами Иеремии Бентама (1748–1832) [13–15] и Джона Остина (1790–1859) [16], двух великих мыслителей утилитаризма XIX в., которых действительно можно назвать выдающимися фигурами английского *Aufklärung* в области права.

Второй этап [17. Р. 861] получил сравнительно недавнее развитие и был вызван отчетливым изменением философии в целом, которое во многом связано с языком. Его основными представителями были уроженец Вены Людвиг Витгенштейн, профессор Кембриджского университета с 1930 по 1950 г., и еще один Остин, Джон Л. Остин, профессор философии морали Оксфордского университета с 1952 до своей смерти в 1959 г.

Опишу вкратце аналитическую юриспруденцию первого этапа. Как я уже сказал, Бентам и Остин были утилитаристами и по этой причине были страстно увлечены критикой права, реформой права и приспособлением права к разумным целям, которые они рассматривали с точки зрения принципа наибольшего счастья. Это было их «*Zweck im Recht*», хотя я не уверен, было ли это целью Иеринга. И все же оба этих мыслителя сочетали со своим утилитаризмом определенные учения о природе права и о важности определенной формы юридических исследований. Оба определяли право через понятие команды, и поэтому немецкие мыслители причислили бы их к представителям теории воли (*Willenstheorie*), хотя, как я покажу далее, доктрина о том, что право – это команда суверена, не имела для них того значения, которое обычно приписывается теории воли. Также оба настаивали на важности свободной от ценностей (*wertfrei*) формы юридических исследований, связанной не только с анализом понятия права, но и с другими фундаментальными правовыми понятиями, которые используются при описании развитых правовых систем, а также со структурой и логической взаимосвязью элементов правовой системы в целом. Бентам называл эту форму юридического исследования ‘разъяснительной’ юриспруденцией и отличал ее с точки зрения целей от критики права, которую он называл ‘цензурной’ юриспруденцией. Точно так же Остин обозначал свое аналитическое исследование понятий и структуры правовых систем как ‘общую юриспруденцию’ и отличал ее от утилитарной критики права, которую он называл ‘искусством законодательства’. Оба мыслителя понимали эти две формы юридического исследования как аналитическую и не имеющую ценности, с одной стороны, и как критическую по отношению к праву в свете утилитарных ценностей – с другой. Эти две формы выступали не как конкурирующие ответы на одни и те же вопросы, но как разные ответы на разные вопросы; и они думали, что обе эти формы исследования необходимы для цивилизованных юристов.

Бентам в ходе своих аналитических исследований настаивал на том, что для анализа понятий права нужны новые методы. В частности, он полагал, что традиционная форма определения *per genus et differentiam* не может принести пользы для многих правовых понятий, например обязанности или обязательства, поскольку они имеют отличительную структуру, требующую специальных методов анализа. Он развивал метод, который логики XX в. назвали ‘определением в употреблении’: вместо того, чтобы пытаться определить отдельные слова (например, ‘обязанность’ или ‘обязательство’), следует анализировать все предложение, в котором появляется требующий анализа термин. Таким образом, мы проясняем понятие обязанности, не подвергая атаке обособленное слово ‘обязанность’, но исследуя смоделированные предложения вроде «X обязан заплатить Y 100 фунтов» [15. Р. 233; 18. Р. 242–253; 19]. Но новации Бентама этим не ограничивались. Он стремился также прояснить структурные отношения между различными типами юридических правил и утверждал, что для демонстрации их логической взаимосвязи бесполезно обращаться к аристотелевской логике, являющейся логикой утвердительных суждений; для этого он разработал то, что он назвал ‘логикой воли’, которая была специально приспособлена для демонстрации связей между такими понятиями, как ‘команда’, ‘запрет’ и ‘дозволение’ [14]. В этом он предвосхитил современной форму логики, известную как деонтическая

логика. Наконец, он обнаружил проблему, которая все еще ожидает своего решения. Если мы рассматриваем правовую систему как состоящую из отдельных правовых норм или отдельных законов, тогда что будет являться *одной* нормой, а что просто *частью* нормы? Иначе говоря, что является критерием *индивидуации* законов? Пока это не решено, мы не сможем непротиворечивым образом представить структуру правовой системы.

Остин был активным последователем Бентама, хотя и не использовал силу логических новаций своего учителя. Но то, на чем я хочу заострить внимание относительно этих двух замечательных авторов, состоит в том, что форма аналитической юриспруденции, которой они занимались и проповедовали, не имеет ничего общего с *Begriffsjurisprudenz*, к которой были претензии у Иеринга. Я думаю, что среди континентальных мыслителей весьма распространено мнение, что если правовая система не является закрытой логической системой, то логический анализ к ней не применим, и что Бентам и Остин были заражены концептуализмом [20. Р. 209; 21. Р. 1080], к которому так же были претензии у Иеринга. Так что для них тоже есть место в *Begriffshimmel*. Я же считаю, что это ошибочное суждение связано с ложным выводом из того факта, что Бентам и Остин придерживались некоторой формы теории воли, поскольку определяли право в терминах команды. Но сами они никогда не выводили из этой теории следствие, выводимое прежними немецкими теоретиками воли, что, когда судья применяет закон, содержание закона всегда остается предопределенным волей законодателя, и задача судьи — это просто логическая операция, связанная с подведением конкретного случая под общее положение, описывающее предопределенную норму права. Наоборот, Остин [16. Р. 191] очень четко осознавал, что даже если английские судьи часто и говорили так, как если бы противоположное было верно, на самом же деле они часто ‘творили’ право. Остин, действительно, обвинял судей, но не в том, что они так делают, а в ошибочном стремлении создать право, ссылаясь на принципы утилитаризма. Поэтому ему был хорошо известен тот факт, который делает абсурдным предположение, что право было или могло бы быть создано только лишь посредством логических рассуждений. Но ему также был известен и другой факт, а именно, ‘неопределенность’ [Ibid. Р. 204–205, 207] или открытый характер многих правовых понятий, которые, как он говорил, могут привести лишь к ‘ошибочной проверке’ того, подпадает ли под них конкретная фактическая ситуация или нет. Однако несмотря на все это, Бентам и Остин считали очень важным при помощи новых методов определения и разъяснения стремиться к анализу таких слов, как ‘обязательство’, ‘обязанность’, ‘право’, ‘собственность’, ‘владение’, и других основополагающих правовых понятий, а также исследовать логические отношения между законами.

Обратимся теперь к современному этапу аналитической юриспруденции. Здесь, как я уже сказал, главное воздействие обеспечили два философа, сильно увлеченные языком: Витгенштейн и Джон Л. Остин. Они специально не занимались правом, но многое из того, что они говорили о формах языка, характере общих понятий и о правилах, определяющих структуру языка, имеет важное значение для юриспруденции и философии права и было использовано пишущими на эти темы как в Англии, так и в Америке. Опять-таки, как и в случае более ранней формы аналитической юриспруденции, современные

авторы свободны от *Begriffsjurisprudenz* в смысле Иеринга, поскольку одной из их наиболее сильных доктрин является отрицание концепции мышления и языка, на которой обычно основывалась прежняя *Begriffsjurisprudenz*. Я приведу два примера из философии, лежащей в основании этой новой формы аналитической юриспруденции. Первый из них покажет, насколько она далека от *Begriffsjurisprudenz*.

Porosität der Begriffe. Эта фраза использовалась ближайшим сторонником [22] Витгенштейна для обозначения наиболее важной особенности большинства эмпирических, а не просто юридических понятий, а именно, что мы не можем сформулировать такие правила языка, которые были бы пригодны для всех вообразимых ситуаций. Какими бы сложными ни были наши определения, мы не можем придать им такую точность, чтобы они были ограничены во всех возможных направлениях и чтобы для любого случая мы могли окончательно сказать, что к нему либо применимо, либо не применимо это понятие. «Предположим, я сталкиваюсь с существом, которое выглядит как человек, говорит как человек, ведет себя как человек, но ростом всего один фут, должен ли я сказать, что это человек?» [Ibid. P. 122]. Даже в науке не может быть окончательного и исчерпывающего определения понятий. «Понятие золота, пожалуй, определяется с абсолютной точностью, скажем, посредством спектра золота с его особыми линиями. Но что бы вы сказали, если бы было обнаружено вещество, похожее на золото, удовлетворяющее всем химическим свойствам золота и в то же время обладающее новым видом излучения?» [Ibid.]. Поскольку мы не можем исключить, что такие непредвиденные ситуации могут возникнуть, мы никогда не сможем с уверенностью сказать, что мы охватили все возможности. Встретившись с новой ситуацией, мы можем лишь переопределить или уточнить наши понятия. Признание *Porosität* или, на английском, ‘открытой текстуры’ понятий является, как я уже сказал, характерной чертой философии, оказавшей влияние на современную форму аналитической юриспруденции. Витгенштейн выразил это словами, которые очень близки праву: «Ich sagte von der Anwendung eines Wortes: sie sei nicht überall von Regeln begrenzt» [23. P. 39] и «Wir sind nicht für alle Möglichkeiten seiner Anwendung mit Regeln ausgerüstet» [Ibid. P. 38], и снова «Der Umfang des Begriffs ist durch eine Grenze nicht abgeschlossen: er ist nicht überall von Regeln begrenzt» [Ibid. P. 32–33].

Вторая особенность новейшей аналитической юриспруденции совершенно иначе связана с современной лингвистической философией. Витгенштейн как-то сказал, что слова являются также действиями («Wörter sind auch Taten»), а самую оригинальную трактовку этой идеи можно обнаружить в посмертно опубликованной книге профессора Остина *How to do Things with Words* [24]. В ней он настаивает на том, что среди множества различных функций, осуществляемых языком, есть одна, которую философы чаще всего упускают из виду, и, тем не менее, она наиболее важна, если мы хотим понять определенные действия в общественной жизни и особенно в праве. Возьмем, например, церемонию крещения. В решающий момент произносится фраза («Настоящим я нарекаю это дитя X»), и эффект от произнесения этих слов заключается в изменении ранее существовавшей социальной ситуации так, что теперь становится *правильным* обращаться к ребенку посредством имени X. Здесь на фоне социальных конвенций слова используются не

так, как они чаще всего используются для *описания* мира, но для того, чтобы *вызвать определенные изменения*. То же самое относится и к произнесению слов обещания. «Я обещаю подвести вас до остановки» – это не *описание* чего-либо, но высказывание, которое *создает* моральное обязательство у произнесшего его человека. Оно обязывает говорящего. Очевидно, что такое употребление языка имеет большое значение для права. Мы обнаруживаем его в завещании, когда завещатель пишет: «Я завещаю свои золотые часы моему другу X», а также в языке законотворчества, например: «Настоящим установлено..., что...». В таких ситуациях произнесение предложений людьми, обладающими надлежащими правомочиями, в соответствующих обстоятельствах имеет юридические последствия.

Английские юристы иногда рассматривают используемые таким образом слова как ‘постановляющие’. Но эта общая функция языка, широко распространенная за пределами права, известна большинству философов в Англии как ‘перформативная’. Перформативное использование языка как в праве, так и за его пределами имеет много интересных особенностей, которые отличают его от такого использования языка, когда мы стремимся делать истинные или ложные утверждения, описывающие мир. Я не думаю, что общий характер юридических действий (*Rechtsgeschäfte*) можно понять без ссылки на эту идею. Некоторые философы права, в частности Хэгерстрём [25, 26], были глубоко озадачены тем фактом, что можно возлагать обязательства, передавать права и в целом изменять юридические ситуации, просто используя язык. Это ему казалось своего рода магией или юридической алхимией. Но, конечно, чтобы понять все это, надо лишь признать особую функцию языка. Если конкретный человек произносит определенные слова, то они приводят в действие определенные правила, которые определяют функцию, или, в широком смысле, значение рассматриваемых слов.

Два приведенных мной примера (*Porosität der Begriffe* и перформативные высказывания), которым современная аналитическая юриспруденция обязана современной лингвистической философии, являются лишь двумя из многих возможных. При дальнейшем рассмотрении следовало бы обратиться к старой идее, что при применении общего термина или понятия ко многим различным ситуациям все эти ситуации должны обладать одним набором свойств. Это – догма. Существует множество разных способов связи примеров общего термина друг с другом. И это важно учитывать в случае юридических терминов [12. Р. 66–67, 234]. В общем, я должен заявить, что между осмысленной потребностью Иеринга приблизиться к фактическому употреблению и применению понятий и духом, и доктринами современной аналитической философии есть большое сходство. Витгенштейн как-то сказал, что, если мы хотим понять наши понятия, мы должны рассматривать их ‘в работе’, а не когда они ‘бездействуют’ или ‘отдыхают’ [23. Р. 51]. Если я не ошибаюсь, это полностью согласуется с отказом Иеринга от *Begriffshimmel* и необходимостью спуститься на землю: *wieder auf Erden!*

Литература

1. Jhering R. Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das Juristische Publikum. Leipzig, 1900.
2. Readings in Jurisprudence and Philosophy of Law / eds. M.R. Cohen, F.S. Cohen. New York, 1951.

3. *Howe M.D.* Justice Oliver Wendell Holmes: The Proving Years 1870–1882. Vol. II. Harvard University Press, 1963.
4. *Southern Pacific Co. v. Jensen* (1917) 244 U.S. P. 205–254.
5. *Holmes O.W.* The Common Law. Boston, 1881.
6. *Holmes O.W.* The Path of the Law // Collected Legal Papers, O.W. Holmes (ed.). New York, 1920. P. 167–202.
7. *Lochner v. New York* (1904) 198 U.S. P. 45–76.
8. *Holmes O.W.* Law in Science and Science in Law // Collected Legal Papers, O.W. Holmes (ed.). New York, 1920. P. 210–243.
9. *Pound R.* Interpretations of Legal History. Cambridge : Cambridge University Press, 1923.
10. *Pound R.* Mechanical Jurisprudence // Columbia Law Review. 1906. Vol. 8, № 8. P. 605–623.
11. *Gnaeus Flavius.* Der Kampf um die Rechtswissenschaft. Heidelberg, 1906.
12. *Hart H.L.A.* The Concept of Law. Oxford : Clarendon Press, 1961.
13. *Bentham J.* An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. London : T. Payne, 1789.
14. *Bentham J.* Of Laws in General / ed. H.L.A. Hart. London : The Athlone Press, 1970.
15. *Bentham J.* A Fragment on Government. Oxford : The Clarendon Press, 1891.
16. *Austin J.* The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence. London : Weidenfeld & Nicolson, 1954.
17. *Summers R.S.* The New Analytical Jurists // New York University Law Review. 1966. Vol. 41. P. 861–896.
18. *Bentham J.* Essay on Logic // The Works of Jeremy Bentham. Edinburgh : William Tait, 1843. Vol. 8. P. 213–294.
19. *Hart H.L.A.* Definition and Theory in Jurisprudence // Law Quarterly Review. 1954. Vol. 70. P. 37–60.
20. *Friedmann W.* Legal Theory. London : Stevens & Sons, 1947.
21. *Bodenheimer E.* Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness // University of Pennsylvania Law Review. 1956. Vol. 104. P. 1080–1086.
22. *Waismann F.* Verifiability // Proceeding of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes. 1945. Vol. 19. P. 119–150.
23. *Wittgenstein L.* Philosophical Investigations. Oxford : Basil Blackwell, 1953.
24. *Austin J.L.* How to Do Things with Words. Oxford : Clarendon Press, 1962
25. *Hägerström A.* Der Römische Obligationsbegriff im Lichte der Allgemeinen Römischen Rechtsanschauung. Uppsala : Almqvist & Wicksell, 1927.
26. *Hägerström A.* Inquiry into the Nature of Law and Morals. Stockholm : Almqvist & Wicksell, 1953.

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907–1992), University of Oxford (Oxford, United Kingdom).
Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Filosofiya. Sotsiologiya. Politologiya – Tomsk State University Journal of Philosophy, Sociology and Political Science. 2021. 63. pp. 247–257.

DOI: 10.17223/1998863X/63/24

JHERING'S HEAVEN OF CONCEPTS AND MODERN ANALYTICAL JURISPRUDENCE

Keywords: analytical jurisprudence; analysis; legal concepts; legal language; Jhering

This publication was prepared within the framework of Project No. MD-137.2020.6 supported by the Council for Grants of the President of the Russian Federation.

The article by Herbert Hart, an English legal philosopher, that is brought to the reader's attention is an eponymous talk he gave at a symposium in Göttingen (Germany) in 1969 in honor of the 150th anniversary of the birth of Rudolf von Jhering. In the first part, Hart tries to demonstrate the influence of Jhering's views on representatives of American legal realism (first of all, Oliver Wendell Holmes and his followers) and of sociological jurisprudence (Roscoe Pound), and also to show that Jhering's legal doctrine is almost a conceptual core of the emerging analytical jurisprudence. At the same time, Hart does not seek to give a complete description of Jhering's legal doctrine, but analyzes only its part in which Jhering attacks the *Begriffsjurisprudenz* ("jurisprudence of concepts") fashion, or "conceptualism" in the interpretation of American legal tradition. The viciousness of jurisprudence of concepts, according to Hart, is the belief that legal concepts are fixed or closed in the sense that it is possible to

define them exhaustively in terms of a set of necessary and sufficient conditions. However, this belief about the nature of legal concepts is simply wrong. We cannot foresee all possible circumstances that the future may bring and that may affect the content of the formulated concepts. In this sense, legal concepts are “open”, and, when an unforeseen case arises, we must make a fresh choice, and in doing so elaborate our legal concepts, adapting them to socially desirable ends. The second part of the article describes the genesis and distinctive features of analytical jurisprudence and its usefulness for explaining “open” legal concepts. In particular, Hart proposes to distinguish two phases in the development of analytical jurisprudence: the first is associated with the names of Jeremy Bentham and John Austin, the second with Ludwig Wittgenstein and John Langshaw Austin. Further, Hart considers two examples from philosophy, which, in his opinion, underlie this new form of analytical jurisprudence and demonstrate that this form is far from *Begriffsjurisprudenz*. It is about *Porosität der Begriffe* (“open texture”) and performative utterances, which, being developed in the framework of the linguistic philosophy of the 20th century, influenced the development of analytical jurisprudence.

References

1. Jhering, R. (1900) *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das Juristische Publikum*. Leipzig: [s.n.].
2. Cohen, M.R. & Cohen, F.S. (eds) (1951) *Readings in Jurisprudence and Philosophy of Law*. New York: Beard Books.
3. Howe, M.D. (1963) *Justice Oliver Wendell Holmes: The Proving Years 1870–1882*. Vol. II. Harvard University Press.
4. *Southern Pacific Co. v. Jensen* (1917) 244 U.S. pp. 205–254.
5. Holmes, O.W. (1881) *The Common Law*. Boston: [s.n.].
6. Holmes, O.W. (1920a) The Path of the Law. In: Holmes, O.W. (ed.) *Collected Legal Papers*. New York: [s.n.], pp. 167–202.
7. *Lochner v. New York* (1904) 198 U.S. pp. 45–76.
8. Holmes, O.W. (1920b) Law in Science and Science in Law. In: Holmes, O.W. (ed.) *Collected Legal Papers*. New York: [s.n.], pp. 210–243.
9. Pound, R. (1923) *Interpretations of Legal History*. Cambridge: Cambridge University Press.
10. Pound, R. (1906) Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*. 8(8). pp. 605–623.
11. Gnaeus Flavius. (1906) *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Winter.
12. Hart, H.L.A. (1961) *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
13. Bentham, J. (1789) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. London: T. Payne.
14. Bentham, J. (1970) *Of Laws in General*. London: The Athlone Press.
15. Bentham, J. (1891) *A Fragment on Government*. Oxford: The Clarendon Press.
16. Austin, J. (1954) *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*. London: Weidenfeld & Nicolson.
17. Summers, R.S. (1966) The New Analytical Jurists. *New York University Law Review*. 41. pp. 861–896.
18. Bentham, J. (1843) *The Works of Jeremy Bentham*. Vol. 8. Edinburgh: William Tait. pp. 213–294.
19. Hart, H.L.A. (1954) Definition and Theory in Jurisprudence. *Law Quarterly Review*. 70. pp. 37–60.
20. Friedmann, W. (1947) *Legal Theory*. London: Stevens & Sons.
21. Bodenheimer, E. (1956) Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness. *University of Pennsylvania Law Review*. 104. pp. 1080–1086.
22. Waismann, F. (1945) Verifiability. *Proceeding of the Aristotelian Society*. Supplementary Volumes. 19. pp. 119–150.
23. Wittgenstein, L. (1953) *Philosophical Investigations*. Oxford: Basil Blackwell.
24. Austin, J.L. (1962) *How to Do Things with Words*. Oxford: Clarendon Press.
25. Hägerström, A. (1927) *Der Römische Obligationsbegriff im Lichte der Allgemeinen Römischen Rechtsanschauung*. Uppsala: Almqvist & Wicksell.
26. Hägerström, A. (1953) *Inquiry into the Nature of Law and Morals*. Stockholm: Almqvist & Wicksell.