

Harold J. Berman (1918–2007)

Thomas Vesting

translated by Bruno Vieira

(1) Es gibt eine spezifisch westliche Rechtstradition. Diese Tradition verdankt sich einem historischen Zufall am Ende des 11. Jahrhunderts, der „päpstlichen Revolution“. Aus dieser ging ein wissenschaftliches, in seinen Werten und Institutionen aber eng mit der christlich-jüdischen Religion verknüpftes Recht hervor, das die Evolution der westlichen Gesellschaft und Zivilisation lange bestimmte. Erst im 20. Jahrhundert ist diese spezifisch normative Integration der westlichen Zivilisation zusammengebrochen – und erst im 20. Jahrhundert haben alle darauf zugeschnittenen Paradigmen ihre Substanz verloren. Aus den Symbolen einer großen abendländischen (Rechts-)Gemeinschaft wurden flache und abstrakte Nationalismen, aus der Vision einer gerechten Gemeinschaft das Recht von staatsfixierten Sozialingenieuren diesseits und jenseits des Eisernen Vorhangs. Zweckmäßigkeit und Praktikabilität, das Herunterbringen des Rechts auf einen Apparat technischer Kunstgriffe, traten an die Stelle grundsätzlicher Rechtsüberzeugungen. Diese tiefe Krise, ja dieser Zusammenbruch der westlichen Rechtstradition lassen sich wissenschaftlich nicht beweisen, aber jeder aufmerksame Beobachter, der nur einen Restsinn für historische Zusammenhänge bewahrt hat, spürt es intuitiv. *A world ends when its metaphor has died.* Das sind, leicht zugespitzt, die Kernthesen des Buches, mit dem Harold J. Berman berühmt geworden ist: *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition.*

(2) Berman, der aus Hartford, Connecticut, stammte und letztes Jahr in New York im Alter von 89 Jahren gestorben ist, hat nach eigenem Bekunden schon 1938 an seinem Lebensthema zu arbeiten begonnen. Auslösendes Moment dafür war offensichtlich ein Aufenthalt (als Doktorand) an der London School of Economics. Nach London hatte ihn sein Lehrer im Dartmouth College, Eugen Rosenstock-Hussey, vermittelt. Dort traf Berman auf Rechtshistoriker wie Plucknett und Historiker wie Richard Tawney, und in dieser Konstellation entstand Bermans Bild vom „westlichen Recht“: Die westliche Rechtstradition war das Resultat einer eher zufälligen, jedenfalls politisch keineswegs intendierten Entwicklung. Die Wiederentdeckung der Digesten um 1200 und ihre Bearbeitung mittels der scholastischen Methode legten an den entstehenden Universitäten in

(1) Foi graças a um acaso histórico no final do século XI, conhecido como a “revolução papal”, que surgiu na história uma tradição jurídica Ocidental particular. Essa tradição pode ser vista como a origem de uma forma científica de direito, ligada a instituições e valores Cristão-Judaicos, que determinaram a evolução da sociedade e civilização Ocidental por muito tempo. Foi no século XX que essa particular integração normativa entrou em colapso – e foi no século XX que todos os paradigmas correspondentes a esse sistema perderam seu significado. Os símbolos da grande sociedade (jurídico) Ocidental regrediram a nada mais que nacionalismos abstratos e superficiais; visões de uma comunidade justa foram transformadas por uma engenharia social em ambos os lados da cortina de ferro, em um direito focado no Estado Nacional. Eficiência, praticidade, e a redução do direito a um aparato de truques técnicos, substituíram convicções legais fundamentais. Essa crise profunda, ou até mesmo o colapso da tradição legal Ocidental, não pode ser provada cientificamente, mas qualquer observador atento, que tem tato para conexões históricas, pode perceber essa transformação intuitivamente. *Um mundo acaba quando sua metáfora morre.* Essas são as teorias centrais no livro *Law and Revolution: The formation of Western Legal Tradition* de Harold J. Berman (publicado em português pela editora Unisinos como *Direito e Revolução: A formação da tradição jurídica Ocidental*), que o tornou famoso.

(2) Berman, que nasceu em Hartford, Connecticut e morreu aos 89 anos em Nova Iorque ano passado, afirmou propriamente que começou já em 1938 a trabalhar no assunto que predominou grande parte da sua vida. O evento desencadeador foi provavelmente sua estada na *London School of Economics* como doutorando. Foi seu professor na Dartmouth College, Eugen Rosenstock-Hussey, que deu início a essa jornada. Durante sua estada em Londres, Berman teve a oportunidade de encontrar historiadores do direito como Plucknett e outros historiadores como Richard Tawney. Foi no contexto desta constelação que Berman desenvolveu sua visão da “tradição jurídica Ocidental”: A tradição jurídica Ocidental foi um resultado de um desenvolvimento ocasional e politicamente não intencionado. A redescoberta dos digestos por volta de 1200 e sua revisão

Oberitalien, insbesondere in Bologna, die Grundlage für eine neuartige wissenschaftlich-systematische Rechtsbildung, aus der dann das erste moderne westliche Rechtssystem hervorging: das kanonische Recht. Die wiederentdeckten Digesten bilden somit den „Ursprung“ der westlichen Rechtswissenschaft, aber dieser Ursprung war seinerseits nur vor dem Hintergrund des Investiturstreites (Gregorianische Reform) und dem daraus hervorgehenden Einschnitt in der Geschichte möglich, dem „tiefen Bruch“, der – wie Berman mit Rosenstock-Huessy sagt – nicht nur eine „Reform“ war, sondern eben eine „Revolution“, weil er die Beziehungen von kirchlicher und weltlicher Macht von Grund auf veränderte. Gerade weil sich der Klerus mit der päpstlichen Revolution aus allen säkularen (weltlichen) Zusammenhängen herauslöste, ein eigenes (kirchliches) Rechtskorpus schuf und einen selbständigen autonomen kirchlichen Staat, lösten sich im Gegenzug und in Abgrenzung vom neuen Kirchenstaat auch die weltlichen Gewalten stärker aus den lokalen Zusammenhängen heraus. So entstand – getragen von einer neuen Schicht von Berufsjuristen (Richtern, Ratgebern, Anwälten usw.) – zum ersten Mal ein wissenschaftliches Recht.

(3) Das neue Recht war systematisch und darin genuin modernes Recht. Während es in der römischen Jurisprudenz stets bei einer Zusammenschau von Komponenten des juristischen Wissens geblieben war, kam es in der Kanonistik zum ersten konstruktiven und systematischen Rechtsdenken. Schon das antike römische Recht kannte zwar Begriffe wie Eigentum, Besitz, Delikt, Betrug, Diebstahl etc. und hatte dazu ein kompliziertes Netz von Regeln geschaffen. Die Begriffe wurden aber nicht als Ideen betrachtet, die die Regeln durchdrangen und ihre Anwendbarkeit bestimmten; vielmehr blieben Begriffe und Regeln an Situationen und Kontexte und die praktische Lösung von Konflikten gebunden. „Man könnte also sagen, es habe zwar Begriffe im römischen Recht gegeben, aber nicht den Begriff des Begriffes.“ Das ändert sich nach Berman erst mit den großen Bologneser Rechtsgelehrten, mit Irnerius und Ivo von Chartres und der Umsetzung ihres neuen „scholastischen“ Stils im *ius canonicum*. Von hier aus hat sich das neue, systematisierte Recht dann auf das gesamte Sozialleben ausgedehnt: Feudalrecht, Gutsrecht, Handelsrecht, Stadtrecht und Königsrecht wurden nach und nach der neuen Methode unterworfen und dementsprechend umgestaltet. Damit war eine Komponente der Besonderheit der westlichen Zivilisation geschaffen: die herausragende Rolle eines systematischen, von einem eigenen Berufsstand, den Juristen, getragenes und verwaltetes Recht, das sämtliche Kommunikationsnetzwerke der mittelalterlichen Gesellschaft beeinflusste und sie dadurch – in einer welt-historisch einmaligen Weise – rationalisierte.

através do método escolástico formaram nas universidades em desenvolvimento no norte da Itália, particularmente em Bologna, a base para uma forma nova, científica e sistematizada de direito, que resultou no primeiro sistema moderno de direito Ocidental: o direito canônico. A redescoberta dos digestos representa, portanto, a “origem” do direito Ocidental, que por sua vez só foi possível no contexto da Controvérsia da Investidura (Reforma Gregoriana) e o ponto marcante na história que se seguiu, a “grande ruptura” que – segundo Berman e Rosenstock-Hussey - não foi só uma reforma, mas uma revolução, eis que mudou profundamente as relações entre poder clerical e secular. Foi particularmente devido à separação do clero de todas as relações seculares (mundanas) no curso da revolução papal, no qual ele, o clero, criou um corpo próprio (eclesiástico) de direito, e um estado eclesiástico autônomo e independente que os poderes seculares. Separaram-se assim mais e mais o novo estado eclesiástico e também os poderes seculares de seus contextos locais. Pela primeira vez uma forma científica de direito foi desenvolvida – sustentada por uma nova classe de profissionais jurídicos especializados (juizes, consultores, advogados, etc.)

(3) O novo direito era sistemático e, portanto, genuinamente moderno. Enquanto o Direito Romano sempre constituiu numa combinação de componentes do saber jurídico, o Direito Canônico introduziu um modo de pensar jurídico construtivo e sistemático. O Direito Romano antigo, conhecia conceitos como propriedade, posse, ofensa, fraude e roubo, etc. e alcançou, em torno deles, até uma complicada rede de regras. Os conceitos, todavia, não eram entendidos como idéias que penetravam as regras e que definiam sua aplicação. Ao invés disso, os termos eram atrelados a situações específicas e contextos práticos de solução de conflitos. “Poderia-se dizer que existiam conceitos jurídicos no Direito Romano, mas não um conceito sobre o conceito.” De acordo com Berman isso apenas mudou com os grandes acadêmicos Bologneses, - Irnerius e Ivo de Chartres e a implementação de seu novo estilo “escolástico” no *ius canonicum*. Deste ponto em diante, o novo direito sistemático se espalhou por toda vida social: direito feudal, direito senhoril, direito mercantil, direito urbano e direito real foram um a um moldados e submetidos ao novo método. Com isso criou-se um componente da peculiaridade da civilização Ocidental: o papel destacado de um tipo de direito sistemático que nasceu e é administrado por seus próprios profissionais: os juristas. Isso influenciou toda a rede de comunicação da sociedade feudal e a racionalizou num modo historicamente global e único.

(4) Die Eigenständigkeit und Herausforderung des Werkes von Berman liegt darin, dass er die entscheidende Abweichung zur westlichen Rechtstradition ins 11. und 12. Jahrhundert datiert und sich damit gegen die Tradition, vor allem gegen die marxistische (Rechts-)Geschichtsschreibung und auch gegen Max Webers universalhistorisch vergleichende Kulturosoziologie des Rechts, stellt. Das moderne Recht evolviert nicht erst im 17. und 18. Jahrhundert, sondern bereits im „zweiten Feudalzeitalter“, und auch moderne Politik und moderner Staat sind ein Produkt der päpstlichen Revolution. Selbst die moderne (Natur-)Wissenschaft basiert letztlich auf der Systematisierung von Wissen in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft, wie Berman am Beispiel von Grosseteste zu zeigen versucht. In *Law and Revolution II* von 1993 heißt es dazu resümierend: „Social theorists of the nineteenth and twentieth century have used the division into ‘medieval’ and ‘modern’ to distinguish between an era of so-called feudalism and an era of so-called ‘capitalism’. In emphasizing this distinction they have usually overlooked the enormous expansion of commerce and the rise of cities in Europe in the heyday of the so-called feudalism, and the fact that not only capitalism but also bureaucratism, rationalism, and indeed ‘modernity’ in all its forms were characteristic of European society to one degree or another from the twelfth century on.”¹

(5) Die Geschichte der westlichen Rechtstradition, die Berman in zwei großen Büchern erzählt hat (und die er in weiteren Bänden weiter auszumalen plante), ist sicherlich in vielem angreifbar. Sozialhistorisch mag man einwenden, dass Bermans großzügiger Gebrauch solcher Kategorien wie Kapitalismus, Handel, Modernität usw. den Unterschied zwischen einzelnen protomodernen Formen und Ansätzen, wie sie sich z.B. schon sehr früh in der europäischen Stadt und ihren (z.T. demokratischen) Institutionen finden lassen, mit dem Ganzen der mittelalterlichen Gesellschaft gleichsetzt. Rechtshistorisch mag man einwenden, dass Bermans Interpretation der Kanonistik als modern darüber hinweggeht, dass einzelnen protomodernen Er rungenschaften des kanonischen Rechts, wie z.B. dem Körperschaftsbegriff, ebenso viele alteuropäische Elemente gegenüberstehen. Hinzu kommt, dass Berman den Systembegriff viel zu unspezifisch gebraucht und ihm

1 Harold J. Berman, *Law and Revolution II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal System*, 1993, 379.

(4) A autenticidade e o desafio do trabalho de Berman se deve ao fato que ele pontua o decisivo desvio que resulta na tradição legal Ocidental entre os séculos 11 e 12, contradizendo assim a tradição, especialmente a descrição histórico-legal Marxista e também a universalidade histórica da sociologia comparativa cultural do direito de Max Weber. O direito moderno não se desenvolve apenas no século XVII ou XVIII, mas já havia se desenvolvido na “segunda era do Feudalismo”: a política moderna e o Estado moderno são ambos, produtos da revolução papal. Até as ciências modernas (naturais) se baseiam, em última análise, na sistematização de conhecimento produzido pela jurisprudência (jurisprudência, na tradição anglo-saxônica, quer dizer além de conjunto de decisões judiciais, também teoria ou ciência do direito) medieval, como tenta provar Berman usando *Grosseteste* como exemplo. *Law and Revolution II* (publicado no Brasil sob o título de *Direito e Revolução – A formação da tradição jurídica ocidental* pela Editora Unisinos) de 1993 pode ser resumido da seguinte forma: “Teóricos sociais do século dezanove e vinte têm usado a divisão entre “medieval” e “moderno” para distinguir entre uma era do chamado “feudalismo” e uma era do chamado “capitalismo”. Ao enfatizar essa distinção, eles geralmente não se atentam a enorme expansão do comércio e expansão das cidades na Europa no apogeu do chamado “feudalismo”, e o fato de que não só o capitalismo, mas também o burocratismo, racionalismo e de fato, a “modernidade” em todas as suas formas foram características originadas, em certa medida, do século doze em diante.”¹

(5) A história da tradição legal Ocidental, narrada por Berman em dois substanciais livros (ele planejava elaborar e escrever ainda mais volumes), é certamente criticável em vários pontos. De um ponto de vista socio-histórico, poder-se-ia contestar o uso generoso que Berman faz de categorias como capitalismo, comércio, modernidade, entre outros,, pois assim coloca-se as diferenças entre formas e abordagens protomodernas, como pode-se por exemplo, achar desde cedo na cidade Européia e em suas instituições (parcialmente democráticas), no mesmo nível da sociedade medieval como um todo. De uma perspectiva histórico-legal, poder-se-ia contestar também a interpretação de Berman da Canonística como moderna de ser uma falha em reconhecer algumas aquisições evolutivas do direito canônico como o conceito de corporação (corpo corporativo), que incorporavam igualmente muitos elementos pré-modernos. Além disso, Berman usa o conceito de sistema de for-

1 Harold J. Berman, *Law and Revolution II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal System*, 1993, 379.

letztlich einen so diffusen Gehalt unterlegt, dass Rechtssystem, Rechtssammlung und *corpus iuris* mehr oder weniger synonym verwendet werden. Ein Rechtskorpus ist aber noch kein System, jedenfalls keines, das wie das rechtspositivistische System des 19. Jahrhunderts von einem Punkt aus, dem „souveränen Bewusstsein“, konzipiert wird (eine Logik des Denkens des Einen und einer einzigen Bestimmung der Welt, die sich heute erschöpft hat, wie man mit Jean-Luc Nancy sagen könnte). Dass die moderne Naturwissenschaft aus der Rechtswissenschaft hervorgegangen sein soll, scheint mir ebenfalls eine Übertreibung zu sein. Und auch mit Blick auf das Hauptanliegen von *Law and Revolution*, mit Blick auf die Rolle der Religion in der westlichen Rechtstradition muss man fragen, ob diese Rolle und ihre Fundamente so rekonstruiert werden können, wie Berman dies letztlich macht: als kultureller Verlust und Verfall der Einheit der Werte. Es mag ja sein, dass die Religion zerfallen ist und einen Großteil ihres unmittelbaren Einflusses auf das Recht verloren hat, aber ihre (unersetzbare) Funktion könnte weiterhin in der Vereinbarkeit des Unvereinbaren bestehen, nämlich darin, das Individuelle und das Kollektive durch „das Anrufen einer indirekten Verantwortung vor einer übergreifenden Gesetzmäßigkeit“ in ein produktives Spannungsverhältnis zu setzen und damit zur Herstellung einer Infrastruktur von Konventionen beizutragen, „die auch das Aushalten von Unbestimmtheit und die Entwicklung einer dauerhaften Handlungsorientierung ermöglicht“.²

(6) Trotz dieser Vorbehalte, die man um weitere ergänzen könnte, bleibt eine Dankbarkeit, dass und wie Berman an die Weite der westlichen Rechtstradition und die Tiefe des mit ihr verbundenen Ideenpools erinnert hat: auf eine wunderbare, fast schon anachronistische Art und Weise. Der Enge eines juristischen Spezialistentums, das unter dem Markenzeichen „Dogmatik“ heute zum nahezu ausschließlichen Kriterium der Stellenvergabe an vielen europäischen Juristenfakultäten geworden ist, setzt Berman die Figur des umfassend gebildeten Rechtslehrers entgegen, den hohen Himmel einer weit ausholenden Reflexion. Der Dauerrekurs auf die neueste Entscheidung (eines Gesetzgebers, eines Gerichts, einer Schiedskommission) wird bei Berman mit der historischen Wirksamkeit der Rechtsauffassungen der Vergangenheit konfrontiert – z.B. mit derjenigen im England des 18. Jahrhunderts, wie sie sich für Berman in Blackstones „Commentaries on the Laws of England“ zeigt, ein Buch, das gleich mehrere Arten des Rechts in den Blick nehme: das Naturrecht, das göttliche Recht, das internationale Recht, das englische Common

ma unprecisa, enfraquecendo-o com um uso tão difuso que os conceitos de sistema legal, compilações legais e *corpus iuris* são usados de certa forma sinonimamente. Entretanto, um corpo legal não é um sistema, ao menos não do modo como o sistema legal positivista do séc. XIX foi concebido como “consciência soberana” (a lógica de pensar sobre a Única e singular definição que o mundo exauriu hoje, como se poderia argumentar seguindo Jean-Luc Nancy). A premissa de que as ciências naturais modernas foram originadas da ciência do direito parece exagero também. Com o foco na idéia central de *Law and Revolution* e o papel da religião na tradição legal Ocidental, pode-se questionar se este papel e seus fundamentos podem ser reconstruídos de tal maneira que, como postulou Berman em última instância: como uma perda cultural e a deteriorização da unidade de valores. Pode-se atestar que a religião tenha decaído e perdido grande parte da sua influência direta sobre direito. Contudo, sua (insubstituível) função poderia ser a de unificar o incompatível, confrontando o individual e o coletivo, através da convocação de uma responsabilidade indireta, ante uma segmentada legalidade com um estado de tensão produtivo. Com isso, a religião contribuiria para o desenvolvimento de uma infra-estrutura de convenções, que “permite a tolerância do incerto e o desenvolvimento de uma constante orientação da ação”.²

(6) Apesar destas ressalvas, que poderiam ser estendidas, fica o agradecimento do modo admirável e quase anacrônico com o que Berman nos faz lembrar a vastidão da tradição legal Ocidental e a profundidade do conjunto de idéias a ela associada. Berman coloca o jurista de notável e abrangente saber, cujo único limite é o longínquo horizonte da profunda reflexão em oposição à estreita especialização legal que, sob o rótulo de “dogmática”, transformou-se no estandarte dos cursos de direito em muitas das Universidades Européias. O perene recurso as recentes decisões (do legislador, de um tribunal, de uma comissão de arbitragem) é confrontado por Berman com a eficácia histórica da percepção legal do passado – por exemplo, com aqueles do séc.XVIII na Inglaterra, como é perceptível por Berman no *Commentaries on the Laws of England* de Blackstone, um livro que discorre sobre vários tipos de direito: direito natural, direito divino, direito das nações, *Common Law* Inglês, direito consuetudinário local, o direito romano, o direito eclesástico, o direito comercial, direito estatutário e a equidade. Um quadro é criado mostrando as vertentes en-

2 Karl-Heinz Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, 2006, 54.

2 Karl-Heinz Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, 2006, 54.

Law, lokales Gewohnheitsrecht, das römische Recht, das Kirchenrecht, das Handelsrecht, gesetzlich fixiertes Recht und die Billigkeit. Daraus entstehe das Bild miteinander verflochtener Rechtsstränge und ihrer historischen Infrastrukturen, „die Geschichte des Christentums und des Judentums, die Geschichte Griechenlands, die Geschichte Roms, die Kirchengeschichte, die lokale Geschichte, die nationale Geschichte, die internationale Geschichte und anderes mehr. Eine solche Betrachtungsweise führte den Lesern Blackstones verschiedene Geschichtsepochen vor Augen und befreite sie dadurch von der Fixierung auf eine einzelne Epoche wie auch auf die Vergangenheit als ganze in einem abstrakten kantischen Sinne. Gleichzeitig setzte sie seine Leser instand, sich nicht nur eine einzige Zukunft oder eine abstrakte Zukunft im Allgemeinen vorzustellen, sondern wiederum verschiedene Zukunftsstränge.“³ Es scheint viel dafür zu sprechen, dass Bermans Denken des Ungleichzeitigkeiten, das um die „Vielfalt der Geschichte“ selbst weiß, auch heute noch dazu beitragen kann, viele Elemente und Komponenten der westlichen Rechtstradition in die Zukunft zu tradieren, nachdem ihr Ende hinter uns liegt.

trelaçadas do direito e suas infra-estruturas históricas, a “história do Cristianismo e Judaísmo, a história da Grécia, a história de Roma, a história da igreja, história local, história nacional, história internacional e mais. Esse tipo de abordagem, defrontou os leitores de Blackstone a vários tempos históricos e livrou-os, desse modo, de qualquer fixação com um tempo histórico singular, assim como como passado em sua totalidade num sentido abstrato kantiano. Ao mesmo tempo, permitiu tal abordagem seus leitores a vislumbrar não apenas um determinado futuro ou um abstrato futuro generalizado, outrossim novamente diferentes vertentes de futuro.”³ Parece plausível que o pensamento de Berman sobre a não simultaneidade temporal, prova da “diversidade histórica”, pode ainda hoje contribuir para a transferência de muitos elementos e componentes da tradição legal Ocidental para o futuro, mesmo depois do seu fim.

3 Harold J. Berman, *Recht und Revolution*, 1991, 12.

3 Harold J. Berman, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, 1983, vi.