

Zeitschrift für Recht & Islam

Journal of Law & Islam

ZR&I

Jahrgang 12 (2020)

Bruno Menhofer: *Verpflichtung zur Mitwirkung an religiöser Scheidung und Grenze der rechtlichen Bindung – Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamburg vom 25. 10. 2019 – 12 UF 220/17*

Bruno Menhofer: *Function follows form – Zur Entscheidung des BGH über die Formbedürftigkeit der Vereinbarung einer Brautgabe nach deutschem Recht*

Rike Sinder: *Entscheidungsanmerkung zu BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. 04. 2020 – 1 BvQ 44/20 – Freitagsgebet im Ramadan in Zeiten von Corona-Verordnungen*

Andrés Ring & Jivesh Chandrayan: *Enforcement of UAE Judgments in India*

Abdessamad Belhaj: *The Jurist's Resilience: The European Council for Fatwa and Research and the Corona Fatāwā*

Ahmed Gad Makhlof: *Maḍāhib in der Moderne: Kontinuität und Wandel des traditionellen maḍhab-Wesens innerhalb der gegenwärtigen kollektiven Fiqh-Gremien*

Ranya Jamil: *'Fatwā-Import' und seine Auswirkungen auf muslimische Minderheiten in Europa*

Mina Moazzeni, S. Kamal Keshiknevis Razavi & Abbas Ahmadvand: *Der historiografische Wert von Texten zur Islamischen Rechtswissenschaft (fiqh) – Eine Fallstudie: Al-Ḥāwī li-l-Fatāwī von Ḡalāl ad-Dīn as-Suyūṭī*

Rana Alsoufi: *Ibn Ḥazm's Refutations of Causality in Islamic Law (ibtāl at-ta'īl fī aḥkām ad-dīn)*

Susan Rutten: *Traditional and Religious Marriages. Research, Practices and Policies in the Netherlands*

Sebastian Maisel: *Ahmed Abd-Elsalam: Das beduinische Rechtssystem: Konzepte – Modelle – Transformationen (2015)*

Björn Bentlage: *Shaheen Sardar Ali: Modern Challenges to Islamic Law (2016)*

Silvia Tellenbach: *Olaf Köndgen: The Codification of Islamic Criminal Law in the Sudan – Penal Codes and Supreme Court Case Law under Numayri and al-Bashir (2018)*

Abir Haddad: *Abdurrahim Kozali / Ibrahim Salama / Souheil Thabti (Hgg.): Das islamische Wirtschaftsrecht (2016)*

Achim-Rüdiger Börner: *Peter-Christian Müller-Graff (Hg.): EU-Nachbarschaftspolitik – Nordafrika und Nahost (2017)*

Hadi Enayat & Mirjam Künkler: *The Politics of Law and the Judiciary in Contemporary Iran (2018)*

Mouez Khalfaoui: *Islamic Family Law in Europe and the Islamic World (2019)*

Mikele Schultz-Knudsen: *Islam and Europeanization – Legal Perspectives (2019)*

Gianluca Parolin: *Words Laying Down the Law: Translating Arabic Legal Discourse (2019)*

Lara-Lauren Goudarzi-Gereke: *Law Between Dialogue and Translation: Harmonizing National Law with International Law – The Case of Women's Rights in Palestine (2019)*

Isabel Schatzschneider & Rosa Shuaibat: *God's Justice & Animal Welfare (2019)*

Viktor Forian-Szabo, Martin Baumgartner & Leonard Soldo: *Modern Law and Institutional Decay – The Ecology of Institutional Transplants in the Muslim World (2020)*

Herausgegeben von
Hatem Elliesie
Peter Scholz
Beate Anam
Kai Kreutzberger

durch die
Gesellschaft für Arabisches
und Islamisches Recht e. V.

جمعية دراسات الشريعة
الإسلامية وقوانين البلاد
العربية

ISSN 2192-6050

INHALT

EDITORIAL	7
RECHTSPRECHUNG & URTEILSBERICHTE	9
Verpflichtung zur Mitwirkung an religiöser Scheidung und Grenze der rechtlichen Bindung – Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamburg vom 25. 10. 2019 – 12 UF 220/17	9
Bruno Menhofer	
<i>Function follows form</i> – Zur Entscheidung des BGH über die Formbedürftigkeit der Vereinbarung einer Brautgabe nach deutschem Recht	15
Bruno Menhofer	
Entscheidungsanmerkung zu BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. 04. 2020 – 1 BvQ 44/20 – Freitagsgebet im Ramadan in Zeiten von Corona-Verordnungen	25
Rike Sinder	
Enforcement of UAE Judgments in India	31
Andrés Ring & Jivesh Chandrayan	
ARTIKEL	37
The Jurist’s Resilience: The European Council for Fatwa and Research and the Corona <i>Fatāwā</i>	37
Abdessamad Belhaj	
<i>Maḍāhib</i> in der Moderne: Kontinuität und Wandel des traditionellen <i>maḍhab</i> -Wesens innerhalb der gegenwärtigen kollektiven <i>Fiqh</i> -Gremien	53
Ahmed Gad Makhlof	
„ <i>Fatwā</i> -Import“ und seine Auswirkungen auf muslimische Minderheiten in Europa	75
Ranya Jamil	
Der historiografische Wert von Texten zur Islamischen Rechtswissenschaft (<i>fiqh</i>) – Eine Fallstudie: <i>Al-Ḥāwī li-l-Fatāwī</i> von Ḡalāl ad-Dīn as-Suyūṭī	85
Mina Moazzeni, S. Kamal Keshiknevis Razavi & Abbas Ahmadvand	
Ibn Ḥazm’s Refutations of Causality in Islamic Law (<i>ibṭāl at-ta’līl fī aḥkām ad-dīn</i>)	103
Rana Alsoufi	
FORSCHUNGSBERICHT / RESEARCH REPORT	117
Traditional and Religious Marriages. Research, Practices and Policies in the Netherlands	117
Susan Rutten	

REZENSIONEN / REVIEWS.....	129
Review: Ahmed Abd-Elsalam: <i>Das beduinische Rechtssystem: Konzepte – Modelle – Transformationen</i> , Beirut Texts and Studies 136, Würzburg 2015	129
Sebastian Maisel	
Review: Shaheen Sardar Ali: <i>Modern Challenges to Islamic Law</i> . Cambridge 2016	133
Björn Bentlage	
Rezension zu Olaf Köndgen: <i>The Codification of Islamic Criminal Law in the Sudan – Penal Codes and Supreme Court Case Law under Numayri and al-Bashir</i> (Studies in Islamic Law and Society 43), Leiden/Boston 2018	137
Silvia Tellenbach	
Rezension zu Abdurrahim Kozali / Ibrahim Salama / Souheil Thabti (Hgg.): <i>Das islamische Wirtschaftsrecht</i> (Reihe für Osnabrücker Islamstudien 19), Frankfurt am Main 2016.....	143
Abir Haddad	
Rezension zu Peter-Christian Müller-Graff (Hg.): <i>EU-Nachbarschaftspolitik – Nordafrika und Nahost</i> (Schriftenreihe des Arbeitskreises Europäische Integration e. V. 102), Baden-Baden 2017	153
Achim-Rüdiger Börner	
TAGUNGSBERICHTE / CONFERENCE REPORTS.....	161
Conference Report: <i>The Politics of Law and the Judiciary in Contemporary Iran –</i> Aga Khan University (London), December 4, 2018	161
Hadi Enayat & Mirjam Künkler	
Tagungsbericht: <i>Islamic Family Law in Europe and the Islamic World</i> . Symposium am Schloss Herrenhausen (Hannover), 25.–27. September 2019	165
Mouez Khalfaoui	
Conference Report: <i>Islam and Europeanization – Legal Perspectives</i> , Centre for European and Comparative Legal Studies, Faculty of Law, University of Copenhagen, October 4, 2019	171
Mikele Schultz-Knudsen	
Conference Report: <i>Words Laying Down the Law: Translating Arabic Legal Discourse</i> , Aga Khan University, London, UK, October 7 & 8, 2019	183
Gianluca Parolin	
Conference Report: <i>Law Between Dialogue and Translation: Harmonizing National Law with International Law – The Case of Women’s Rights in Palestine</i> , University of Göttingen, Germany, November 5 & 6, 2019.....	195
Lara-Lauren Goudarzi-Gereke	
Workshop-Bericht: <i>God’s Justice and Animal Welfare</i> , Department Islamisch-Religiöse Studien an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, 13. & 14. Dezember 2019	201
Isabel Schatzschneider & Rosa Shuaibat	

Conference Report: <i>Modern Law and Institutional Decay – The Ecology of Institutional Transplants in the Muslim World</i> , University of Vienna, Faculty of Law, February 10 & 11, 2020	203
Viktor Forian-Szabo, Martin Baumgartner & Leonard Soldo	
Call for Papers (Aufruf zum Einreichen von Beiträgen).....	207
IMPRESSUM.....	211
Herausgeber der <i>ZR&I: Zeitschrift für Recht & Islam – Journal for Law & Islam</i>	
Redaktionssekretariat der <i>ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam</i>	
Redaktionsmitglieder der <i>ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam</i>	
Fachgutachter der <i>ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam 11 (2019)</i>	
Erscheinungsweise	
Inhaltliche Verantwortung	
Manuskripteinreichung	
Transkription	
Zitiervorschlag	

EDITORIAL

Sehr geehrte Mitglieder der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht,
sehr geehrte Interessent*innen der *Zeitschrift für Recht & Islam*,

die Entwicklungen im Zuge der COVID-19-Pandemie dürften unser aller Leben im Jahre 2020 in vielerlei Hinsicht geprägt haben. Umso dankbarer sind wir für das Engagement und die Zeit der Beitragenden, die trotz der Umstände und unvorhergesehenen Herausforderungen an der nun vorliegenden Ausgabe der *Zeitschrift für Recht & Islam (ZR&I)* mitgewirkt haben. Das berührt zum einen die Inhalte der Ausgabe, die die vielfältigen Wirkbereiche unserer Beitragenden widerspiegeln, es meint zum anderen aber auch die qualitative Begleitung der Autor*innen, wie sie durch die aktive Mitwirkung unserer Gutachter*innen erfolgte.

COVID-19 ging auch an der ZR&I 2020 nicht spurlos vorbei, wenngleich es sie nicht dominiert. So werden in inhaltlicher Hinsicht zunächst zwei Urteile besprochen, von denen sich eines einer „Privatscheidung nach bereits erfolgter staatlicher Scheidung“ widmet, das andere einer Entscheidung hinsichtlich einer ‚Morgengabe‘. Die Ausführungen zum „Enforcement of UAE Judgements in India“ wagen einen Blick in ausländische Rechtsprechung. Die rechtliche und gesellschaftliche Bedeutung von COVID-19 kommt in der Betrachtung einer richterlichen Entscheidung zum „Freitagsgebet im Ramadan in Zeiten von Corona-Verordnungen“ sowie in der Abhandlung über „The European Council for Fatwa and Research and the Corona Fatwas“ zum Ausdruck. Einen gleichsam aktuellen Bezug, jedoch ohne COVID-19-Relevanz, hat der Beitrag über „Kontinuität und Wandel des traditionellen *madhhab*-Wesens innerhalb der gegenwärtigen kollektiven *Fiqh*-Gremien“. Auch die Auseinandersetzung mit dem „Fatwā-Import“ und dessen Auswirkungen auf muslimische Minderheiten in Europa“ verfolgt einen gegenwartsorientierten Ansatz. Historisch wird es demgegenüber in der Befassung mit dem „historiografische[n] Wert von Texten zur Islamischen Rechtswissenschaft“, der exemplarisch am Werk *Al-Ḥāwī li-l-Fatāwī* von Ḡalāl ad-Dīn as-Suyūṭī dargestellt wird. Des Weiteren weist der Beitrag über „Ibn Ḥazm’s Refutations of Causality in Islamic Law“ einen deutlichen geschichtlichen Bezug auf. Den Abschluss bildet ein Bericht über Forschungen betreffend „Traditional and Religious Marriages“ in den Niederlanden.

Den deutschsprachigen Beiträgen zur Rechtsprechung und Urteilsberichten sowie den Artikeln wurden erstmals englischsprachige Zusammenfassungen vorangestellt, um diese auch einem internationalen Publikum zugänglich zu machen.

Unsere begleitende inhaltliche Arbeit an den Beiträgen wäre jedoch nicht in diesem Maße möglich gewesen ohne die uns zur Seite stehenden Fachgutachter*innen. Von ihnen wirkten an dieser Ausgabe mit:

aus dem Kreise der Rechtsanwälte und Praktiker ANDREAS BÖRNER (Norton Rose Fulbright, München), BRUNO MENHOFER (Richter am Landgericht Frankfurt am Main), DIRK OTTO (DENK Rechtsanwälte, Frankfurt a. M.) sowie ANNA WÜRTH (Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin);

aus dem Bereich von Wissenschaft und Forschung HEINER BIELEFELDT (Institut für Politische Wissenschaft, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg), AHMED EL SHAMSY (Department of Near Eastern Languages and Civilizations, University of Chicago), HANS-GEORG EBERT (em., Orientalisches Institut, Universität Leipzig), BETTINA GRÄF (Institut für den Nahen und Mittleren Osten, Ludwig-Maximilians-Universität München), ASSEM HEFNY (Centrum für Nah- und Mittelost-Studien, Philipps-Universität Marburg), MAHMOUD JARABA (Abteilung Recht und Ethnologie, Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung), VERENA KLEMM (Orientalisches Institut, Universität Leipzig), SERDAR KURNAZ (Berliner Institut für Islamische Theologie, Humboldt-Universität zu Berlin), ASTRID MEIER (Seminar für Arabistik und Islamwissenschaft, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg), LENA-MARIA MÖLLER (Orientalisches Institut, Universität Leipzig), NORBERT OBERAUER (Institut für Arabistik und Islamwissenschaft, Westfälische Wilhelms-Universität Münster), JENS SCHEINER (Seminar für Arabistik / Islamwissenschaft, Georg-August-Universität Göttingen), IRENE SCHNEIDER (Seminar für Arabistik / Islamwissenschaft, Georg-August-Universität Göttingen), sowie VISHAL VORA (Abteilung Recht und Ethnologie, Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung).

Mit Sachverstand und Herz stand uns sowie den Autor*innen einmal mehr unsere überaus geschätzte Kollegin Sina Nikolajew zur Seite, der wir auch in diesem Jahr wieder das finale Gelingen der Ausgabe verdanken.

So bleibt für uns an dieser Stelle nur zu hoffen, dass wir es (auch) 2021 werden vermögen können, der Pandemie und deren Konsequenzen konstruktiv zu begegnen. In diesem Sinne wünschen wir Ihnen allen beste Gesundheit und verbleiben

mit den besten Grüßen

das Herausgeberkollegium der *Zeitschrift für Recht & Islam*

Hatem Elliesie, Peter Scholz, Beate Anam und Kai Kreutzberger

RECHTSPRECHUNG & URTEILSBERICHTE

Verpflichtung zur Mitwirkung an religiöser Scheidung und Grenze der rechtlichen Bindung – Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamburg vom 25. 10. 2019 – 12 UF 220/17

Bruno Menhofer

The article reviews a judgement of the OLG Hamburg on the obligation of a divorcee to participate in a private divorce before a religious center (Islamisches Zentrum in Hamburg), which was declared invalid. A couple with both German and Iranian nationality was divorced by a German court. The husband applied for a thoroughly described obligation of the divorced woman to contribute to a religious divorce at the Islamisches Zentrum in Hamburg, to which she has already consented in a divorce agreement. The court held that the obligation was invalid because of the primacy of the jurisdiction of German courts for any dissolution of marriage in Germany (Scheidungsmonopol deutscher Gerichte). The obligation should violate the freedom of the married couple to withdraw their consent to the marriage at any time (§ 134 BGB i. V. m. § 134 Abs. 2 FamFG). The article critically reviews the courts argumentation and stresses the difference between a participation to a divorce governed by a foreign law and a mere religious ceremony.

Die besprochene Entscheidung des OLG (Oberlandesgericht) Hamburg¹ betont die Reichweite des staatlichen Scheidungsmonopols deutscher Gerichte und setzt dabei Schwerpunkte für das Verhältnis zwischen religiöser und ausländischer Privatscheidung einerseits und staatlicher Scheidung andererseits.

1. Die im Inland lebenden Beteiligten haben die deutsche und die iranische Staatsangehörigkeit. Ihre im Jahre 2002 im Iran geschlossene Ehe wurde auf Antrag der hiesigen Antragsgegnerin durch Beschluss des AG (Amtsgericht) Hamburg-

Bergedorf vom 28. 10. 2014 rechtskräftig geschieden. Am gleichen Tag hatten die Beteiligten eine gerichtliche Scheidungsfolgenvereinbarung abgeschlossen, die unter anderem die Regelung enthielt, dass die Ehefrau auf eine vereinbarte Morgengabe verzichtet. Beide Beteiligte verpflichteten sich daneben zur Mitwirkung „bei der Durchführung bzw. Anerkennung der iranischen/religiösen Scheidung“. Nachdem der Antragsteller die Rechtsauskunft erhalten hatte, dass der Verzicht auf die Brautgabe nach iranischem Recht unwirksam sei und eine Scheidung im Iran nicht an-

¹ OLG Hamburg: Beschl. v. 25. 10. 2019 – 12 UF 220/17, in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* (2020), S. 409 = *Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam)* (2020), S. 48 =

Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) (2020), S. 668.

erkannt werde, beantragte er, die Antragsgegnerin zur Abgabe einer Erklärung zu verpflichten, wonach sie alle Ansprüche aus dem Ehevertrag und -verhältnis an ihn abtritt und dies auch auf einem Formular des *Islamischen Zentrums* in Hamburg wiederholt. Das AG hat dem Antrag entsprochen. Das OLG Hamburg hat auf die Beschwerde der Antragsgegnerin den Antrag abgewiesen.

2. Zu Recht hat das OLG Hamburg darauf hingewiesen, dass das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers für die beantragte Verpflichtung der Antragsgegnerin fraglich erscheint.

Denn grundsätzlich kann von einer Anerkennungsfähigkeit der Ehescheidung deutscher Gerichte im Iran ausgegangen werden.² Aus iranischer Sicht gelangt gemäß Art. 6 ZGB (Zivilgesetzbuch) auf iranische Staatsangehörige stets iranisches Recht zur Anwendung. Zwar war die Scheidung hier auf Antrag der Ehefrau erfolgt,³ eine Eheauflösung kann insoweit aber auch als private Scheidung dadurch erfolgen, dass der Ehemann den *talāq* erklärt (Art. 1133 ZGB). Dies kann grundsätzlich auch im Ausland erfolgen und sodann im Iran registriert werden.⁴ Konkrete Anhaltspunkte, die dem entgegenstehen, hat der Antragsteller nach den Feststellungen des OLG Hamburg nicht aufgezeigt. Die Vornahme einer privaten Scheidung durch Einbindung des Islamischen Zentrums in Hamburg erfolgte danach – wie auch das OLG

Hamburg angenommen hat – nicht aus (nur) religiösen Motiven, sondern im Wesentlichen vor dem Hintergrund, dass eine einvernehmliche Ehescheidung bei einem (erneuten) Verzicht der Ehefrau auf die Brautgabe höhere Aussichten auf eine Anerkennung hätte.

Diente die Mitwirkung danach allein der Vorbereitung einer (weiteren) Scheidung nach ausländischem Recht, dann erscheint in der Tat fraglich, ob überhaupt ein Rechtsschutzbedürfnis für die beantragte Verpflichtung besteht,⁵ denn aus der maßgeblichen Sicht des entscheidenden deutschen Gerichts war die Ehe ja bereits rechtskräftig aufgelöst. Ein Verzicht auf die Zahlung einer Brautgabe und eine Verpflichtung zur Mitwirkung an einer religiösen Scheidung waren bereits vereinbart.

Das tatsächliche Interesse des Antragstellers lag daher auch nicht in der Herbeiführung einer weiteren religiösen oder staatlichen Scheidung, sondern in der Vermeidung einer Inanspruchnahme auf Zahlung der Brautgabe vor iranischen Gerichten, was indessen ein gänzlich anderes Verfahrensziel darstellt.

3. Das OLG Hamburg hat den Antrag entscheidend deswegen für unzulässig erachtet, weil er gegen den das deutsche Recht beherrschenden Grundsatz verstoße, wonach eine Ehe im Inland nur durch richterliche Entscheidung auf Antrag eines der Ehegatten geschieden werden kann. Die

² BGH, in: *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)* 160, S. 332 = *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW-RR)* (2020), S. 81 = *FamRZ* (2004), S. 1952; vgl. hierzu Omaia Elwan / Bruno Menhofer: *Talāq nach iranischem Recht und die wesensmäßige Zuständigkeit deutscher Gerichte*, in: *Das Standesamt: Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands (StAZ)* (2005), S. 168–174; Wolfgang Wurmnest / Nadjma Yassari: *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile im Iran*, in: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* (2006),

S. 217–221; vgl. auch Walter Rahm / Bernd Künkel: *Handbuch des Familiengerichtsverfahrens* (⁴2002), II 2 C Rn. 193 „Iran“.

³ Zu den rechtlichen Auswirkungen eines Verzichts der Ehefrau auf die Brautgabe bei Beantragung einer Scheidung im Iran vgl. OLG Köln: *Beschl. v. 19. 2. 2015 – 12 UF 98/14*, in: *FamRZ* (2015), S. 1605.

⁴ Vgl. hierzu Omaia Elwan / Bruno Menhofer / Dirk Otto: *Gutachten zum ausländischen Familien- und Erbrecht* (2005), Iran-Gutachten Nr. 2, S. 220.

⁵ Worauf Peter Mankowski in: *FamRZ* (2020), S. 48 in einer Anmerkung zu der besprochenen Entscheidung zutreffend hinweist.

Entscheidung, die in der Literatur – soweit ersichtlich⁶ – überwiegend auf Zustimmung gestoßen ist, zieht eine klare Grenze zwischen dem staatlichen Scheidungsmonopol und Bestrebungen einer privaten Scheidung. Sie verdient aber wegen der internationalprivatrechtlichen Vielschichtigkeit des Scheidungsbegriffs nähere Betrachtung.

a) Das in Art. 17 Abs. 3 EGBGB (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche) und § 1564 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) verankerte Scheidungsmonopol der deutschen Gerichte zielt darauf ab, dass ohne Mitwirkung der Familiengerichte eine Scheidung in Deutschland nicht möglich ist. Dem Scheidungsmonopol, dem ein *ordre-public*-Charakter zugesprochen wird, soll danach wegen der weitreichenden Wirkungen hinsichtlich des Personenstands eine Ordnungsfunktion und wegen der notwendigen Prüfung der verfahrensrechtlichen Voraussetzungen, auch im Hinblick auf Folgeentscheidungen, eine Schutzfunktion zukommen.⁷

Nicht abschließend geklärt sind die Reichweite und die Grenzen des Scheidungsmonopols sowohl hinsichtlich der Anerkennung ausländischer Privatscheidungen als auch hinsichtlich der Bestim-

mung der materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorgaben für die Vornahme von Teilakten bei Auslandsbezug. Zu berücksichtigen ist hierbei auch eine innereuropäische Rechtsentwicklung, die eine zunehmende Herauslösung von Ehescheidungen aus gerichtlichen Entscheidungen und eine Stärkung von Privatscheidungen erkennen lässt.⁸

Nach der maßgeblichen Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs⁹ war eine Privatscheidung nach ausländischem Recht grundsätzlich jedoch nicht anerkennungsfähig.

Die Rechtswirksamkeit des Teilaktes einer Privatscheidung, die im Inland vorgenommen wird, wird nicht einheitlich beurteilt; sie ist nach den Regeln des materiellen Kollisionsrechts zu prüfen.¹⁰ Bei Anwendung deutschen Rechts ist sie danach wegen Verstoßes gegen § 1564 BGB grundsätzlich als unwirksam anzusehen.¹¹ Denn nach der wohl überwiegenden Auffassung ist auch bei der Vornahme eines nicht unwesentlichen Teilaktes einer Scheidung im Inland das Verbot des Art. 17 Abs. 3 EGBGB zu berücksichtigen. Dies gilt auch dann, wenn der nach dem islamischen Recht maßgebliche Ausspruch eines *ṭalāq* im Inland erfolgt.¹²

⁶ Peter Winkler von Mohrenfels in: *Münchener Kommentar zum BGB* (82020), Art. 17 EGBGB Rn. 24; Peter Mankowski, in: *FamRZ* (2020), S. 48; vgl. auch Ingo Ludwig in: *jurisPK-BGB* 92020, Art. 17 EGBGB, Rn. 34, Tobias Kappler in: Curt H. Johannsen / Dieter Henrich / Christoph Althammer: *Familienrecht* (72020), BGB § 1564, Rn. 29.

⁷ Albrecht Weber in: *Münchener Kommentar zum BGB* (82018), § 1564, Rn 23 f.; vgl. Winkler von Mohrenfels, in: *Münchener Kommentar zum BGB* (82020), Art. 17 EGBGB, Rn. 21.

⁸ Vgl. hierzu Anatol Dutta / Dieter Schwab / Dieter Henrich / Peter Gottwald / Martin Löhnig (Hgg.): *Scheidung ohne Gericht? Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Band 18 der Beiträge zum europäischen Familien- und Erbrecht* (2017); Claudia Mayer: *Scheidung ohne Gericht – Europäische Entwicklungen*, in: *StAZ* (2018), S. 106–115; Julius von Staudinger / Thomas Rauscher: *BGB* (Bearb. 2018), Vorbemerkung zu § 1564, Rn. 115 a f.

⁹ BGH: Beschl. v. 14. 10. 1981 – IVb ZB 718/80 = *NJW* (1982), S. 517.

¹⁰ Vgl. Winkler von Mohrenfels, in: *Münchener Kommentar zum BGB* (82020), Art. 17 EGBGB, Rn. 25 f. Nicht eingegangen werden kann im Rahmen der vorliegenden Anmerkung auf die Reichweite des durch Gesetz vom 17. 12. 2018 neugefassten Art. 17 Abs. 2 EGBGB, der in Reaktion auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 20. 12. 2017 (C 372/16 – Sahyouni/Mamisch) das anwendbare Recht für die Vornahme einer Privatscheidung regelt. Im vorliegenden Fall war das anwendbare Recht aufgrund der vorrangigen deutschen Staatsangehörigkeit der Beteiligten ausschließlich das deutsche Recht.

¹¹ Staudinger/Rauscher: *BGB* (Bearb. 2018), § 1564, Rn. 20.

¹² Winkler von Mohrenfels, in: *Münchener Kommentar zum BGB* (82020), Art. 17 EGBGB, Rn. 25 f.; Marianne Andrae: *Internationales Familienrecht* (42019), § 3, Rn. 123 f., 136 f.

b) Nicht problematisiert hat das OLG Hamburg allerdings den Umfang der staatlichen Mitwirkung. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass Grundlage der Antragstellung vorliegend eine Mitwirkungsverpflichtung der Antragsgegnerin war, die Eingang in eine gerichtlich genehmigte und protokollierte Scheidungsfolgenvereinbarung gefunden hatte.

aa) Bedenkenswert erscheint im vorliegenden Fall indessen, dass die Ehe der Beteiligten im Zeitpunkt der Antragstellung bereits aufgelöst war. Das deutsche staatliche Scheidungsmonopol kann durch eine private Scheidung nur dann berührt werden, wenn ihr aus der Sicht des deutschen Internationalen Privatrechts Rechtswirkungen zuzumessen sind.

Bedenkenswert erscheint danach auch, ob dem Antragsteller nicht bereits deshalb das Rechtsschutzbedürfnis zu versagen war, weil aus der maßgeblichen Sicht der deutschen Gerichte die Ehe bereits rechtskräftig geschieden war, so dass eine Mitwirkung an der Mitwirkungsverpflichtung zur weiteren Aufhebung einer Ehe ins Leere laufen musste. Denn nur eine bestehende Ehe kann geschieden werden.¹³

bb) Auch die konkrete Reichweite des begehrten inländischen Teilaktes zur Scheidung verdient nähere Betrachtung.

Ausgehend von den normativen Vorgaben der Art. 17 Abs. 3 EGBGB und § 1564 BGB bezieht sich der Begriff der gerichtlichen Mitwirkung an der Eheauflösung grundsätzlich darauf, dass die Beendigung der Ehe im Inland durch eine gerichtliche Entscheidung festgestellt wird. Die von dem Antragsteller erwünschte Mitwirkung der Antragsgegnerin an der religiösen Aufhebung unter Mitwirkung des Islamischen Zentrums in Hamburg richtete sich allerdings in erster Linie auf eine rein religiöse Zeremonie.

Denkbar war daher zunächst eine Mitwirkung im rein religiösen Rahmen, worauf auch die Antragsformulierung mit der Einbindung des Islamischen Zentrums in Hamburg abzielt.

Unklar bleibt, ob allein eine entsprechende Mitwirkung hierzu bereits als geeignet angesehen werden kann, das Scheidungsmonopol aus Art. 17 Abs. 3 EGBGB zu verletzen. Das kann bei einer Scheidung nach den Grundsätzen einer religiösen Gruppierung oder Gemeinschaft indessen so lange nicht der Fall sein, als diese nicht über einen – inländischen oder ausländischen – staatlichen Rechtsanwendungsbefehl Geltung erlangen.¹⁴ Die bloße Verpflichtung zur Mitwirkung der Antragsgegnerin zu einer religiösen Ehescheidung konnte danach auch Grundlage einer Vereinbarung der Ehegatten sein und wurde insoweit zutreffend auch in die gerichtliche Scheidungsfolgenvereinbarung aufgenommen.¹⁵

¹³ Die Scheidung einer Ehe, die bereits durch Scheidung aufgelöst ist, ist ohne rechtliche Bedeutung: Weber, in: *Münchener Kommentar zum BGB* (82019), § 1564, Rn. 28; Staudinger/Rauscher: *BGB* (Bearb. 2018), § 1564, Rn. 15. Dies gilt auch dann, wenn die erste (inländische) Scheidung im Heimatstaat der Eheleute nicht anerkannt würde: Julius von Staudinger/Peter Mankowski: *BGB* (Bearb. 2010), Art. 17 EGBGB, Rn. 81.

¹⁴ Elwan/Menhofer: *Talāq nach iranischem Recht*, S. 169; Andrae: *Internationales Familienrecht*, § 3 Rn. 56.

¹⁵ Da eine Vergleichsmöglichkeit der Beteiligten in Ehesachen nur soweit gegeben ist, als sie über diese verfügen können, vgl. Helmut Borth/Mathias Grandel in: Hans-Joachim Musielak/Helmut Borth: *FamFG* (62018), § 113, Rn. 14, stellt sich hier bereits die durch das OLG Hamburg nicht thematisierte Frage der Wirksamkeit der Verpflichtung zur Mitwirkung an der Eheauflösung in der Scheidungsfolgenvereinbarung.

Zu berücksichtigen ist insoweit auch, dass jedenfalls seit der Abschaffung des Verbots der religiösen Voraustrauung seit dem 01. 01. 2009¹⁶ eine kirchliche Trauung vor und unabhängig von einer standesamtlichen Trauung erfolgen kann. Aus dieser gesetzgeberischen Wertentscheidung lässt sich durchaus ein Nebeneinander von staatlicher und kirchlicher Trauung herleiten, das *mutatis mutandis* auch hinsichtlich der Auflösung der entsprechenden Ehen angenommen werden kann.

Zutreffend hat das OLG Hamburg im entschiedenen Fall indessen darauf abgestellt, dass die durch den Antragsteller begehrte Verpflichtung nicht allein einer religiösen Ehescheidung zuzuordnen war, sondern dass sie wesentlicher Bestandteil einer Ehescheidungsentscheidung werden sollte, die sich nach iranischem Recht richtet und durch iranische Behörden durchzuführen oder zu bestätigen wäre. Vor diesem Hintergrund kann die gerichtliche Mitwirkung an der erneuten Durchführung einer privaten Scheidung durchaus als Verstoß gegen den genannten Grundsatz angesehen werden.

c) Das OLG Hamburg hat die begehrte Verpflichtung der Antragsgegnerin für unwirksam erachtet, da sie gegen das gesetzliche Verbot des § 134 Abs. 2 FamFG (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) in Verbindung mit § 134 BGB verstoße und eine Umgehung des staatlichen Scheidungsmonopols durch Verpflichtung zur Mitwirkung an einer Privatscheidung darstelle, was allerdings zu hinterfragen ist. Denn diese Vorschrift regelt in Ergänzung zu § 114 FamFG im Wesentlichen die Antragsfreiheit für

die Zustimmung zur Ehescheidung. Die Möglichkeit des Widerrufs der Zustimmung zur Scheidung gemäß § 134 FamFG ist daher in erster Linie verfahrensrechtlich bezogen.¹⁷

Während sowohl die Unwirksamkeit eines Ausschlusses des Scheidungsrechts als auch die Erweiterung der Scheidungsmöglichkeiten wegen Verstoßes gegen § 1564 BGB als sicher angesehen werden können, ist dies bei einem Verstoß gegen § 134 Abs. 2 FamFG nicht ohne weiteres ersichtlich. § 134 Abs. 2 FamFG bestätigt nur den Grundsatz, dass der Gegenstand des Scheidungsverfahrens höchstpersönlicher Natur ist. Die Verfahrensbeteiligten sind daher in ihrer Entscheidung bis zum Abschluss der mündlichen Verhandlung vor dem Familiengericht frei.¹⁸

Die Annahme einer Nichtigkeit der beantragten Verpflichtung hätte daher bei einer Subsumtion im Einzelfall zunächst zu berücksichtigen, dass sie nicht ausdrücklich eine Unwiderruflichkeit der Zustimmung der Antragstellerin vorsah. Maßgeblich ist indessen, dass die Antragstellerin einer Scheidung – nach dem maßgeblichen deutschen Recht – bereits zugestimmt hatte, und diese (auf ihren Antrag) auch erfolgt war. Die das Scheidungsrecht der Antragstellerin beschränkende Wirkung der Verpflichtung war daher an der rechtlichen Wirkung der religiösen Scheidung bzw. der Vorbereitung einer ausländischen Privatscheidung zu messen. Soweit das OLG Hamburg sich demgegenüber ohne nähere konkrete Prüfung auf eine Literaturstelle für die Annahme der Nichtigkeit bezogen hat, erscheint dies vor dem genannten Hintergrund durchaus diskutabel.¹⁹

¹⁶ Vgl. Heribert Schüller: Die verblüffende Aufhebung des Voraustrauungsverbots und ihre Auswirkungen, in: *NJW* (2008), S. 2745–2749.

¹⁷ Vgl. Tobias Helms: in: Hanns Prütting/Tobias Helms: *FamFG* (⁴2018), § 134, Rn. 3; Musielak/Borth: *FamFG* (⁶2018), § 134, Rn. 2; Franz-Thomas Roßmann in: Kai

Schulte-Bunert/Gerd Weinreich: *FamFG* (⁶2020), § 134, Rn. 3.

¹⁸ Roßmann, in: *FamFG*, § 134, Rn. 6.

¹⁹ Die durch das OLG Hamburg in Bezug genommene Fundstelle bei Norbert Heiter, in: *Münchener Kommentar zum FamFG* (³2018), § 134, Rn. 20) verweist ohne nähere Begründung auf Gabriele Ey, in: *Münchener Kommentar*

4. Aus der rechtlichen Sicht des OLG Hamburg zutreffend ist dieses nicht auf die Feststellung des Familiengerichts eingegangen, dass die Antragsgegnerin ihre Religionsfreiheit mit dem Abschluss der Scheidungsfolgenvereinbarung dahingehend ausgeübt habe, dass sie sich zur Mitwirkung an einer religiösen Ehescheidung bindend verpflichtet habe. Denn unabhängig von der Frage einer

Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen das den Ehegatten zustehende Scheidungsrecht aus § 1564 BGB²⁰ wäre insoweit aus der Religionsfreiheit auch die Möglichkeit einer Entscheidungsänderung zu berücksichtigen. Die Annahme einer bindenden Verpflichtung zur Ausübung einer religiösen Betätigung dürfte bereits wegen Verstoßes hiergegen als unwirksam anzusehen sein.

Dr. Bruno Menhofer, Gründungsmitglied der GAIR, Richter am Oberlandesgericht, Frankfurt am Main

zum BGB, § 1566, Rn. 24, wobei Weber dort in der aktuellen Auflage gerade hervorhebt, dass aus § 134 FamFG nicht ein Recht zum freien Widerruf von Scheidungsvereinbarungen hergeleitet werden kann; eine Widerruflichkeit sei vielmehr im Einzelfall zu prüfen. Die Fundstelle bei Staudinger/Rauscher (Bearb. 2018, § 1566, Rn. 36) bezieht

sich auf eine Entscheidung des BGH zu einer lediglich dem Ehepartner gegenüber erklärten Zustimmungserklärung in einer Unterhaltsvereinbarung.

²⁰ Vgl. BGH: Urt. v. 11. 10. 2006 – XII ZR 79/04; Urteil vom 9. 4. 1986 – IVb ZR 32/85.

Function follows form – Zur Entscheidung des BGH über die Formbedürftigkeit der Vereinbarung einer Brautgabe nach deutschem Recht

Bruno Menhofer

The article reviews a judgement of the BGH on the formal requirements for a marriage agreement following an Islamic understanding (mahr) but subjected to the German law. Classifying the agreement as an unspecified allocation, the BGH applied the rules for donations in German law. Hereby he ruled the first time, that unspecified allocations should be subject to the formal requirements previewed for donations. Thus, the agreement is subjected to a notarization to avoid its invalidity, which the BGH supposed here to be given. The article critically reviews the court's reasoning and stresses the need for a due consideration of the religious and socio-cultural conceptions of the contracting parties within the applicable law.

Der BGH (Bundesgerichtshof) hat mit der besprochenen Entscheidung vom 18. 3. 2020¹ eine Formbedürftigkeit für Vereinbarungen zwischen Ehegatten eingeführt, die für die Vereinbarung einer Brautgabe bei der Anwendbarkeit deutschen Sachrechts sehr weitreichende Bedeutung hat. Entgegen der Vorstellung des BGH ist die durch ihn postulierte Notwendigkeit einer notariellen Vereinbarung einer im Inland vereinbarten Brautgabe nicht „kaum bedeutsam“², sondern die Entscheidung stellt grundsätzliche Weichen bei der rechtlichen Behandlung des Instituts der Brautgabe im deutschen Recht.

1. Die Beteiligten streiten um die Verpflichtung des Antragsgegners, der Antragstellerin eine Pilgerreise nach Mekka zu bezahlen. Der Antragsgegner besitzt die libysche Staatsangehörigkeit und ist muslimischen Glaubens. Die Antragstellerin, die die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, konvertierte zum Islam. Die in Deutschland lebenden Beteiligten nahmen am 25. 3. 2006 an einer Trauungszeremonie nach islamischem Ritus in

Anwesenheit eines Imams teil, bei der sie auch ein teilweise vorgedrucktes und mit „Akt der Eheschließung“ überschriebenes Schriftstück in deutscher Sprache unterzeichneten, das unter anderem folgende Bestimmung enthielt: „Mitgift Deckung: Pilgerfahrt“. Die am 29. 3. 2007 geschlossene standesamtliche Ehe wurde mit familiengerichtlichem Beschluss vom 9. 11. 2016 rechtskräftig geschieden.

Die Antragstellerin hat zunächst die Zahlung von 3 500,- EUR von dem Antragsgegner begehrt, weil dies dem Wert einer Pilgerfahrt für Frauen unter Begleitung eines männlichen Reiseleiters entspreche. Zuletzt hat sie die Verpflichtung des Antragsgegners zur Bezahlung einer Pilgerfahrt für sie nach Mekka begehrt. Der Antrag blieb in allen Instanzen erfolglos.

In der besprochenen Entscheidung vom 18. 3. 2020 hat der BGH mit ausführlicher Begründung die Einordnung der getroffenen Vereinbarung als Brautgabe und ihre Qualifikation als allgemeine Ehwirkung im Anschluss an seine Grundsatzentscheidung vom 9. 12. 2009³ bestätigt.⁴ Er hat die

¹ BGH: Beschl. v. 18. 3. 2020 – XII ZB 380/19, in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* (2020), S. 2024 mit Anm. Obermann.

² BGH: Beschl. v. 18. 3. 2020 – XII ZB 380/19, Rn. 38.

³ BGH: Urt. v. 9. 12. 2009 – XII ZR 107/08, in: *NJW* (2010), S. 1528.

⁴ BGH: Beschl. v. 18. 3. 2020 – XII ZB 380/19, Rn. 12 f.; allg. zur kollisionsrechtlichen Einordnung der Brautgabe vgl. nur Looschelders, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, ⁸2020, Art. 14 EGBGB, Rn. 62 f.; Andrae: *Internationales Familienrecht*, ⁴2019, § 4 Rn. 305 f.

Brautgabe sodann als familienrechtlichen Vertrag *sui generis* eingeordnet, der Übereinstimmungen mit dem in der Rechtsprechung des Senats entwickelten Rechtsinstitut der unbenannten Zuwendungen aufweise.⁵ Wegen Formunwirksamkeit sei ein Anspruch der Antragstellerin nicht gegeben.

2. Die Entscheidung des BGH ist nicht nur deshalb bemerkenswert, weil die Berücksichtigung von Rechtsvorstellungen des islamischen Rechts hier zur Formunwirksamkeit einer Vereinbarung führen soll, die ansonsten sowohl unter Ehegatten, als auch unter einander fremden Personen, die sich zur Zahlung einer Reise verpflichten, nach deutschem Sachrecht ohne weiteres als wirksam erachtet worden wäre. Sie wirft zudem nicht nur Fragen nach der Formbedürftigkeit der Vereinbarung einer Brautgabe auf, sondern weist auch tiefer auf eine Folge der gewandelten Anknüpfungstechniken im internationalen Privatrecht hin, nämlich den Primat des Sachrechts der *lex fori* und die Frage der Berücksichtigung eines ausländischen Rechtsinstituts bei dessen Anwendung.

a) Die Entscheidung lässt einen Paradigmenwechsel im internationalen Privatrecht innerhalb der letzten Jahre erkennen: Das internationale Privatrecht verfolgt bei der Anknüpfung von Sachverhalten mit Auslandsberührung grundsätzlich das Ziel der möglichst sachgerechten Bestimmung der anzuwendenden Rechtsordnung, die in der Regel diejenige ist, mit der der Sachverhalt die

engste Berührung hat. Während nach der Systematik des EGBGB (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche) in der Regel die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit erfolgte, hat sich in den letzten Jahren – auch in Folge der Umsetzung europarechtlicher vereinheitlichender Normierungen – in der Regel die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der Beteiligten als Regelanknüpfung durchgesetzt.⁶

Exemplarisch sei dies an dem der Entscheidung des BGH zu Grunde liegenden Sachverhalt aufgezeigt: Die Parteien des Verfahrens, die die libyische und die deutsche Staatsangehörigkeit inne hatten, hatten ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Danach unterlägen ihre Rechtsbeziehungen nach dem heutigen Rechtsstand⁷ stets und vollständig dem deutschen Sachrecht:

Denn mangels einer Rechtswahlvereinbarung unterliegt der eheliche Güterstand der Parteien dem Recht des Aufenthaltsstaats (Art. 26 Abs. 1 a) der Verordnung (EG [Europäische Gemeinschaft]) Nr. 2016/1103 – EuGüVO [Europäische Güterrechtsverordnung]). Die Ehescheidung unterliegt mangels einer Rechtswahl gemäß Artikel 8 der Verordnung (EG) Nr. 1259/2010 vom 20. 12. 2010 (Rom III) gleichfalls dem Recht des Aufenthaltsstaates. Aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts beider Parteien würde schließlich auch eine unterhaltsrechtliche Einordnung des Anspruchs gemäß

⁵ BGH: Beschl. v. 18. 3. 2020 – XII ZB 380/19, Rn. 20 f.

⁶ So schon Wurmnest, in: *JuristenZeitung (JZ)* (2010), S. 736–739 (738); in diese Richtung auch hinsichtlich der Qualifikation der Brautgabe Andrae, § 4, Rn. 317 f., 322; Yassari: Die islamische Brautgabe im deutschen Kollisions- und Sachrecht, in: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* (2011), S. 63–68

⁷ Die Rechtslage stellt sich in dem entschiedenen Fall aufgrund der dort am 29. 3. 2007 erfolgten Eheschließung tatsächlich anders dar. Auch der BGH gelangt aber unter der Anwendung der intertemporal maßgeblichen Normen

stets zur Anwendung deutschen Rechts. Ob aus der zwischenzeitlichen Geltung der EuGüVO eine europarechtlich gestützte Umqualifikation der Morgengabe als güterrechtliche Regelung einhergeht, vgl. hierzu bereits Yassari: *Die Brautgabe im Familienvermögensrecht (Brautgabe)*, 2014, S. 321; Ziereis: Das neue internationale Güterrecht – ein Überblick über die Europäischen Güterrechtsverordnungen, in: *Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZ-Fam)* (2019) S. 237–241, kann im vorliegenden Rahmen nicht weiterverfolgt werden.

Art. 3 des Haager Protokolls über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23.11.2007 zur Anwendung deutschen Rechts führen. Auch innerhalb des verbliebenen Geltungsbereichs des Artikels 14 EGBGB gilt für Allgemeine Ehwirkungen mangels Rechtswahl das Recht des Aufenthaltsstaates (Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB). Selbst die Annahme einer rein schuldrechtlichen Verpflichtung würde gemäß Art. 4 der Verordnung Nr. 593/2008 vom 17.6.2008 (Rom I) zur Anwendbarkeit deutschen Rechts führen, da der (angenommen) Zahlungsverpflichtete hier seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Schließlich würde sich selbst bei Einordnung der hier getroffenen Vereinbarung als bloßen Personenbeförderungsvertrag die Anwendbarkeit deutschen Rechts ergeben, da sich die zu befördernde Person hier befindet (Art. 5 Abs. 2 Rom I).

Die Frage nach der Berücksichtigung ausländischer Rechtsvorstellungen stellt sich danach nicht mehr auf der Ebene der Suche nach dem anwendbaren Recht, das den Fall als sachnäheres zutreffender entscheiden kann, sondern zunehmend häufiger auf der Ebene des Sachrechts. Als problematisch erweist sich dabei nicht nur die Qualifikation und Einordnung eines ausländischen Rechtsinstitutes in die deutsche materielle Rechtsordnung, sondern vielmehr die Frage, inwieweit Vorstellungen der Parteien, die ihre Grundlage in ausländischen staatlichen oder nichtstaatlichen Rechtsordnungen oder Rechtsvorstellungen haben, innerhalb der Anwendung deutschen Rechts zu berücksichtigen sind. Es geht danach vielmehr um die Subsumtion dieses Sachverhaltes unter Rechtsätze. Als weichenstellend erweist sich hier die Einordnung der konkreten Vereinbarung unter die

Regelungsmuster des deutschen Sachrechts. Ebenso wie die Einordnung eines Vertrags unter einen bestimmten Vertragstyp des deutschen Rechts die Rechte und Pflichten der Parteien bestimmt, so wirkt sich auch die Einordnung einer Vereinbarung aus, die vor dem Hintergrund einer fremden Rechtsordnung getroffen wurde.

Das IPR (Internationale Privatrecht) antwortet auf diese Frage nur in sehr eingeschränktem Maße: Es weist den zu entscheidenden Fall, in den Fällen einer Unteranknüpfung gegebenenfalls auch nur einen rechtlich relevanten Teil hiervon, lediglich einer Rechtsordnung zu, die hierüber entscheiden soll.⁸

Die Subsumtion des Falles unter die für anwendbar erklärten Sachnormen wirft aber die Frage auf, inwieweit Vorstellungen der Beteiligten über rechtliche Institute einer staatlichen oder nichtstaatlichen ausländischen Rechtsordnung bei der Anwendung des Sachrechts Berücksichtigung finden können. Als zentral dürfte hierfür im deutschen Sachrecht die Auslegung von Willenserklärungen gemäß § 133 BGB anzusehen sein, wonach der tatsächliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften ist. Zu berücksichtigen ist dabei vor allem die bestehende Interessenlage und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck.⁹ Ein nach außen erklärter Wille wird dabei regelmäßig durch eine empirisch-objektivierte Auslegung nach dem jeweiligen Empfängerhorizont ausgelegt werden.¹⁰ Nehmen die Parteien erkennbar Bezug auf ein Institut einer nicht-staatlichen, hier einer religiösen Rechtsordnung, so liegt es nahe, die Interessen der Parteien an der Wahrung dieser Regelung unter Berücksichtigung ihres typisierten

⁸ Eine im vorliegenden Rahmen nicht ausführlich darstellbare Ausnahme hiervon ergibt sich lediglich bei Anwendung der Datum-Theorie, die über die Anwendung des durch das internationale Privatrecht bestimmten Rechts auch die weitergehende Berücksichtigung fremden Rechts

ermöglicht; vgl. hierzu v. Hein, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, ⁸2020, Einleitung zum IPR, Rn. 292.

⁹ Vgl. nur Palandt/Ellenberger: *BGB*, ⁷⁸2019, § 133 Rn. 18.

¹⁰ Vgl. Busche, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, ⁸2018, § 133 Rn. 12; Singer, in: Staudinger, *BGB*, Bearbeitung 2017, § 133 Rn. 3 f., 5.

Umfangs und Regelungsgehaltes zumindest bei der Auslegung der Willenserklärungen zu berücksichtigen.¹¹

b) Sowohl der BGH als auch das OLG (Oberlandesgericht) Frankfurt als Vorinstanz haben bei der rechtlichen Einordnung der getroffenen Vereinbarung nicht nur hinsichtlich der internationalprivatrechtlichen Qualifikation, sondern auch hinsichtlich der Einordnung der Brautgabevereinbarung in das deutsche Sachrecht auch den Parteiwillen zur Auslegung des Vereinbarten herangezogen.¹² Ebenso hatte der BGH in einer früheren Entscheidung zur Vereinbarung einer Brautgabe unter der Anwendbarkeit deutschen Sachrechts durchaus die Möglichkeit eines Scheingeschäfts bedacht und den Parteiwillen berücksichtigt, wonach die Vereinbarung den Anforderungen des religiösen Rechts entsprechen sollte.¹³ Wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird, führt die einzelfallbezogene Betrachtung der geschlossenen Vereinbarung durchaus zu anderen Ergebnissen.

3. Gerade an der durch den BGH festgestellten Formbedürftigkeit der Vereinbarung einer Brautgabe innerhalb des deutschen Sachrechts zeigt sich die Notwendigkeit der Berücksichtigung des Parteiwillens. Denn die allerdings sehr gründliche und ausführliche Subsumtion des BGH zur rechtlichen Einordnung der Brautgabevereinbarung orientiert sich in erster Linie an objektivierten Vertragstypen, während die Vielfältigkeit der möglichen rechtlichen Gestaltungen einer solchen Ver-

einbarung ebenso wie die Intentionen der Vertragsschließenden im Einzelfall in den Hintergrund treten.

Der BGH hat die Notwendigkeit der notariellen Protokollierung einer Brautgabe nach Subsumtion der Vereinbarung unter das von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsinstitut der unbenannten Zuwendung dabei einer zweifachen Analogie entnommen.

a) Die Vereinbarung einer Brautgabe stelle ein Rechtsgeschäft *sui generis* dar, sei aber anhand der damit regelmäßig verfolgten Absichten des Zuwendenden am ehesten den Rechtsregeln unterworfen, die für eine unbenannte Zuwendung gelten.¹⁴

Diese Rechtsfigur, für die im Wesentlichen die Vorschriften des Schenkungsrechts zur Anwendung kommen sollen, hat der BGH in seiner Rechtsprechung in den Fällen entwickelt, in denen Ehegatten oder Partner einer Lebensgemeinschaft einander Geldbeträge zuwenden, die – anders als eine Schenkung – regelmäßig im Vertrauen auf den Fortbestand einer Ehe oder Beziehung geleistet wurden.¹⁵ In der Rechtsfolge ergeben sich Unterschiede zur Schenkung dabei im Wesentlichen aus der – in der Regel verneinten – Möglichkeit des Widerrufs einer unbenannten Zuwendung, da § 530 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) insoweit nicht zur Anwendung gelangen soll.¹⁶ Abzugrenzen sind diese Rechtsfiguren regelmäßig von der Ehegatteninnengesellschaft, wenn

¹¹ Eine andere Frage, der im vorliegenden Rahmen nicht nachgegangen werden kann, ist die Einordnung solcher Rechtsvorstellungen als Verkehrssitte, die nach § 157 BGB bei der Auslegung von Verträgen zu berücksichtigen ist.

¹² BGH: Beschl. v. 18. 3. 2020 – XII ZB 380/19, Rn. 21; OLG Frankfurt: Beschl. v. 26. 4. 2019 – 8 UF 192/17, Rn. 27; in diesem Sinn auch Andrae, § 4 Rn. 317 f.

¹³ BGH: Urt. v. 28. 1. 1987 – IVb ZR 10/86, in: *NJW* (1987), S. 2161.

¹⁴ So auch OLG Frankfurt: Urt. v. 11. 3. 2010 – 1 UF 146/08; in diesem Sinn auch Andrae, § 4 Rn. 326.

¹⁵ Ausgeblendet seien hier die – in der Praxis allerdings nicht seltenen – Fälle, in denen Dritte, insbesondere Eltern, den Eheleuten oder Lebenspartnern Vermögenswerte zuwenden.

¹⁶ Ausführlich Poelzig: Die Dogmatik der unbenannten unentgeltlichen Zuwendungen im Zivilrecht, in: *JZ* (2012), S. 425–434; Hoppenz: Ehegattenzuwendungen, in: *Familie Partnerschaft Recht (FPR)* (2012), S. 84–88; kritisch Koch,

die Zuwendung der Verfolgung eines gemeinsam angestrebten Zwecks dienen soll.¹⁷

Für die Einordnung einer Brautgabe als unbenannte Zuwendung kann sprechen, dass sie regelmäßig im Hinblick auf den beabsichtigten Abschluss und den Fortbestand einer Ehe geleistet wird.¹⁸ Zu berücksichtigen ist hierbei jedoch der Ursprung der Brautgabe, die zunächst ein Vermögenswert ist, den der Ehemann bei Eheschließung oder zu einem späteren Zeitpunkt an seine Ehefrau zur freien Verfügung zu zahlen hat. Die Auszahlung der Brautgabe bei Eheschließung ist eher die Ausnahme, üblicherweise wird entweder eine Teilung der Zahlung vereinbart oder der Ehefrau wird das Recht eingeräumt, die Zahlung des gesamten Betrages jederzeit zu fordern. Die Verpflichtung hierzu beruht auf einer religiösen Grundlage, nämlich einer ausdrücklichen Anordnung im Koran (Sure 4, Vers 4; Sure 5, Vers 5). In einer Vielzahl islamisch geprägter Staaten finden sich auch gesetzliche Regelungen zur Brautgabe. Unterlassen die Parteien eine ausdrückliche Vereinbarung, so kann nach den meisten Rechtsschulen des islamischen Rechts dennoch eine Verpflichtung zur Zahlung einer angemessenen Brautgabe bestehen.¹⁹

Die Vereinbarung einer Brautgabe entspricht danach in erster Linie islamisch-rechtlichem Rechtsverständnis und althergebrachtem und weit verbreitetem religiösen und kulturellen Herkommen. Aus der konkreten Ausgestaltung kann sich indes im Einzelfall stets das Überwiegen einer güterrechtlichen, unterhaltsrechtlichen, erbrechtlichen oder sonstigen vertraglichen Zuwendung ergeben.

In dem entschiedenen Fall war der Parteiwille erkennbar auf die Wahrung der religiösen Form gerichtet, nachdem die Antragstellerin zum Islam übergetreten war und eine religiöse Trauerzeremonie stattfand, in deren Rahmen die Brautgabe vereinbart wurde. Die Antragstellerin hatte sich nach ihren Angaben die Pilgerfahrt als Brautgabe gewünscht, weil sie die Pflicht eines jeden Muslims sei und der Antragsgegner davon ausging, dass man dieser Pflicht eines jeden Muslims gemeinsam während der Ehezeit nachgehen würde.^{20,21} Hierfür spricht – auch ohne nähere Kenntnis der Vermögensverhältnisse der Beteiligten – ebenfalls der Umstand, dass eine eher geringwertige Brautgabe vereinbart worden ist, aus der sich weder eine faktische Absicherung der Ehefrau für den Fall der Beendigung der Ehe herleiten lässt noch eine tief greifende finanzielle Beeinträchtigung des Zahlungsverpflichteten.²²

in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 82019, § 516 Rn. 60 f., 73 f.

¹⁷ Das OLG Frankfurt fordert hierbei etwa eine sorgfältige Prüfung des Parteiwillens darauf hin, ob nicht die Förderung der ehelichen Lebensgemeinschaft so sehr das Geschehen prägt, dass die Zuwendung unter Ehegatten einer anderen Einordnung gegenüber vorrangig ist: OLG Frankfurt: Beschl. v. 13. 1. 2020 – 8 UF 167/19.

¹⁸ Soweit nach dem OLG Saarbrücken (Urt. v. 9. 3. 2005 – 9 UF 33/04, in: *NJW-RR* [2005], S. 575) dem entgegenstehen soll, dass die Zahlung des Brautgeldes erst nach endgültigem Scheitern der Ehe erbracht werden soll, steht dies dem Abschlusszweck nicht entgegen.

¹⁹ Ausführlich zur Ausgestaltung der Brautgabe vgl. Yassari: *Brautgabe*, S. 1 f., 87 f.; vgl. auch Andrea, § 4 Rn. 305 f.;

Wurmnest, in: *JZ* (2010), S. 736–739; Menhofer: Anmerkung zur Entscheidung des OLG Hamm – 22. 4. 2016 – II 3 UF 262/15, in: *Zeitschrift für Recht & Islam (ZR&I)* (2017), S. 39–42 (40 f.).

²⁰ OLG Frankfurt: Beschl. v. 26. 4. 2019 – 8 UF 192/17, Rn. 23.

²¹ Anzumerken ist hierbei, dass Vereinbarung einer Pilgerreise als Brautgabe in den meisten der islamischen Rechtsschulen auf Bedenken wegen einer möglichen mangelnden Bestimmtheit stößt. Als Folge wird dann aber in der Regel die Vereinbarung einer angemessenen Brautgabe angenommen: Yassari: *Brautgabe*, S. 56.

²² Bei dem der Entscheidung des BGH vom 9. 12. 2009 (XII ZR 107/08) zu Grunde liegenden Sachverhalt bestand die

Auch aus der Vereinbarung nicht sehr hoher Werte lässt sich aber nicht ableiten, dass die Brautgabe lediglich auf kulturelles und religiöses Brauchtum der dem Islam angehörig Ehegatten zurückzuführen sein soll und deshalb eine gerichtlich nicht einklagbare Naturalobligation darstellen soll. Der bloße Umstand, dass die Brautgabe nicht mit einem angenommenen Grundverständnis der Ehe in der modernen Gesellschaft übereinstimme,²³ und der Aspekt der Berücksichtigung der Trennung von Staat und Religion stehen hier einem Verständnis der Vereinbarung nicht entgegen, wonach tatsächlich rechtlich Bindendes vereinbart wird und gelten soll. Denn die Parteien streben gerade vor dem genannten islamrechtlichen Hintergrund nicht lediglich die Absolvierung eines Brauchs oder Ritus an, sondern in der Regel eben die wirksame Vereinbarung der multifunktionalen Brautgabe²⁴ als Grundlage für die Eheschließung. Die gegebenenfalls mit zu prüfenden Grenzen der §§ 138 und 242 BGB werden jedenfalls in dem hier entschiedenen Fall ersichtlich nicht tangiert.

b) Eine andere Frage ist die der auf das jeweilige Rechtsgeschäft anzuwendenden Form. Die Anknüpfung an das Ortsrecht führt in dem besprochenen Fall zum deutschen Sachrecht, das grundsätzlich vom Grundsatz der Formfreiheit beherrscht wird.

Der BGH hat die Lösung des OLG Frankfurt verworfen, wonach sich aus einer Gesamtschau der Formvorschriften im Zusammenhang mit der Ehe die Notwendigkeit der Wahrung der notariellen Form ergebe, und hat erstmals entschieden, dass auch für die wirksame Vereinbarung einer

unbenannten Zuwendung eine notarielle Form in analoger Anwendung des § 518 BGB erforderlich sei. Erfolgt die Schenkung danach nicht als Handschenkung oder ist sie bereits vollzogen, so dürfte sie in der Praxis in aller Regel wegen der fehlenden notariellen Beurkundung unwirksam sein.

aa) Die Entscheidung des BGH lässt danach – in Fortsetzung der Entscheidung zur Qualifikation der Morgengabe – das Bestreben erkennen, Sachverhalte einer einheitlichen, verlässlichen und möglichst weit im Voraus bestimmbaren Rechtsanwendung zu unterwerfen.²⁵ Die Annahme des in der Entscheidung begründeten Formzwangs für derartige Vereinbarungen führt jedoch zu dem Ergebnis, dass eine Vereinbarung über die Zuwendung einer Reise, die ohne den familienbezogenen Sachverhalt im deutschen Recht problemlos formlos vereinbart werden könnte, einem doppelt analogen Formzwang unterliegt.

Der als innere Begründung für den Formzwang herangezogene Übereilungsschutz erscheint indessen nicht stets zwingend gegeben. Ausgehend von einer fallbezogenen Auslegung der konkret getroffenen Brautgabevereinbarung erscheint es unproblematisch, in den Fällen, in denen sich aus der Höhe der zugewendeten Beträge oder aus sonstigen Vereinbarungen der Parteien, wie etwa einem Unterhaltsverzicht oder Regelungen hinsichtlich des Güterstandes, eine greifbare Beeinträchtigung von Vermögensdispositionen ergibt, die Vereinbarung als güterstandsbezogen oder unterhaltsbezogen auszulegen und – im Rahmen der familienrechtlichen Möglichkeiten – zu berücksichtigen.

Brautgabe aus „Ein Koran, ein Spiegel, ein Paar Kerzen-träger und 15 000 000 iranische Rial“; der Wert der Rial im Zeitpunkt der Vereinbarung wurde mit 1 428,23 EUR angegeben.

²³ So OLG Frankfurt: Beschl. v. 26. 4. 2019 – 8 UF 192/17, Rn. 33.

²⁴ Yassari: *Brautgabe*, S. 84.

²⁵ So schon der BGH in der Entscheidung vom 9. 12. 2009 – XII ZB 107/08, Rn. 22: „Einer – naturgemäß weitgehend fiktiven – Nachempfingung deutscher Rechtsgrundsätze in einem fremdrechtlichen Regelungsgefüge, das auf einen ganz anderen kulturellen und sozialen Kontext zugeschnitten ist, bleiben die deutschen Gerichte damit weitgehend enthoben“.

Enthält die Vereinbarung der Brautgabe unterhaltsrechtliche, güterrechtliche oder erbrechtliche Elemente, so spricht nichts gegen eine entsprechende Qualifikation und die Anwendung der auf sie geltenden Vorschriften.

Ob die getroffene Vereinbarung als güterrechtliche Vereinbarung gemäß § 1408 BGB oder als unterhaltsrechtliche Vereinbarung gemäß § 1585 c BGB anzusehen ist, hat der BGH auch im besprochenen Fall geprüft und verneint.²⁶

Die Notwendigkeit einer am Einzelfall ausgerichteten Prüfung des Parteiwillens ergibt sich auch ohne weiteres aus den Überlegungen des BGH, wonach die Brautgabevereinbarung als eine Abrede ausgelegt werden kann, nach der entweder die Brautgabe an die Stelle des gesetzlichen Anspruchs auf Zugewinnausgleich tritt oder der gesetzliche Anspruch auf Zugewinnausgleich sich um die in der Brautgabevereinbarung festgesetzte Leistung erhöhen oder sich mindestens auf diese Leistung belaufen soll.²⁷ Denn je nach konkreter Ausgestaltung der Vereinbarung kann sich entweder aus der Höhe der Zuwendung im Verhältnis zu den Vermögensverhältnissen der Parteien oder aus der Vereinbarung weiterer Regelungen auch die Einordnung als güterrechtliche oder unterhaltsrechtliche Vereinbarung ergeben.

Gerade aufgrund der Vielgestaltigkeit der Brautgabe, die sich nicht nur in der nach wie vor diskutierbaren und wandelbaren Qualifikation des Rechtsinstituts, sondern auch in der Vielgestaltigkeit der getroffenen Regelungen zeigt, verbietet sich eine schematische Qualifikation und rechtliche Einordnung der jeweils getroffenen Vereinbarung. Diese ist vielmehr – wie sonstige familienbezogene Vereinbarungen auch – stets in das persönliche und finanzielle Umfeld der Beteiligten einzubeziehen und regelmäßig vor diesem Hintergrund zu würdigen.

Auch der Entscheidung des BGH von 28. 1. 1987 lässt sich entnehmen, dass die möglichen güterrechtlichen Auswirkungen einer Brautgabevereinbarung und denen folgend auch die Frage ihrer notwendigen Form nicht ohne Betrachtung dieser Verhältnisse beantwortet werden kann.²⁸ Eine Brautgabe, die lediglich religiösen Anforderungen genügen soll und nur geringe oder ansonsten weitgehend kompensierte finanzielle Folgen auslöst, kann rechtlich anders eingeordnet werden als eine solche, die etwa bei Vereinbarung eines getrennten Güterstandes erhebliche Vermögensmassen für den Fall der Eheauflösung überträgt. Gleiches gilt für eine mögliche erbrechtliche oder erbvertragliche Einordnung.

Wenn die Ehepartner einen engen Bezug zu einem Land mit Geltung islamisch-rechtlicher Rechtsregeln haben, insbesondere wenn sie dort die Ehe geschlossen und lange dort gelebt haben, kann die Vereinbarung einer hohen Brautgabezahlung auf einen starken familienvermögensrechtlichen Charakter hindeuten. Werden die Vereinbarungen dagegen von Beteiligten getroffen, die eine starke Inlandsbeziehung haben und erfolgt sie im Rahmen einer religiösen Trauungszeremonie, ist weder ein unmittelbar vermögensrechtlicher Bezug, noch ein starkes Schutzbedürfnis gegeben. Es erscheint dann vorzugswürdig, bei der Subsumtion dieser Vereinbarung soweit als möglich dem Parteiwillen den Vorzug zu geben, sofern dem nicht konkrete Sicherungszwecke entgegenstehen. Sind diese jedoch tangiert, steht nichts entgegen, die Vereinbarung aufgrund ihrer materiellen Gestaltung auch den entsprechenden Formvorschriften zu unterwerfen.

bb) Unabhängig davon erscheint es nicht zwingend, stets die Notwendigkeit einer notariellen Vereinbarung zur Herbeiführung der Formwirksamkeit nach § 518 BGB analog zu fordern.

²⁶ BGH: Beschl. v. 18. 3. 2020 – XII ZB 380/19, Rn. 20 f.

²⁷ BGH: Beschl. v. 18. 3. 2020 – XII ZB 380/19, Rn. 3.

²⁸ BGH: Urt. v. 28. 1. 1987 – IVb ZR 10/86, in: *NJW* (1987), S. 2161.

Der BGH hat angenommen, dass sich die Wahrung des Beurkundungserfordernisses des § 518 BGB für die Fälle des Versprechens einer unbenannten Zuwendung aus dessen Sinn und Zweck ergebe. Denn auch wenn die unbenannte Zuwendung nicht unentgeltlich erfolge, sondern im Hinblick auf einen ehebezogenen Zweck, seien ihr und der Schenkung gemeinsam, dass die Leistung für den Zuwendungsempfänger objektiv unentgeltlich ist.²⁹ Nachdem der BGH zuvor aber festgestellt hat, dass die Brautgabe nicht ohne weiteres als unbenannte Zuwendung angesehen werden könne, weil sie eben nicht an den Fortbestand der Ehe anknüpft, sondern als Vertrag *sui generis* zu verstehen sei,³⁰ überträgt er unbesehen die für werthaltige unbenannte Zuwendungen sinnvollen Formerfordernisse auf die Brautgabevereinbarung.

Der Brautgabe ist es gerade eigen, dass sie vor oder bei Abschluss einer religiösen Trauung vereinbart wird. In der Regel erfolgt dies gerade wegen der damit verfolgten Sicherungszwecke – und nicht wegen der durch den Abschluss selbst verfolgten Idee der Herbeiführung einer religiös wirksamen Ehe – aber aufschiebend bedingt auf die Beendigung der Ehe. Anders als die etwa in der Praxis häufigen wirtschaftlichen (unbenannten) Zuwendungen von Grundstücken oder einem Finanzierungsbeitrag hierzu dient die Zahlung der Brautgabe daher in der Regel nicht als wirtschaftliches Fundament der Beziehung, sondern ihre Vereinbarung dient der religiösen (oder kulturellen) Bekräftigung des Ehwillens und ihre Zahlung kann eine Absicherung in der Zukunft bewirken.

Dass die Norm des § 518 BGB, deren analoge Anwendbarkeit gerade zu begründen ist, nicht nach dem finanziellen Wert der Zuwendung differenziert,³¹ ist zutreffend, erklärt aber nicht die hohe Formhürde für Zuwendungen, die nicht als güterrechtlich oder unterhaltsrechtlich relevant angesehen werden können. Denn von den denkbaren Formvorschriften des deutschen Rechts stellt die notarielle Beurkundung die formenstrengste und aufwendigste dar.³² Dass nur diese – mithin die Vereinbarung eines Notartermins, die Vorabversendung der zu protokollierenden Erklärungen nebst Beratung, Belehrung und Protokollierung durch den Notar – und nicht auch die sonst mögliche Schriftform eine hinreichende Warnfunktion vor Übereilung bei der Vereinbarung einer Brautgabe entfalten soll, erscheint indessen nicht zwingend.

Auch rechtsvergleichend betrachtet erscheint die Wahrung einer höheren Form nicht geboten. Im türkischen Recht etwa wird die Vereinbarung einer Morgengabe als schuldrechtliches Schenkungsversprechen eingeordnet, das der Schriftform unterliegt.³³

Ein internationalprivatrechtlicher Reflex dieser Formerfordernisse kann sich auch aus einer Betrachtung des Artikels 25 EuGüVO ergeben. Bei Annahme der Qualifikation der Brautgabevereinbarung als güterrechtlich würde für die Formgültigkeit die Wahrung der Schriftform, Datierung der Vereinbarung und Unterzeichnung durch beide Ehegatten genügen (Art. 25 Abs. 1 S. 1 EuGüVO). Lediglich bei der Verweisung auf strengere Formvorschriften hinsichtlich des auf den ehelichen Güterstand anzuwendenden Rechts wären diese anzuwenden (Art. 20 Abs. 3 EuGüVO).

²⁹ BGH: Beschl. v. 18. 3. 2020 – XII ZB 380/19, Rn. 40 f.

³⁰ BGH: Beschl. v. 18. 3. 2020 – XII ZB 380/19, Rn. 30.

³¹ BGH: Beschl. v. 18. 3. 2020 – XII ZB 380/19, Rn. 45.

³² Plastisch Hertel, in: Staudinger: *BGB*, Bearbeitung 2017, § 125 Rn. 19: „Die Beurkundung ist mehr als nur eine Form; sie ist ein Verfahren, das zu einer Form führt“.

³³ Vgl. Yarayan: Die Morgengabe nach türkischem Recht in der deutschen Rechtspraxis, in: *NZFam* (2016), S. 1153–1155; Looschelder, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, ⁸2020, Art. 14 EGBGB, Rn. 66.

Ein wirtschaftlicher Schutz des Zuwendenden ergibt sich bereits daraus, dass Zuwendungen, die Ehegatten während des gesetzlichen Güterstandes einander gemacht haben und deren Wert sie, gestützt auf das Scheitern der Ehe, zurückverlangen, grundsätzlich güterrechtlich ausgeglichen werden.³⁴ Dem Bedenken, dass der familienbezogene Schutz der Gewährleistung des Artikel 6 GG bei den wichtigsten nahehelichen vermögensrechtlichen Vereinbarungen die notarielle Beurkundung erfordere,³⁵ kann durch eine entsprechende Auslegung diesbezüglicher Vereinbarungen Rechnung getragen werden.

Schließlich ist zu bedenken, dass die Vereinbarung, wonach eine Partei sich der anderen gegenüber verpflichtet, ihr eine Reise zu bezahlen, nach deutschem Recht außerhalb einer familienbezogenen Vereinbarung unproblematisch formfrei, die mithin auch mündlich möglich wäre.³⁶

4. Bei der Vereinbarung einer Brautgabe unter der Geltung deutschen Sachrechts erscheint es vorzugswürdiger, auf die konkrete Reichweite der jeweiligen Vereinbarung und die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten abzustellen. Sowohl die Qualifikation der Brautgabe als Ehwirkung als auch ihre Subsumtion als unbenannte Zuwendung erscheinen danach regelmäßig zutreffend. Ob – insbesondere aus Gründen des Übereilungsschutzes – die zu wahrende

Form dafür stets die notarielle sein muss, dürfte sich nicht schematisch durch Einordnung in ein bestimmtes Rechtsinstitut des deutschen Rechts entscheiden, sondern vielmehr unter Berücksichtigung der konkreten Vereinbarung vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse der Beteiligten. Dem Verlust an Kalkulierbarkeit der Rechtsanwendung und Rechtssicherheit dürfte eine höhere ‚Passgenauigkeit‘ der Rechtsanwendung und ein Mehr an materieller Gerechtigkeit gegenüberstehen.

Berücksichtigungswert erscheint weiter, dass – soweit ersichtlich – die bislang durch den BGH entschiedenen Fälle, die unbenannte Zuwendungen, insbesondere von Seiten Dritter betreffen, rechtstatsächlich in der Regel Fälle waren, in denen die Zuwendung bereits erfolgt war, so dass regelmäßig eine Heilung einer anzunehmenden Formnichtigkeit nach § 518 Absatz 2 BGB analog anzunehmen war. Die nunmehr getroffene Entscheidung des BGH führt aber dazu, dass dem deutschen Sachrecht unterliegende Brautgabevereinbarungen, die in der Rechtswirklichkeit häufig eine auf den Zeitpunkt der Scheidung aufgeschobene Fälligkeit der Zahlung vereinbaren, allesamt als formnichtig und unwirksam erachtet werden müssten. Dies erscheint gerade bei dem vorliegend angenommenen Wert der Brautgabevereinbarung von insgesamt 3 500,- EUR nicht stimmig.

Dr. Bruno Menhofer, Gründungsmitglied der GAIR, Richter am Oberlandesgericht, Frankfurt am Main

³⁴ BGH: Urt. v. 10. 7. 1991 – XII ZR 114/89; Urt. v. 7. 11. 1991 – IV ZR 266/90; vgl. Koch, § 516 Rn. 68 f.; Andrae, § 4 Rn. 328.

³⁵ Andrae, § 4 Rn. 327.

³⁶ Auch der Reiseveranstalter ist gemäß § 650 d Abs. 3 Satz 2 BGB lediglich zur unverzüglichen Übermittlung einer Bestätigung des abgeschlossenen Vertrages verpflichtet.

Entscheidungsanmerkung zu BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20 – Freitagsgebet im Ramadan in Zeiten von Corona-Verordnungen

Rike Sinder

On 29 April 2020, the German Federal Constitutional Court decided in favour of an applicant seeking interim measures against the strict ban on church services laid down in the COVID-19 regulations of Lower Saxony. Similar provisions existed in almost all other Federal States at that time. The applicant was a registered association running a mosque. He wanted to hold Friday prayers during Ramadan, whilst observing the hygiene rules laid down for the retail sector. He argued that the absolute ban on church services constituted – with regard to the low infection rate on the one and the loosening of other lockdown measures on the other hand – a disproportional interference with his freedom of religion. With its decision, the Court strengthened the freedom of religion and recognized the particular importance of corporeal religious practices for many Muslims.

Seit einigen Jahrzehnten schon beschäftigen verschiedene Fragen muslimischen religiösen Lebens die deutschen Gerichte: Zunächst ging es um die Teilnahme muslimischer Kinder – mitnichten

nur muslimischer Mädchen¹ – am Schwimm- und Sportunterricht,² um die Vollverschleierung von Schülerinnen³ und das Kopftuch von Lehrerinnen⁴ sowie um das Schächten.⁵ In jüngerer Zeit

¹ Siehe zur Ablehnung eines Anspruchs eines männlichen Muslims auf Befreiung vom koedukativen Schwimmunterricht VG (Verwaltungsgericht) Düsseldorf, Urteil vom 30. 03. 2005 – 18 K 74/05, in: *juris*.

² BVerwGE (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts) 94, 82 – koedukativer Sportunterricht (1993); 147, 362 – koedukativer Schwimmunterricht (2013); vgl. hierzu auch innerhalb der Urteilsbesprechungen der *Zeitschrift für Recht & Islam* von Peter Scholz: BVerwG, Urteil vom 11. 09. 2013 – kein Anspruch eines muslimischen Mädchens auf Befreiung vom koedukativen Schwimmunterricht, in: *GAIR-Mitteilungen* 6 (2014), S. 7 f.; ders.: Hess VGH, Urteil vom 28. 09. 2012 – kein Anspruch eines muslimischen Mädchens zur Befreiung vom koedukativen Schwimmunterricht, in: *GAIR-Mitteilungen* 5 (2013), S. 18–20; ders.: VG Aachen, Beschluss vom 12. 01. 2011 – zur Befreiung vom Schwimmunterricht für muslimische Schülerinnen, in: *GAIR-Mitteilungen* 3 (2011), S. 32–34; ders.: OVG Münster vom 20. 05. 2009, VG Gelsenkirchen vom 11. 08. 2008; VG Augsburg vom 17. 12. 2008; VG Düsseldorf vom 07. 05. 2008 – Zur Befreiung muslimischer Schülerinnen vom koedukativen Schwimmunterricht, in: *GAIR-Mitteilungen* 1 (2009), S. 20 f.

³ VG Hamburg, Beschluss vom 20. 12. 2019 – 2 E 5812/19, in: *juris*; VG Osnabrück, Beschluss vom 26. 08. 2016 – 1 B 81/16, in: *juris*; vgl. hierzu auch innerhalb der Urteilsbesprechungen der *Zeitschrift für Recht & Islam* Peter Scholz: VGH München, Urteil vom 22. 04. 2014 – keine gesichtsverhüllende Verschleierung einer Schülerin im Unterricht, in: *GAIR-Mitteilungen* 6 (2014), S. 9 f.

⁴ BVerfGE 108, 282 – Kopftuch I (2003); 138, 296 – Kopftuch II (2015); vgl. hierzu auch innerhalb der Urteilsbesprechungen der *Zeitschrift für Recht & Islam* Peter Scholz: BVerfG, 1. Senat, Beschluss vom 27. 1. 2015: Pauschales Kopftuchverbot für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen verletzt Glaubens- und Bekenntnisfreiheit. Verbot religiöser Bekundungen setzt konkrete Gefahr für Schulfrieden bzw. für staatliche Neutralität voraus, in: *GAIR-Mitteilungen* 7 (2015), S. 7–12 .

⁵ BVerfGE 104, 337 – Schächten (2001); siehe hierzu Mathias Rohe: Hessischer Verwaltungsgerichtshof vom 26. 05. 2009 und VG Gießen vom 25. 02. 2009 – Muslimischer Metzger darf nicht schächten, in: *GAIR-Mitteilungen* 1 (2009), S. 22.

kamen das Kopftuch der Rechtsreferendarin,⁶ der Schöffin⁷ und – ausgelöst durch ein Urteil des Landgerichts Köln⁸ – schließlich die Knabenbeschneidung hinzu.⁹

Das muslimische Gebet hat bisher allein in zwei Kontexten eine juristische Aufarbeitung erfahren:¹⁰ An einem Berliner Gymnasium hatte ein Schüler in den Pausen gebetet, was ihm von der Schulleitung untersagt worden war. Während das Verwaltungsgericht Berlin der dagegen gerichteten Klage des Schülers noch stattgegeben hatte,¹¹ verwies das Bundesverwaltungsgericht auf den Schulfrieden, der im konkreten Fall durch das Gebet in der Schule gefährdet worden sei.¹²

Daneben spielt das Gebet bisweilen im Arbeitsrecht eine gewisse Rolle: So wurde ein gläubiger Muslim (rechtmäßig) abgemahnt, nachdem er seinen Arbeitsplatz zum Gebet verlassen hatte, weil die genaue Festlegung der Gebetszeit aufgrund des dafür vorgesehenen Zeitfensters dem

Direktionsrecht des Arbeitgebers unterliege.¹³ Ist die Freistellung zum Gebet aus betrieblichen Gründen unmöglich, soll die Religionsfreiheit des Arbeitnehmers sogar vollständig hinter der Berufsfreiheit des Arbeitgebers zurücktreten.¹⁴

Der stetig steigenden Zahl juristischer Aufarbeitungsversuche islamischen religiösen Lebens zum Trotz fehlte es bisher gänzlich an einer juristischen Auseinandersetzung mit dem *gemeinsamen* Gebet. Diese Lücke erstaunt vor allem vor dem Hintergrund der großen Bedeutung, die diesem Ritus für das muslimische Leben (und die individuelle Heilserwartung von Muslimen) zukommt: So soll Muḥammad erklärt haben, das gemeinschaftliche Gebet überwiege den Wert des individuellen Gebetes um das 27-fache.¹⁵ Derjenige, der zu Hause bete, so ist es andernorts überliefert, verlasse den Weg des Propheten und gerate auf Abwege. Demjenigen hingegen, der sich auf den Weg in die Moschee begeben, „wird Gott

⁶ BVerfG (Bundesverfassungsgericht), Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 27. 07. 2017 – 2 BvR 1333/17, Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung; Beschluss vom 14. 01. 2020 – 2 BvR 1333/17, Hauptsache.

⁷ LG (Landgericht) Dortmund: Beschluss vom 07. 11. 2006 – 14 (VIII) Gen Str K, in: *juris*.

⁸ LG Köln: Urteil vom 07. 05. 2012 – 151 Ns 169/11, in: *StV* (2012), 603.

⁹ Auf dieses Urteil reagierte indes nicht das Bundesverfassungsgericht, sondern der Gesetzgeber, indem er die Beschneidung des männlichen Kindes in § 1631 d BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) aufnahm: Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20. Dezember 2012, BGBl. I, S. 274.

¹⁰ Von nur untergeordneter Bedeutung ist hingegen der – gegebenenfalls durch Lautsprecher verstärkte – Gebetsruf des Muezzin, der offenbar in der Praxis wenige Probleme bereitet. Soweit ersichtlich gab es in Deutschland nur einen einzigen Fall: VG Gelsenkirchen, Urteil vom

01. 02. 2018 – 8 K 2964/15, in: *juris*; eine Besprechung findet sich bei Halmschlag: in: *jurisPR-UmwR* 3 (2019), Anm. 4. Für den Kontext der Europäischen Menschenrechtskonvention siehe darüber hinaus EGMR (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte): Urteil vom 24. 02. 2015, Beschwerde Nr. 30587/13 (Karaahmed/Bulgarien), in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* (2016), 1071.

¹¹ VG Berlin, Urteil vom 29. 09. 2009 – 3 A 984.07, in: *juris*. Siehe auch Peter Scholz: OVG Berlin-Brandenburg (2. Senat) vom 27. 05. 2010 – zum rituellen islamischen Gebet in der Schule, in: *GAIR-Mitteilungen* 2 (2010), S. 76–79.

¹² BVerwGE 141, 223 – Verrichtung von Gebeten in der Schule (2011).

¹³ LAG (Landesarbeitsgericht) Hamm: Urteil vom 26. 02. 2002 – 5 Sa 1582/01, in: *juris*.

¹⁴ LAG Hamm, in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* (2002), 1970.

¹⁵ Ṣaḥīḥ al-Buḥārī: *Kitāb al-Ādān, Bāb Faḍl Ṣalāt al-Ġamā'a*.

für jeden Schritt, den er tut, eine gute Tat gutschreiben, ihn um eine Stufe erhöhen, und eine seiner Sünden vergeben“.¹⁶

I. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts

Der zu besprechende Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 29. April 2020 hatte das ausnahmslose Verbot religiöser Versammlungen durch die Niedersächsische Corona-Verordnung in ihrer damaligen Fassung¹⁷ zum Gegenstand.

Der Antragsteller – ein eingetragener Verein mit etwa 1 300 Mitgliedern – wollte in der von ihm genutzten Moschee Freitagsgebete in den noch ausstehenden Wochen des Ramadans durchführen. Während er vor dem Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht noch vergeblich um Eilrechtsschutz (§ 47 Abs. 6 VwGO) nachgesucht hatte, war er mit einem isolierten Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht) erfolgreich.

Die 2. Kammer des Ersten Senats (Masing, Paulus, Christ [Berichterstatter]) gab dem Antrag statt und begründete dies – was eher unüblich ist – nicht mit einer reinen Folgenabwägung, sondern mit Blick auf die überwiegenden Erfolgsaussichten der zu erhebenden Verfassungsbeschwerde und das besondere Gewicht der drohenden Grundrechtsverletzung. Nach „derzeitigem Stand der Erkenntnis und der Strategie zur Bekämpfung der epidemiologischen Gefahrenlage“ sei ein umfassendes Verbot von Gottesdiensten mit der von Art. 4 GG geschützten Glaubensfreiheit unverein-

bar, wenn keine Möglichkeit vorgesehen sei „im Einzelfall und gegebenenfalls in Abstimmung mit dem Gesundheitsamt Ausnahmen unter situationsgerechten Auflagen und Beschränkungen zuzulassen zu können“.¹⁸

Zwar beanstandete das Bundesverfassungsgericht es nicht, dass das Oberverwaltungsgericht einen Anspruch auf Übertragung der für Verkaufsstätten geltenden Maßgaben unter Verweis auf die vom Antragsteller selbst hervorgehobene Vielgestaltigkeit der Abläufe beim Freitagsgebet abgelehnt habe. Gerade diese Vielgestaltigkeit erfordere aber eine Befreiungsmöglichkeit für den Fall, dass die zuständige Behörde nach umfassender Würdigung der konkreten Umstände – eventuell unter Hinzuziehung der zuständigen Gesundheitsbehörde – eine relevante Erhöhung der Infektionsgefahr zuverlässig verneinen könne. Eine solche positive Einschätzung sei nicht von vornherein ausgeschlossen. So habe der Antragsteller eine Vielzahl von Maßnahmen angeführt, die aus seiner Sicht zur Vermeidung gesteigerter Infektionsgefahr geeignet und auch für die „zuständigen theologischen Instanzen“ akzeptabel wären.¹⁹

Deshalb wurde das Verbot von Zusammenkünften in Moscheen insoweit vorläufig außer Vollzug gesetzt, als danach ausgeschlossen war, auf Antrag im Einzelfall Ausnahmen von dem Verbot zuzulassen.

Bei diesem vom Antragsteller einzuleitenden Verfahren werde die Behörde zu prüfen haben, „ob ausnahmsweise bei situationsbezogen geeigneten Auflagen und Beschränkungen Gottesdienste stattfinden können, soweit eine relevante Erhöhung der Infektionsgefahr zuverlässig verneint

¹⁶ Şahîh Muslim: *Kitāb al-Masāʿid wa-Mawāḍiʿ aṣ-Şalāt, Bāb Şalāt al-Ġamāʿa min Sunan al-Hūdā*; siehe (mit einer englischen Übersetzung) Marion Holmes Katz: *Prayer in Islamic Thought and Practice*, Cambridge 2013, S. 128.

¹⁷ Genauer: § 1 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 der Niedersächsischen Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Co-

rona-Virus vom 17. April 2020 in der Fassung der Änderungsverordnung vom 24. April 2020, in: *Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt (Nds. GVBl.)* (2020), S. 84.

¹⁸ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. 04. 2020 – 1 BvQ 44/20, Rn. 9.

¹⁹ *Ibid.*, Rn. 13 ff.

werden kann“.²⁰ Bei der Entscheidung maßgeblich zu berücksichtigen seien einerseits „das Gewicht des mit dem Verbot verbundenen Eingriffs in die Glaubensfreiheit, das insbesondere hinsichtlich des Freitagsgebets im Fastenmonat Ramadan besonders groß ist“, andererseits aber auch „die Möglichkeit, die Einhaltung von Auflagen und Beschränkungen effektiv zu kontrollieren, die örtlichen Gegebenheiten sowie Struktur und Größe der jeweiligen Moscheegemeinde und nicht zuletzt die – gegebenenfalls auch auf die Region bezogene – aktuelle Einschätzung der von sozialen Kontakten ausgehenden Gefährdung von Leib und Leben“.²¹

II. Einordnung und Bewertung

Der Beschluss ist gleich unter mehreren Aspekten lehrreich und interessant: Einerseits lässt sich an ihm eine Tendenz hin zu einer zunehmend strengerer Verhältnismäßigkeitsprüfung der zur Eindämmung des Coronavirus getroffenen Maßnahmen erkennen (1.). Andererseits unterstreicht er die Bedeutung der Religionsfreiheit im Gefüge des Grundgesetzes in ihrer subjektiven Funktion (mit damit einhergehender begrenzter staatlicher Definitionsmacht) (2.) und erkennt die unterschiedliche Relevanz körperlicher religiöser Praktiken für unterschiedliche Religionen und Glaubensrichtungen an (3.).

1. Zunehmend strengere Überprüfung von Corona-Verordnungen mit Eintreten von Lockerungen

In den Ausführungen der Kammer zeigt sich eine zunehmende Bereitschaft des Bundesverfassungsgerichts, Notfallmaßnahmen mit zunehmender

Dauer ihrer Wirksamkeit einer differenzierten Betrachtung zuzuführen und die Anforderungen an die Abwägung der verschiedenen grundrechtlichen Belange zu verfeinern. Dabei dürfte auch eine Rolle spielen, dass die partielle Aufgabe oder Abschwächung bestimmter Restriktionen (sog. „Lockerungen“, in Anlehnung an das Strafvollzugsrecht, vgl. § 11 StVollzG) die Frage der Rechtfertigung unvermindert aufrechterhaltener Maßnahmen um die Gesichtspunkte der Folgerichtigkeit bzw. Gleichbehandlung erweitert, weil der Normgeber selbst seine Gefahrenprognose – unter dem Eindruck neuer Erkenntnisse – zumindest teilweise revidiert hat.

Nicht einmal drei Wochen zuvor war ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die nahezu gleichlautende Regelung der Hessischen Corona-Verordnung eines Antragstellers katholischen Glaubens durch dieselbe Kammer abgelehnt worden,²² und zwar aufgrund einer reinen Folgenabwägung.²³ Allerdings hatte das Bundesverfassungsgericht dieses Verfahren bereits genutzt, um darauf hinzuweisen, dass „das grundrechtlich geschützte Recht auf die gemeinsame Feier von Gottesdiensten [nur] *derzeit* [hinter das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit] zurücktreten“ müsse.²⁴ Bei einer weiteren Fortschreibung der Verordnung sei

hinsichtlich des im vorliegenden Verfahren relevanten Verbots von Zusammenkünften in Kirchen eine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und zu untersuchen, ob es angesichts neuer Erkenntnisse etwa zu den Verbreitungswegen des Virus oder zur Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems verantwortet werden kann, das Verbot von Gottesdiensten unter – gegebenenfalls strengen – Auflagen und möglicherweise auch regional begrenzt zu lockern.²⁵

²⁰ Ibid., Rn. 16.

²¹ Ibid.

²² BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. 04. 2020 – 1 BvQ 28/20.

²³ Ibid., Rn. 10.

²⁴ Ibid., Rn. 14 (Hervorhebung durch die Verfasserin).

²⁵ Ibid.

Der Antragsteller des hiesigen Verfahrens hatte wohl auch deshalb Erfolg, weil er genau an dieser Stelle angesetzt hatte und ersichtlich um das Herstellen praktischer Konkordanz bemüht war. So schränkte er seinen Antrag selbst dahingehend ein, dass das Freitagsgebet unter Einhaltung sämtlicher auch für den Einzelhandel geltender Beschränkungen durch Hygiene- und Abstandsregelungen stattfinden solle (Mindestabstand; Begrenzung auf 24 statt 300 Teilnehmer je Gebet, keine Warteschlangen). Auch würden die rituellen Waschungen vor Betreten der Moschee mit Seife durchgeführt und die Gläubigen gebeten, Mundschutz zu tragen. Türgriffe und andere Flächen würden desinfiziert und die Räume stark durchlüftet. Gläubige mit Erkältungssymptomen dürften ohnehin nicht am Gebet teilnehmen, was selbstverständlich auch für mit dem Coronavirus Infizierte gelte. Es werde weder gesungen noch gemeinschaftlich gebetet. Allein der Imam werde das Gebet laut vortragen.²⁶ Mit diesem um Differenzierung bemühten Vorbringen fand der Antragsteller jedenfalls insofern Gehör, als eine eingehende Prüfung des Vorhabens für nicht mehr entbehrlich erachtet worden ist.

2. Subjektive Bestimmung des Schutzbereichs der Religionsfreiheit

Die Kammerentscheidung unterstreicht darüber hinaus die subjektive Dimension der Religionsfreiheit. Ob ein Verhalten daher in den Schutzbereich der Religionsfreiheit fällt, richtet sich in erster Linie nach dem Selbstverständnis des Antragstellers: „Bei der Würdigung dessen, was im Einzelfall als Ausübung von Religion und Weltanschauung zu betrachten ist“, heißt es im zweiten

Kopftuchurteil aus dem Jahre 2015, „darf das Selbstverständnis der jeweils betroffenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaft und des einzelnen Grundrechtsträgers nicht außer Betracht bleiben“.²⁷ Den staatlichen Organen verbleibt allein ein Prüfungsrecht hinsichtlich der Frage, „ob hinreichend substantiiert dargelegt ist, dass sich das Verhalten tatsächlich nach geistigem Gehalt und äußerer Erscheinung in plausibler Weise dem Schutzbereich des Art. 4 GG zuordnen lässt“.²⁸ Das Bundesverfassungsgericht widmet der Frage, ob das gemeinsame Freitagsgebet religiös motiviert sei, daher auch keine Zeile. Dass der Zentralrat der Muslime in Deutschland in seiner *Ramadan-Grußbotschaft in Corona-Zeit* nur eine Woche vor der einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht noch erklärt hatte, Freitagsgebete in den Moscheen müssten ausbleiben, weil „unsere große Prüfung, unser Djihad“ derzeit der „Kampf gegen die Ausbreitung der durch den Corona-Virus verursachten lebensbedrohlichen Krankheit“ sei, und in diesem nicht nur eine bürgerliche, sondern zugleich eine religiöse Pflicht erblickte,²⁹ spielt daher zutreffender Weise keine Rolle: Der Antragsteller sah dies jedenfalls – gleichermaßen berechtigt – anders.

3. Die zentrale Bedeutung körperlicher religiöser Praktiken

Über den konkreten Anlass hinaus weist auch der dritte Aspekt der Entscheidung, der Aufmerksamkeit verdient: Die Kammer erweist sich hinsichtlich der *körperlichen* religiösen Praktiken als bemerkenswert aufgeschlossen und billigt ihnen verfassungsrechtliche Relevanz zu.³⁰ Warum diese Sensibilität für einen effektiven Grundrechtsschutz

²⁶ BVerfG (Anm. 18), Rn. 4, 13.

²⁷ BVerfGE 138, 296 (329) – Kopftuch II (2015).

²⁸ Ibid.

²⁹ Zentralrat der Muslime in Deutschland e. V.: *Ramadan-Grußbotschaft in Corona-Zeit*, zentralrat.de/32145.php (letz-

ter Aufruf 26. 05. 2020).

³⁰ Siehe zu diesem Problem grundsätzlich Rike Sinder: *Körperlicher Glaube unter dem Grundgesetz. Zugleich eine Anmerkung zu Kopftuch, Schulgebet und Beschneidung*, in:

so bedeutsam ist, zeigt sich daran, dass die Bedeutung des gemeinsamen Gebetes für unterschiedliche Religionen (und Konfessionen) unterschiedlich schwer wiegt: Im hiesigen Verfahren hatte der Antragsteller – basierend auf einer eigenen Koranexegese – dargelegt, „dass nach den Regeln des Islam eine ‚vollwertige‘ religiöse Teilnahme am Freitagsgebet die physische Anwesenheit der Gläubigen erfordere“.³¹

Mit dieser Argumentation ordnet er sich einer Linie zu, die ich andernorts als aristotelisches Glaubensverständnis bezeichnet habe:³² In diesem Narrativ erscheint der Glaube als Resultat beharrlicher körperlich-religiöser Praktik, er ist Ergebnis einer beständigen Übung. Er ist kein Wirken Gottes im Menschen im augustinisch-lutherischen Sinne, das für sich allein heilswirksam wäre und im *forum externum* nur bekundet, symbolisiert, nach außen getragen wird. Vielmehr entsteht der innere Glaube erst durch die (und zeitlich nachgelagert zu der) sich stetig wiederholenden Befolgung (körperlicher) religiöser Gebote. In diesem Narrativ ist das ‚stille Gebet‘, das von anderen Gerichten mitunter als funktionales Äquivalent zur gemeinsamen Glaubensübung betrachtet wird,³³ ein *aliud*. Diesen Missgriff vermeidet das Bundesverfassungsgericht.

Rike Sinder lehrt und forscht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Ihre aktuellen Forschungsschwerpunkte liegen im Bereich der (islamischen) Rechtstheorie (*uṣūl al-fiqh*) und des Verfassungsrechts.

Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht (ZevKR) 63 (2018), S. 170–208.

³¹ BVerfG (Anm. 18), Rn. 10. Dies scheint auch innerhalb des Islams umstritten zu sein. So verweist etwa der Zentralrat der Muslime in Deutschland auf die Möglichkeit, Gebete „in unseren Häusern und Wohnungen stattfinden“ zu lassen, wenn auch „nur im engsten Kreis der Familie“: „Wir machen unsere Wohnungen zu den Orten der Anbetung, zu Orten des Lernens und zu den Orten der Begegnung mit Allah“ (Anm. 29). Siehe zur Zulässigkeit der Hausandacht auch unter der Corona-Verordnung Nds.

Dies ist umso bedeutsamer, als die Vorstellung eines inneren Glaubens, der sich nach außen allein (in nicht heilswirksamer Weise) manifestiert, nicht etwa eine allgemein-christliche ist.³⁴ Auch der drei Wochen zuvor erfolglos gebliebene katholische Antragsteller hatte darauf verwiesen, dass die *gemeinsame* Feier der Eucharistie nach katholischer Überzeugung ein zentraler Bestandteil des Glaubens sei, der durch nicht-körperliche „Formen der Glaubensbetätigung wie die Übertragung von Gottesdiensten im Internet oder das individuelle Gebet“ nicht kompensiert werden könne.³⁵

III. Fazit

Mit dem Beschluss ist der Kammer trotz großen Zeitdrucks eine bemerkenswert differenzierte Anerkennung religiöser Pluralität gelungen, die nur begrüßt werden kann. Zugleich wird die verfassungsgerichtliche Judikatur zum Islam um eine Facette reicher. Mit dem gemeinsamen Gebet widmet sie sich erstmals diesem zentralen körperlichen Element muslimischen religiösen Lebens. Der Relevanz dieser gemeinsamen Praxis wird gerade auch im Ausnahmezustand Geltung verschafft und die Gemeinschaftlichkeit der Religionsausübung, die für viele Religionen essentiell ist, verfassungsrechtlich radiziert.

OVG (Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht), Beschluss vom 23. 04. 2020 – 13 MN 109/20, in: *juris*, Rn. 50.

³² Sinder: Körperlicher Glaube unter dem Grundgesetz (Anm. 30), S. 189 f.

³³ Dies wird auch vom Nds. OVG angeführt (Anm. 31), Rn. 50. Auch das OVG Berlin-Brandenburg hatte mit Blick auf den Schüler, der in der Schule gebetet hat, das stille Gebet als mögliche Alternative angeführt, Urteil vom 27. 05. 2010 – OVG 3 B 29.09, in: *juris*, Rn. 39.

³⁴ Siehe hierzu bereits Sinder: Körperlicher Glaube unter dem Grundgesetz (Anm. 30), S. 198.

³⁵ BVerfG (Anm. 18), Rn. 11.

Enforcement of UAE Judgments in India

Andrés Ring & Jivesh Chandrayan

A Introduction

In a long-awaited development, the Ministry of Law and Justice (Department of Legal Affairs) of India through a notification (from here on ‘Notification’) dated 17 January 2020 declared the United Arab Emirates (from here on ‘UAE’) a “reciprocating territory” under Section 44 A of the Indian Code of Civil Procedure, 1908 (from here on ‘CPC’). The Notification makes most civil and commercial judgments announced by the UAE courts directly enforceable in the Indian Courts.¹

Declaring the UAE a reciprocating territory marks a critical turning point for UAE businesses dealing with their Indian counterparts as it is expected to enhance their confidence in terms of protection of their investments by providing them an additional recourse/remedy to resolve disputes, which was not available previously. This article will give an overview of the current development and will analyze its potential practical impacts.

B Challenges Faced by UAE Businesses prior to the Issuance of the Notification

Prior to the issuance of the Notification, the mechanism in place for UAE businesses to resolve a potential dispute with their Indian counterparts was inadequate with limited practical results. The new process following the Notification will now allow holders of UAE judgments to bring the fight to the doorsteps of their Indian counterpart in India for seeking enforcement. Earlier, in case

of a dispute, businesses used to spend considerable resources in terms of money and time to seek redress of their grievances against Indian parties; which involved negotiations, legal notices and finally strenuous and costly litigation. After long-fought legal battles, when local businesses were able to obtain a favourable judgment against their Indian counterparts, there was no mechanism to enforce these in case the Indian parties fled the UAE. More often than not, UAE businesses were faced with a situation where there were no assets of the Indian parties situated in the UAE against which an obtained judgment could be enforced, hence an impasse.

On the other hand, if the UAE businesses opted for redress of their grievances in India, it entailed initiating an entirely fresh case in India, thus increasing the cost and time manifold. As a result, legal proceedings in the UAE were rendered futile. This alone was a deterring factor for UAE businesses while taking a decision of fighting a dispute against Indian parties and in most instances UAE businesses opted not to contest the matters in courts against absconded Indian parties. Especially in cases of debt recovery where costs incurred were higher than the claimed amount itself, the creditors tended not to contest the matter.

C Background and Overview of the Notification

In order to ensure mutual assistance in civil and commercial matters, India and the UAE executed a bilateral treaty, i. e. the Agreement on Juridical

¹ The UAE already recognized India as a reciprocating territory in 2000 (pursuant to Federal Decree No. 33 of

2000). This article will, however, focus on the enforcement of the UAE judgments in India and not *vice versa*.

and Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters for the Service of Summons, Judicial Documents, Commissions, Execution of Judgments and Arbitral Awards (from here on ‘Treaty’), which came into force on 29 May 2000. Although signed, the Treaty remained inoperative for almost 20 years with regard to the enforcement of UAE judgments in India, as application of the treaty required the UAE to be formally recognized as a reciprocating territory by India. To remove the legal glitch and pave the way for the enforcement of UAE judgments in India, the Government of India vide a Notification published in the official gazette on 18 January 2020 declared the UAE as a reciprocating territory under Section 44 A of the CPC. Under the Notification the following courts are identified as the competent courts for the purposes of enforcement of their decisions in India:

- the UAE Federal Supreme Court;
- all Federal, First Instance and Appeal Courts in the Emirates of Abu Dhabi, Sharjah, Ajman, Umm Al-Quwain and Fujairah;
- the Abu Dhabi Judicial Department;
- the Dubai Courts;
- the Ras Al Khaimah Judicial Department;
- the ADGM (Abu Dhabi Global Market) Courts; and
- the DIFC (Dubai International Financial Centre) Courts.

D The Process of Enforcement in India of a Judgment Rendered by the UAE Court

Having obtained a judgment in the UAE, parties would have to follow certain steps to execute and enforce it in the domestic courts in India.² The judgment holder will be required to obtain a cer-

tified copy of the judgment and a certificate stating the amount, if any, that has been satisfied under the judgment from one of the courts notified under the Notification. Thereafter, an application for execution in the court of competent jurisdiction in India, i. e. concerned district court, will need to be filed along with the certified copy and certificate. Upon filing of an application, the executing court will call on the party against whom the judgment is to be enforced (from here on ‘Judgment Debtor’) to show cause against execution of the judgment. The Judgment Debtor is entitled to leave the case uncontested or to raise an objection based on the exceptions to enforcement entailed under Section 13 of the CPC. In a nutshell, the following is the procedure to enforce a judgment tendered by a UAE court in India:

- the judgment holder files an execution petition under Section 44 A of the CPC;
- the local court issues a notice to the Judgment Debtor requiring him to show cause as to why the judgment should not be executed against him;
- if the Judgment Debtor decides not to contest the matter, the court will enforce the judgment as if it was a judgment of an Indian court and will enable the judgment holder to execute the judgment against the assets of the Judgment Debtor;
- the Judgment Debtor contests the matter by raising an objection under Section 13 of the CPC; the judgment will not be executed until the court adjudicates upon the objection raised by the Judgment Debtor; and
- at the stage of the execution of the judgment, the judgment holder is empowered to seek the court’s assistance in compelling the Judgment Debtor to disclose his assets against which a judgment could be satisfied.

² As per Article 21 of the Treaty, procedures relating to recognition or execution of a judgment shall be subject to the laws of the requested State.

As per the available information, the average time required for the judgment holder to enforce a foreign judgment in India is approximately 12 months in case the application is not contested by the Judgment Debtor and approximately 4 to 5 years in case of a contested application. Other than the timelines, the parties looking to enforce a foreign judgment in India should take into account the liquidity of a Judgment Debtor and, in particular, assess the Judgment Debtor's assets in India.

E Impediments to Enforcement of UAE Judgments in India

The act of awarding a status of reciprocating territory to UAE by India is certainly a positive and long anticipated development. However, practical implementation of the Notification does not seem to be free of hinderances. The following impediments to the enforcement of UAE judgments in India need to be observed:

I. Exceptions to Enforcement of Foreign Judgments in India under Section 13 of the CPC

Section 13 of the CPC outlines the exceptions to the enforcement of the judgment of a reciprocating territory. The judgment of a reciprocating territory will not be directly enforceable in India in the instances:

- where it has not been pronounced by a Court of competent jurisdiction;
- where it has not been given on the merits of the case;
- where it appears on the face of the proceedings to be founded on an incorrect view of international law or a refusal to recognize the law of India in cases in which such law is applicable;

- where the proceedings in which the judgment was obtained are opposed to natural justice;
- where it has been obtained by fraud; and
- where it sustains a claim founded on a breach of any law in force in India.

In addition to the above-stated bars the Indian courts have also held that any foreign judgment that is contrary to the public policy of India shall, likewise, not be enforced. Therefore, in order for any UAE judgment to be directly enforceable in India, the conditions laid down under Section 13 as well as the unwritten requirement of public order would have to be satisfied. The conditions itself are cumbersome and dependent on the interpretation of Section 13 by the domestic courts, e. g. a condition that judgment should not be against public policy is so wide that it is hard to ascertain what would actually be encompassed by the term 'public policy'. Hence, there is a clear risk that parties in India may seek to (mis)use customary safeguards provided under Section 13 to thwart the enforcement of adverse judgments. The section on judicial precedents (F) below discusses these exceptions in depth.

II. Elongated Timelines in India's Overburdened Civil and Commercial Courts

The parties need to be wary of the fact that enforcement of a UAE judgment in India would not be a swift task given the amount of workload the Indian courts have to deal with on a day-to-day basis. The timeline within which enforcement proceedings will conclude may be more than the time taken in obtaining a judgment from a UAE court, especially in the scenario where the Judgment Debtor raises an objection to the enforcement of the judgment under Section 13 of the CPC. Nevertheless, on a positive note, the timeline would still be shorter than compared to the previous practice of instituting and contesting the whole case afresh in India.

III. Execution of Judgment Dependent on the Financial Health of a Debtor in India

The parties would need to consider the financial health of the Judgment Debtor in India against whom the judgment shall be enforced. If the judgment requires settling the claim by attaching the debtor's assets it can be challenging for the parties to exactly locate such assets and quantify the same to assess whether the whole exercise of enforcing a judgment is worth the recovery.

Furthermore, judgment holders should also be wary of whether the obtained judgment is against an individual or a company: For instance, if a final judgment has been obtained in a UAE court against a limited liability company in the UAE in which one or several shareholders are Indian citizens, such judgment would not be able to form the basis of an action against such individual shareholders in India; the 'corporate veil' of the limited liability company would protect the individual shareholders.

F Judicial Precedents

India being a common law jurisdiction, interpretation of statutes by the higher courts in India (High Courts and the Supreme Court of India) will be of relevance, given that the 'Principle of Reciprocity' granted by India to the UAE would count heavily on such interpretations for strategizing an effective and favourable course of action. Below we have analyzed some of the most relevant judicial precedents for the purpose.

I. Where the Judgment Was not Pronounced by a Court of Competent Jurisdiction

When an Indian court examines a foreign judgment, the petitioner is required to produce a certified copy of such decree. If the same is submitted, a presumption under Section 14 of the CPC lies in favour of the foreign court possessing jurisdiction.

The Indian courts have examined this issue at length with regards to what would amount to a foreign court having jurisdiction to hear the action leading to the foreign judgment. The Indian courts have held that if one or more of the following conditions are satisfied at the time of institution of the suit, a foreign court would be held to have – competent – jurisdiction, i. e. where the defendant:

- was a subject/resident of the country of the foreign court where the judgment was obtained;
- selected that foreign court as forum for taking action otherwise than in the capacity of plaintiff;
- appeared voluntarily before that court on the issuance of a summons; or
- submitted himself to the jurisdiction of that court by contract as forum for dispute resolution.

Filing for leave to defend a suit in a foreign Court can amount to voluntary submission by the defendant to its jurisdiction,³ as would questioning merits of a case upon voluntary appearance.⁴ Such voluntary submission to the jurisdiction of a foreign court would make it competent to pass a decree against the defendant.

³ *Shalig Ram v. Firm Daulatram Kundanmal*, AIR 1967 SC 739.

⁴ *Chormal Balchand Firm v. Kasturi Chand*, AIR 1938 Cal 511 at 516.

However, on the contrary, filing an action to set aside a decree before a foreign court and failing at the same would not amount to submission to the jurisdiction.⁵ At times, the Indian courts have even held that appearing as a plaintiff before a foreign court once does not imply that the same person has submitted to the jurisdiction of the court in any subsequent action.⁶ A firm doing business in a reciprocating foreign territory would not imply that its Indian partner would be held to have submitted to the jurisdiction of such foreign court.⁷ Similarly, the mere fact of entering into a contract in a foreign country would not imply that the defendant agreed to be bound by the decisions of the courts of that state.⁸

II. Where the Judgment in the Foreign Court Was not Given on Merits of the Case

Albeit normally the court does not go into the merits of the foreign judgment,⁹ Section 13 (b) of CPC gives the Courts in India a right to examine the judgment and assess whether it has been given on the merits.¹⁰ In the case of an *ex parte* judgment without any trial on evidence, the judgment was held not to have been on the merits of the case,¹¹ while where the plaintiff's evidence was tried, the judgment was held to be on the merits.¹²

⁵ *Narappa Naicken v. Govindaraju Naicken*, AIR 1934 Mad. 434.

⁶ *Thirunavakkaru Pandaram v. Parasurama Ayyar*, AIR 1937 Mad. 97, p. 99.

⁷ *R. M. V. Vellachi Achi v. R. M. A. Ramanathan Chettiar*, AIR 1973 Mad. 141.

⁸ *K. N. Guruswami v. Muhammad Khan Sahib*, AIR 1933 Mad. 112.

⁹ *Ganga Prasad v. Ganeshi Lal*, AIR 1924 All. 161.

¹⁰ *Mallappa Yellappa Bennur v. Raghavendra Shamrao Deshpande*, AIR 1938 Bom. 173 at 177.

An *ex parte* foreign judgment will be binding if evidence was taken and the decision was given upon its consideration.¹³ The respondent must be duly served, submit themselves to the jurisdiction of the foreign court and contest the claim, or agree to the passing of the decree. It must not be a mere filing of a reply under protest, or an appearance to object to the court's jurisdiction.¹⁴ A foreign court does not have jurisdiction over the immovable property situated in another country, while passing a decree against a person with property in multiple jurisdictions.¹⁵

III. Where the Proceedings in the Foreign Court in which the Judgment was Obtained are Opposed to Natural Justice

The Supreme Court of India, in *R. Vishwanathan v. Rukn – Ul-Mulk Syed Abdul Wajid*¹⁶ laid down the following:

[I]t is the essence of a judgment of a Court that it must be obtained after due observance of the judicial process, i. e. the court rendering the judgment must observe the minimum requirements of natural justice – it must be composed of impartial persons, acting fairly, without bias and in good faith, it must give reasonable notice to the parties to the dispute and afford each party adequate opportunity of presenting his case.

¹¹ *Middle East Bank Ltd. v. Rajendra Singh Sethia*, AIR 1991 Cal. 335; *S. Jayam Sunder Rajaratnam v. K. Muthuswami Kangani*, AIR 1958 Mad. 203.

¹² *R. E. Mahomed Kassim & Co. v. Seeni Pakir-bin Ahmed*, AIR 1927 Mad. 265 (FB).

¹³ *M. K. Sivagaminatha Pillai v. K. Nataraja Pillai*, AIR 1961 Mad. 385, at 388.

¹⁴ *Y. Narsimha Rao v. Y. Venkata Lakshmi*, (1991) 3 SCC 451.

¹⁵ *Panchapakesa Iyer v. K. N. Hussain Muhammad Rowther*, AIR 1934 Mad. 145.

¹⁶ *R. Vishwanathan v. Rukn – Ul-Mulk Syed Abdul Wajid*, AIR 1963 SC 1.

A foreign judgment of a competent court is conclusive even if it proceeds on an erroneous view of the evidence or the law, if the minimum requirements of the judicial process are assured. Correctness of the judgment in law or on evidence is not predicated as a condition for recognition of its conclusiveness by the Municipal Court. Neither the foreign substantive law, nor even the procedural law of the trial be the same or similar as in the Municipal Court.

[A] judgment which is the result of bias or want of impartiality on the part of a judge will be regarded as a nullity and the trial “coram non iudice”.

Refusal by a foreign court to grant adjournment despite the impracticability of production of the required promissory note (document) by the Indian respondent was in fact held to be opposed to the principles of natural justice, while deeming it to be “extremely harsh and arbitrary”.¹⁷ In a case where summons were issued by a foreign court, but never served, the *ex parte* judgment against the Indian respondent was held to be opposed to natural justice and therefore, inconclusive.¹⁸

IV. Where the Judgement in the Foreign Court was Obtained by Fraud

It would not amount to ‘fraud’ merely if the plaintiff in the foreign court obtained a judgment based upon evidence which was believed by the court but which in fact was not true. In order to establish ‘fraud’ – in the execution application in India – as defence against the foreign judgment, it will be pertinent for the defendant to establish ‘fraud’ connected with the suit’s procedure that

was held in the foreign court.¹⁹ False representation of domicile/residential status to a court, to obtain a judgment would amount to fraud, and hence render the judgment inconclusive.²⁰ A judgment obtained through such misrepresentation could be said to be one obtained by fraud.

V Where the Judgment Sustains a Claim Founded on a Breach of any Law in Force in India

A foreign judgment obtained in breach of any law in force in India would face rejection in an execution application in India. A foreign judgment wholly founded upon a breach of a law in India would prevent an applicant from executing the foreign judgment in India.²¹

G Conclusion and Outlook

The grant of the status of reciprocity by India to the UAE is of great significance, especially given the volume of trade between the two countries. Practical effects of this change in securing and enforcing claims of UAE creditors will likely follow.

Parties wishing to take advantage of changes brought about by the Notification in their dealings with Indian businessmen, should consider incorporating a dispute resolution clause in favour of UAE courts; knowing that a judgment can readily be enforced in India instead of favouring alternative methods of dispute resolution in the contract. However, parties looking to enforce UAE judgments in India should take into consideration the prospective obstacles to the enforcement mentioned above in this article.

Andrés Ring (Partner, Schlüter Graf Legal Consultants, Dubai/UAE)
Jivesh Chandrayan (Partner, HSA Advocates, New Delhi/India)

¹⁷ *Firm Tijarati Hindu Family Joint Kesar Das Rajan Singh v. Parma Nand Vishan Dass*, AIR 1959 Punj. 306, p. 308.

¹⁸ *I&G Investment Trust v. Raja of Khalikot*, AIR 1952 Cal. 508, p. 524.

¹⁹ *T. Sundaram Pillai v. Kandaswami Pillai*, AIR 1941

Mad. 387.

²⁰ *Maganbhai Chhotubhai Patel v. Maniben*, AIR 1985 Guj. 187.

²¹ *T. Sundaram Pillai v. Kandaswami Pillai*, AIR 1941 Mad. 387.

ARTIKEL

The Jurist's Resilience: The European Council for Fatwa and Research and the Corona *Fatāwā*

Abdessamad Belhaj

I Introduction

Since the end of February 2020, when Saudi Arabia decided to suspend the *‘umra* pilgrimage because of the health crisis relating to the COVID-19 disease caused by the novel coronavirus, a new type of *fatāwā* emerged in the Islamic world, known as ‘corona *fatāwā*’, *fatāwā kūrūna*. This Saudi decision sparked a first debate on the coronavirus disease within the Muslim world: Could the Saudi decision to suspend the *‘umra* pilgrimage be sanctioned by previous legal decisions taken by religious authorities?

Corona *fatāwā* – which are legal statements by various religious authorities – became a source of ethical guidance, debate, and actions in different places of the Islamic world. It is possible to engage with this legal literature through several corpora,

the most available body of *fatāwā* for researchers being the collection of 114 *fatāwā* entitled *Fatwās and Scholar Statements on Covid-19* compiled at Rutgers University.¹ Researchers might also study collections of *fatāwā* in Arabic published as books such as *Fatāwā al-‘Ulamā’ Ḥaula Firūs Kūrūna* compiled by Mas‘ūd Ṣabrī which covers *fatāwā* until 24 March 2020, focusing on Sunnī authorities in the Arab world and the West.²

Primarily, these bodies of *fatāwā* raise the question of the religious and social functions of *fatāwā* in times of crisis for both the Muslim jurist and the community. Islamic law has a long history of engaging with health crises.³ As a result, Muslim jurists developed a particular literature of legal statements about epidemics, *aḥkām aṭ-ṭā‘ūn*, to address situations in which Muslims are challenged in the practice of rituals, movement, treatment,

¹ Adnan Zulfiqar (Associate Professor of Law at Rutgers Law School): *Fatwās and Scholar Statements on Covid-19*, docs.google.com/spreadsheets/d/1yB1sntfW67R0FtkJoa8pPD7HH1T98lhwDRFYgP4eEps/edit#gid=1485376138 (last access 15. 08. 2020).

² Mas‘ūd Ṣabrī: *Fatāwā al-‘Ulamā’ Ḥaula Firūs Kūrūna*, Cairo 2020.

³ Lawrence I. Conrad: *Ṭā‘ūn and Wabā’*. Conceptions of Plague and Pestilence in Early Islam, in: *Journal of the Economic and Social History of the Orient* 25.3 (1982), pp. 268–307; Boaz Shoshan: *Wabā’*, in: *Encyclopedia of Islam II* [EI²]

XI, ed. by Peri Bearman et al., Leiden 2002, pp. 3–5; Justin K. Stearns: *Infectious Ideas. Contagion in Premodern Islamic and Christian Thought in the Western Mediterranean*, Baltimore 2011; Jacqueline Sublet: *La peste prise aux rets de la jurisprudence. Le traité d’Ibn Ḥağar al-‘Asqalānī sur la peste*, Paris 1971; Josef van Ess: *La peste d’Emmaüs. Théologie et “histoire du salut” aux prémices de l’Islam*, in: *Comptes rendus des séances de l’Académie des Inscriptions et Belles-Lettres* 144.1 (2000), pp. 325–337; id.: *Der Fehltritt des Gelehrten. Die ‘Pest von Emmaus’ und ihre theologischen Nachspiele*, Heidelberg 2001.

among others. Contemporary Muslim jurists operate within this legal memory, drawing on the procedure of analogy (*qiyās*) and seeking in the history of Islamic law answers to the challenges of the coronavirus disease. The astuteness of the Muslim jurist would show itself to a great deal in the way to bring the questions raised by health crises into a normative framework and re-assert his religious authority.

As for the community, it is argued here that corona *fatāwā* are an expression of resilience, as regeneration in front of adversity. Like any other religious community, Muslims faced health crises as a trial, generating emotions of fear, denial, unrest, despair, or guilt. In case of the coronavirus disease, many Muslims uttered demands for religious piety on the internet and sought for ethical guidance in internet forums, on social media platforms and websites dedicated to *fatāwā*. I make the claim that these demands for *fatāwā* embody the quest for resilience, which explains the how and why of answers the Muslim jurists provided in the *fatāwā*.

In the European context, the European Council for Fatwa and Research (ECFR)'s *fatāwā* were some of the earliest legal opinions to respond to this demand, owing to the effective organizational capacities of this organ. The ECFR is the most authoritative Sunnī authority in the field of Muslim religious institutions in Europe and thus its rulings are representative of a dominating ethical and legal discourse among Muslim religious authorities in Europe. Here, I will introduce two *fatāwā* I selected out of 21 as examples of how the Muslim jurist re-establishes religious authority and builds

the community's resilience by restating the right belief and the right practice. My choice was motivated by content first: I opted for a *fatwā* that represents the right belief and another which advises the right practice. A second reason was visibility as I picked up the two *fatāwā* which circulated most in the media, including social media. I maintain that the authority of the Muslim jurist is not asserted rigidly but through a series of devices and discourses embedded in the experience (Samuli Schielke)⁴ as well as in the Muslim discursive tradition (Talal Asad)⁵. Schielke and Asad represent two important research perspectives which I will discuss in the theoretical section of my article, especially with regard to how my research question on resilience engages with these two research traditions. Suffice here to say that they both study Islam (as discursive tradition in the case of Asad and as daily lives in the case of Schielke) as a complex religious field in which agency, norms, and social structures, interact constantly. The major difference between the two perspectives, however, is whether we should focus on normative claims in relation to a historical and cultural tradition (Asad) or rather on the social conditions and actions, daily interests, and needs, and the ways they affect the relation to these normative claims (Schielke).

This paper begins by framing the *fatāwā* within the social meanings of resilience, drawing on anthropological literature. Then, I discuss the context in which these two *fatāwā* were issued. Next, I will translate the *fatāwā* from Arabic into English, providing the reader with a text that is not accessible in English.⁶ Subsequently, I will discuss

⁴ Samuli Schielke: Second Thoughts about the Anthropology of Islam, or How to Make Sense of Grand Schemes in Everyday Life, in: *ZMO Working Papers 2* (2010), [www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/32233/ssoar-2010-schielke-Second thoughts about the anthropology.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2010-schielke-Second thoughts about the anthropology.pdf](http://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/32233/ssoar-2010-schielke-Second%20thoughts%20about%20the%20anthropology.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2010-schielke-Second%20thoughts%20about%20the%20anthropology.pdf) (last access 15.08.2020).

⁵ Talal Asad: *The Idea of an Anthropology of Islam*, Georgetown 1986.

⁶ The text was translated into German and published between April and May on the website of the *Fatwa-Ausschuss Deutschland*, a *fatwā* committee for Muslims in Germany connected to the ECFR (fatwarat.de). Currently (23.11.2020) the website is under construction. To the best of my

the content of these *fatāwā* as resilient discourses, whose primary function is to direct towards the right beliefs and the right practices. Finally, I will analyze these *fatāwā* as resilience devices studying the sequence of arguments the Muslim jurists of the ECFR develop in these legal statements.

II *Fatāwā* as Resilient Discourses: The Right Beliefs, the Right Practices, and Social Meanings

The notion of resilience is rarely used by researchers in social sciences, and particularly for those working on Muslim discourses (who prefer change, tradition, or similar concepts). In a generic sense, resilience is a process of positive adaptation to adversity where individuals, communities, societies, and systems respond and manage risk. Resilience involves using a variety of organizational, technical, and psychological resources to produce a dynamic response capable of mitigating the consequences of natural disasters, terrorist attacks, or health and economic crises. In sociology, resilience has been ‘canonized’ as a concept by W. Neil Adger (2000) and David R. Godschalk (2003).⁷ Adger defines resilience as the ability of groups or communities to cope with external stresses and disruptions resulting from social, political, and environmental changes.⁸ Peter Hall and Michele

Lamont (2013) envision resilience as a particular response to ensure well-being in the face of the challenge of the socially corrosive effects of market-driven neoliberalism, in particular with regard to institutional and community resilience, embodied, among other things, by the State playing a weightier role.⁹ Pedro Estêvão, Alexandre Calado, and Luís Capucha (2017) perceive resilience as a complex, multi-layered process by which societies, institutions and individuals respond to sudden and large-scale environmental, social and economic shocks.¹⁰ For Godschalk (in a 2019 article), resilience is the reaction of a community that responds effectively to catastrophic stress and other types of urban stress, such as technological and public health disasters, terrorist attacks, and economic collapse.¹¹

In anthropology, the concept of resilience also made its way into the academic jargon in the 2000s; in particular, two uses should be noted here, that of Susan Alexandra Crate and Mark Nuttall (2009) for whom resilience is a capacity of a society to resist impact and to recover its normal functioning without being disturbed.¹² The same usage can be seen in the work of Kirsten Hastrup (2009).¹³ Resilience is also used by Julian Reid to identify the response of the world’s poor and indigenous peoples to their excessive exposure to shocks of disastrous nature and policies.¹⁴

knowledge, the text is not available in any other European language.

⁷ David R. Godschalk: Urban Hazard Mitigation: Creating Resilient Cities, in: *Natural Hazards Review* 4.3 (2003), pp. 136–149.

⁸ W. Neil Adger: Social and Ecological Resilience: Are they Related?, in: *Progress in Human Geography. An International Review of Geographical Work in the Social Sciences and Humanities* 24.3 (2000), pp. 347–364.

⁹ Peter Hall / Michele Lamont (eds.): *Social Resilience in the Neoliberal Era*, Cambridge 2013, pp. 2 f.

¹⁰ Alexandre Calado/Luís Capucha/Pedro Estêvão: Resilience. Moving from a “Heroic” Notion to a Sociological Concept, in: *Sociologia, Problemas e Práticas* 85 (2017), pp. 9–25, journals.openedition.org/spp/3202 (last access 15. 8. 2020).

¹¹ David R. Godschalk: Resilient Cities, in: *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Urban and Regional Studies*, ed. by Anthony Orum, Chichester 2019, pp. 1–2.

¹² Nicole Peterson/Kenneth Broad: Climate and Weather Discourse in Anthropology: From Determinism to Uncertain Futures, in: *Anthropology and Climate Change: From Encounters to Actions*, ed. by Susan Alexandra Crate und Mark Nuttall, Walnut Creek 2009, p. 70–86 (70).

¹³ Kirsten Hastrup (ed.): *The Question of Resilience: Social Responses to Climate Change*, Copenhagen 2009.

¹⁴ Julian Reid: *We the Resilient. Colonizing Indigeneity in the Era of Trump*, iiraorg.com/2017/10/11/we-the-resilient-colonizing-indigeneity-in-the-era-of-trump (last access 15. 08. 2020).

I use resilience here to describe an attitude of overcoming a religious and social crisis, avoiding major change and/or destruction. During the coronavirus crisis, a number of Muslims and social scientists I interacted with were mostly either seeing a major change happening in the field of religious authority (towards secularization) while others believed that the whole enterprise of Muslim jurists and religious authority will cease to play any role in the lives of Muslims. I argue that it is more likely that Muslim jurists will proceed by resilience rather than by major transformation or abduction.

Academic Research on contemporary Islam paid very little attention to the processes of resilience in Muslim contexts.¹⁵ It is possible to chart this path along two tracks. On the one hand, this can be achieved through the study of the notion of trial, *ibtīlā'*. Islamic ethics consider diseases, epidemics, or crises as moments of trial and resources likely to induce a more or less strong mobilization of religious will and eventually even lead to a strengthening of belief. Indeed, often, the ordeal is meant to generate a positive adaptation of men in the face of challenges; this resilience can take different forms depending on the type of discourse and the context, so that some Islamic ethical discourses present the trial as educational resilience, others as emotional or behavioural resilience. Other Islamic ethical discourses about *ibtīlā'* consider that the believer must endure evil in this world, not forgetting, above all, that he will enjoy pleasure and serenity in the other world if he is armed with patience; that is to say the only virtue considered worthy during the test is patience. Other Muslim discourses on *ibtīlā'* still perceive illness and crisis as graces, gifts, and blessings, which should be accepted; in

the face of trial, Islamic ethics encourage attitudes of piety, invocation, and gratitude because God tests those he loves. The Muslim reformists and the Muslim Brotherhood thinkers have slightly modified these traditionalistic ethics to see it as education, an opportunity for strengthening and maturing the individual and the community, allowing them to grow stronger from the trial. Brigitte Maréchal, in *The Muslim Brotherhood in Europe*, studied the idea of the ordeal as a global tool of resilience and militancy in Islamic action, in particular in the works of some important thinkers such as Sayyid Quṭb and Ḥasan al-Bannā, who promote an ethic of continuous effort, of *ḡihād an-nafs* as an effort of the mind, of the individual self, and as a test.¹⁶

On the other hand, one can access the Muslim thought of resilience through the notion of *murūna* ('resilience, flexibility') which emerged in the thought of reformists of Muslim law in the 1940s before it is appropriated by the ideologues of the *Muslim Brotherhood* (notably by 'Abd al-Qādir 'Auda and Sayyid Quṭb) in the 1950s. From the 1970s, in the Šī'ite world, 'Abd al-Qādir 'Auda (the lawyer of the Muslim Brotherhood) and Sayyid Quṭb (their main ideologue) influenced Šī'ite revolutionary thought in Iran (*murūna* was translated into Persian by *in'itāf pazīrī*, literally the 'ability to detour') on the resiliency of Islamic *fiqh*, maintaining the same strong apologetic use. In the Arab world, the argument of 'Abd al-Qādir 'Auda and Sayyid Quṭb in favour of the resilience of Islamic law was extended and popularized in 1982 by Yūsuf al-Qaraḏāwī in his work *'Awāmil as-Sa'a wa-l-Murūna fī š-Šarī'a al-Islāmiya* ('The Factors of Extension and Flexibility in Islamic Law'), even if his use of the term remains as apologetic as previous ones. In this book, Yūsuf al-Qaraḏāwī mobilizes

¹⁵ I am aware that academic research exists on Islamic ethics, especially on *maqāṣid aš-šarī'a*. My claim here refers to the very specific notion of resilience as I explained it in the following paragraphs.

¹⁶ Brigitte Maréchal: *Les Frères musulmans en Europe*, Paris 2009, pp. 191–214.

the tools of legal principles, *uṣūl al-fiqh*, to establish a dichotomy between the factors of stability, *ṭabāt* of Islamic law (the principles of divine and prophetic authority) and elements of adaptation, such as *murūna*, public interest or legal interpretation.¹⁷ Yūsuf al-Qaraḏāwī used *murūna* as a concept of resort in a controversy against modernists and orientalist who, according to him, would reproach Muslim law for being immobile: being a divine law did, in his view, not mean that it cannot evolve and adapt to different circumstances; flexibility is even a major feature of Islamic law because it has survived application in different territories for 13 centuries.¹⁸ It is this usage that we find in the majority of the writings of contemporary Muslim thought. All these variations on *murūna* find their genealogy in the work of the reformist of Egyptian Muslim law ‘Abd ar-Razzāq as-Sanhūrī (1895–1971), himself a modernist even if he incorporated some ideas of Islamic reformism. ‘Abd ar-Razzāq as-Sanhūrī based his civil code of 1949 on a concept of *murūna* as a capacity for concession, compromise, conciliation, flexibility, and elasticity, to bridge the gap between the distinctly different concepts of Islamic law and European civil codes.¹⁹

¹⁷ Yūsuf al-Qaraḏāwī: ‘Awāmil as-Sa‘a wa-l-Murūna fi ṣ-Ṣarī‘a al-Islāmīya, in: *Ḥauliyat Kulliyāt aṣ-Ṣarī‘a wa-d-Dīrāsāt al-Islāmīya* 2.2 (1982), pp. 24–101.

¹⁸ Al-Qaraḏāwī: ‘Awāmil, pp. 24 f. The ECFR following al-Qaraḏāwī endorses a resilient approach of Muslim political participation in Europe along a pragmatic line. See: Bianka Speidl / Hanga Horváth-Sántha: The Islamic Discourse and Democracy. Resilience of Democracy or Resilience to Democracy?, in: *Resilience. Approaches in Public Policy*, ed. by Salvatore Villani, Domenico Crocco, and Bianka Speidl, Naples 2020, pp. 195–205.

¹⁹ Guy Bechor: *The Sanhuri Code and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932 to 1949)*, Leiden 2007, pp. 257 f.

²⁰ For leading research on the ECFR see Alexandre Caeiro: *The Social Construction of Shari‘a: Bank Interest, Home*

III The Context of ECFR Corona Fatāwā

The European Council for Fatwa and Research holds an important position within Islamic jurisprudence in Europe from the 1990s until now.²⁰ It was created in 1997 by the Federation of Islamic Organizations in Europe (close to the *Muslim Brotherhood*), and championed by Yūsuf al-Qaraḏāwī. The latter and the ECFR have been labelling their *fatāwā* for European Muslims as minority *fiqh*, claiming an Islamic legal reasoning adapted to the situation of Muslim minority communities in the West, which allows for certain accommodation, and exoneration from certain rules. According to Lena Larsen, the ECFR receives 23 to 26 queries for *fatāwā* per day. Only a third of its jurists hail from Europe as the ECFR looks for legitimacy by relying on the authority of major Sunnī scholars in the Muslim world, with the aim being that the thinking does not “go native” by becoming too European.²¹

Most of the founders of the ECFR as well as its current authorities were not born or raised in Europe. Most of the jurists of the ECFR actually live in Muslim countries, and physically have a limited relationship to the European context. It would be

Purchase, and Islamic Norms in the West, in: *Die Welt des Islams* 44.3 (2004), pp. 351–375; Alexandre Caeiro: The Power of European Fatwas: The Minority *Fiqh* Project and the Making of an Islamic Counterpublic, in: *International Journal of Middle East Studies* 42.3 (2010), pp. 435–449. Other important works include Lena Larsen: *How Muftis Think. Islamic Legal Thought and Muslim Women in Western Europe*, Leiden 2018; Ron Shaham: *Rethinking Islamic Legal Modernism: The Teaching of Yusuf al-Qaradawi*, Leiden 2018; Adis Duderija / Halim Rane: *Islam and Muslims in the West: Major Issues and Debates*, Basingstoke 2018, pp. 47–50; Uriya Shavit: *Shari‘a and Muslim Minorities. The wasati and salafi Approaches to fiqh al-aqalliyat al-Muslima*, Oxford 2015.

²¹ Larsen: *How Muftis Think*, pp. 88–96.

more precise to consider the ECFR as a product of 'Islamic globalisation', a set of Islamic discourses produced by the transnational Islamic organizations (*The Muslim World League*) and movements (*The Muslim Brotherhood*) which diffuse adapted normative discourses effectively and skilfully, via connected networks established in the West over the last 30 years.

The topic of the 30th extraordinary session of the ECFR which was held by video conference between 25 and 28 March 2020, and which issued the *fatāwā* under study here was held under the title *Jurisprudential Developments organized under the Case of Coronavirus/Covid-19*. I will look closer at two particular *fatāwā*, *Fatwā 2/30 on whether Viruses and Disasters Are a Punishment from God to People (Hal al-firūsāt wa-l-kawāriṭ ʿu-qūba ilāhīya?)* and *Fatwā 3/30 on the Extent of the Legality of the Suspension of Prayers in Mosques because of the Coronavirus (Madā mašrūʿiyat taʿlīq aṣ-ṣalāwāt fi l-masāğid bi-sabab firūs Kurūnā)*. Both were published in Arabic on the ECFR's website on 1 April, 2020 (a few days after the 30th extraordinary session). The other *fatāwā* addressed questions of worship, particularly restrictions to communal worship under epidemic conditions, religious ritual including rituals for the dead as well as day-to-day concerns during the pandemic and associated lockdown, like hoarding, medical triage, or travels.²²

To sum up, the 21 *fatāwā* issued rulings on how they see the right belief and the right practice during the health crisis. To cover these two patterns, I selected two *fatāwā* for analysis: one *fatwā* is concerned with matters of belief and the other with matters of practice.

The session was led by Ṣuhaib Ḥasan ʿAbd al-Ġafār, better known as Ṣuhaib Ḥasan, the chairman of Masjid al-Tawhid in the UK and Secretary of the Islamic Sharia Council of Great Britain.²³ Ṣuhaib Ḥasan is a prominent figure of Salafism in the UK although he keeps close links to *Muslim Brotherhood* circles. The council of jurists led by Ḥasan invited four Muslim medical doctors (only one of them specialised in virology) from France, the UK, and Germany.²⁴

In chapters IV and V, I will translate the two *fatāwā* into English to make the text accessible for the reader, before turning to the analysis of their content and rhetoric in chapters VI, VII, and VIII.

IV Are Viruses and Disasters a Divine Punishment? (ECFR, *Fatwā* no. 131727, 2/30)

Question: Are viruses and disasters a divine punishment?

Answer: The trials and calamities that take place in the lives of people are divine laws of life. Individuals and groups are not spared from the occurrence of calamities that are inflicted on them whatever may be their status or rank. And trials can occur through Evil as well as Good. God Almighty said: "Every soul shall taste death; and We try you with Evil and Good to test you, then unto Us you shall be returned" (Qurʾān 21:35).²⁵ Ibn Kaṭīr (d. 1373) said in his interpretation of this verse: "That is, We test you with calamities at times, and with blessings at other times, so We discern between those who show gratitude and those who disbelieve, and those who are patient and

²² See www.e-cfr.org/blog/2020/04/01/-البيان-الختامي-للدورة-الطارئة-الثلاث (last access 15. 08. 2020).

²³ Ṣuhaib Ḥasan runs a website which contains his publications, memoirs, articles and other content which discusses, in a neo-traditionalist way, topics ranging from

divorce to Islamophobia and rule of Islam; drsuhaib-hasan.co.uk (last access 15. 08. 2020).

²⁴ See www.e-cfr.org/blog/2020/04/01/-البيان-الختامي-للدورة-الطارئة-الثلاث (last access 15.08.2020).

²⁵ All Qurʾānic translations are those of Arthur John Arberry: *The Koran Interpreted*, Oxford 2008.

those who are in despair". And among the foundations of Islam is faith in destiny, good and bad, whether we realize the wisdom of God Almighty or whether we ignore it, but this firm faith does not prevent a Muslim from reflection and exhortation. And in the case of global disasters that affect all people, good as well as bad, it may be a reminder to mankind that whatever material and scientific accomplishments it has achieved, it must not neglect the spiritual and moral aspects, and strengthen its connection to the Creator, the Most Sublime, and adhere to basic values such as social justice, peaceful coexistence, respect for human dignity, and cooperation between all on the basis of righteousness and piety.

The affliction in this sense is not revenge on people, because God Almighty is gracious and merciful to His servants as He said: "Truly, God is All-gentle with the people, All-compassionate" (Qur'ān 2:143). Rather, the scourge comes down to deliberate wisdom, including:

* They remind people of God's blessings upon them when they suffer the loss of some of them, as only who suffers from illness knows the blessing of health, and the blessing of security is known only to those who live in fear. Human beings often overlook – because of routine and habit – the grace of God Almighty over them with the bestowment of visible and hidden blessings. God says: "Have you not seen how God has subjected to you whatsoever is in the heavens and earth, and He has lavished on you His blessings, outward and inward? And among men there are such who dispute concerning God without knowledge or guidance, or an illuminating Book" (Qur'ān 31:20), and the more the servant remembers God's blessings over him, the more he increases his gratitude to him, and becomes more content with what God gave him.

* They alert the servant to continually resort to God Almighty and ask for protection and help from him. By its nature, a person in times of calamities and adversity searches for someone to

help and support him. If he realizes that God Almighty is the one who is with the servant and suffices him in these difficult cases, this provides him with reassurance and tranquillity, helping him to confront the afflictions and set him free from attachment to other than God Almighty. The Quran says: "O men, you are the ones that have need of God; He is the All-sufficient, the All-laudable" (Qur'ān 35:15). In times of distress the servant seeks refuge in God Almighty by invocation and supplication.

God said "And when the waves cover them like shadows they call upon God, making their religion sincerely His; but when He has delivered them to the land, some of them are lukewarm. And none denies Our signs, except every ungrateful traitor" (Qur'ān 31:32). God also said: "If only, when Our might came upon them, they had been humble!" (Qur'ān 6:43).

* Misfortunes and trials may be a warning to servants against falling into transgressions and sins. It is God Almighty's mercy to them that he warns them, so that they refrain from the violations that they commit against themselves since the harm of disobedience touches a person in himself and his society. God is not affected by any human transgressions. In this warning, all people are equal: the believer and the non-believer; the affliction is not revenge, but rather a warning and an alert for the bad deeds that a person acquires, so he may refrain from them. The Almighty said: "Whatever affliction may visit you is for what your own hands have earned; and He pardons much" (Qur'ān 42:30).

It must be noted here that among the privileges God Almighty has bestowed over his prophet Muḥammad, may God's prayers and peace be upon him, after making him the Seal of the Prophets, preferring him over His servants, is that he exempted the people of disobedience (among Muslims) from the punishment of general annihilation in this world, as happened to some of the former peoples. He made them account in the hereafter,

to leave them room for repentance and revision in this world. Therefore, the Prophet, may God's prayers and peace be upon him, did not call evil upon those who disagreed with him. As narrated by Muslim on the authority of Abū Huraira, may God be pleased with him, he said: "It was said: O Messenger of God, Pray God to destroy the polytheists, the Prophet said: 'I was not sent as a curser, but as mercy'" (*ḥadīth* no. 2599).

Aṭ-Ṭabarī (d. 923) mentioned in his interpretation of the verse "And We do not send the signs, except to frighten" (17:59) on the authority of Qatāda saying: "God intimidates people with whatever sign so that they may consider, or remember, or refrain from bad deeds. It was mentioned to us that the people of Kūfa have trembled – after an earthquake struck it – during the reign of Ibn Mas'ūd, who said: "O people, your Lord wants you to ask for pardon, so be righteous". It was reported from al-Ḥasan that the meaning of the verse "And We do not send the signs, except to frighten" is the extreme death.

Trials afflict both the believer and the non-believer. Rather, the believer is more vulnerable to calamity than others because faith makes him more patient in front of affliction. The Prophet says, peace and blessings be upon him, in the authentic *ḥadīth*: "The most tested people are the prophets, and then the righteous. After them, the more a person is righteous, the more likely it will be tested". It can be said that the affliction that comes as a warning of sins can be for every behaviour by which a person avoids the path of righteousness, whether in his relationship with his Lord, with his human brothers, or with the universe that surrounds him. It is no secret to anyone today that people commit violations at all these levels. Today, after the epidemic of coronavirus began, the voices of the wise in the world

arose calling to reconsider much of the wrong behaviour that has prevailed in people's lives in all aspects. These reasonable people say that in the contemporary history of mankind there will be a dividing line between the period before and after corona. The defect, *ḥalal*,²⁶ that touches values and morals, the imbalance in the administration of justice among people and the good distribution of wealth among them, the imbalance in dealing with the environment and its preservation from the causes of pollution and change, and the imbalance arising from starting wars and conflicts are all sins that humanity must repent of. The affliction warns it of the consequences of continuing injustice and aggression.²⁷

V The Legality of the Suspension of Prayers in Mosques due to the Coronavirus (ECFR, *Fatwā* no. 131739, 3/30)

The question: Does Islamic law prioritize the health of the body over the practice of acts of worship, and what is the evidence from the Noble Qur'ān and the *Sunna* of the Prophet regarding the suspension of prayers in mosques in these circumstances?

The Answer: Islamic teachings called for preserving human life and protecting oneself from all harm, and considered this to be one of the highest values that religion has established. Islam's care for the protection of human life reaches an extent that the Koran has permitted a Muslim under duress to utter words of disbelief in order to preserve himself from murder. God says in Qur'ān 16:106: "Whoso disbelieves in God, after he has believed – excepting him who has been compelled, and his heart is still at rest in his belief – but whosoever's breast is expanded

²⁶ The word *ḥalal* connotes the meanings of defect, error, deficiency, imbalance, disorder, and disruption. For example, in relation to the administration of justice *ḥalal* would be structural errors in the procedures of justice.

²⁷ See www.e-cfr.org/blog/2020/04/01/-البيان-الختامي-الطارئة-الثلاث-للدورة (last access 15.08.2020).

in unbelief, upon them shall rest anger from God, and there awaits them a mighty chastisement". Islam also permits the sick and the traveller to break the fast in Ramadan in order to protect oneself from extreme hardship or harm. The Almighty said in Qurʾān 2:184 "and if any of you are sick, or are on a journey, then a number of other days", even if these permissions imply abandoning the "rigid" and more complete practice of religion. For this reason, it is *a fortiori* legally valid to suspend prayers in the mosques to save lives and souls from transmitting the infection of coronavirus. In such a case prayers are to be performed at home.

As for the evidence that it is permissible to suspend the practice of rituals in mosques in these circumstances, in addition to the agreed upon legal adages such as "the damage is removed", "necessity permits the prohibited", and "hardship brings facilitation", the following legal proofs might be cited:

Al-Buḥārī and Muslim reported on the authority of Abū Huraira who reported the Prophet saying: "A sick person should not visit a healthy one." Doctors have determined that persons may carry the coronavirus without showing any symptoms for a long time, thus transmitting the infection to everyone who they meet, which is what happens when getting in and out of a mosque, and in the situation of proximity during prayers in rows and the repetition of multiple prostrations in one place.

Al-Buḥārī and Muslim also narrated on the authority of ʿAbd ar-Raḥmān Ibn ʿAuf that the Prophet said: "If you hear of an outbreak of plague

in a land, do not enter it. But if the plague breaks out in a place while you are in it, do not leave that place". If this is generally required between countries, regions and cities, it is *a fortiori* required in smaller gatherings, such as mosques. The protection for all imposes the closure of mosques entirely, especially with the presence of stipulated legal alternatives for the Friday and collective prayers.

The other legal proof for suspending collective prayers is by analogy to suspending Friday prayers because of the rain, which requires people to cover their heads. Al-Buḥārī and Muslim reported that ʿAbdallāh Ibn ʿAbbās said to his muezzin on a rainy day: "When I say: I bear witness that Muḥammad is the Messenger of Allah, do not say: Come to prayer, but say: 'Pray in your houses.'" He said: people seemed to find that scandalous, so Ibn ʿAbbās said: 'Are you surprised at that? The Prophet, who is better than me, did that'. There is no doubt that the danger of the virus and its hardships are greater than the hardship of going to pray under the rain.

The scholars of *fiqh* have determined that fear for oneself or one's family is an excuse that permits absence from Friday or congregational prayers. This is the case because the Prophet said (as reported by Abū Dāwūd and an-Nasāʿī): "Whoever heard the muezzin should accept the invitation to prayer, unless prevented by an excuse." The companions said: "What is the excuse?" He said: "Fear or sickness". If everyone who travels or mixes with people today fears for himself and his family due to the virus, then he is excused for not attending Friday or congregational prayers.²⁸

²⁸ See www.e-cfr.org/blog/2020/04/01/-البيان-الختامي-للبيان-الختامي-للبيان-الختامي (last access 15. 08. 2020).

VI Resilient Orthodoxy: The Right Beliefs about Existential Concerns

The key element of the *fatwā* *Are Viruses and Disasters a Divine Punishment?* (ECFR, *Fatwā* no. 131727, 1/30) is to refute 'the wrong belief' about the cause of coronavirus and to state 'the right belief' about it. One line of thought associated with this wrong belief is the belief that the coronavirus is a punishment for the disbelievers since one of the earliest Salafī discourses on the coronavirus was that it is a divine punishment (of China and the West particularly)²⁹. This discourse about divine punishment of the disbelievers can be traced back to Muslim tradition, especially to the tradition attributed to the Prophet which says: "The plague is martyrdom and compassion for my community and torture for the disbelievers".³⁰ Put in other words, the ECFR is preoccupied here with two existentialist concerns:³¹ trust in God and the scapegoating of alterity.

The ECFR de-legitimizes the discourse on divine punishment by appealing to divine mercy in a general manner. The *fatwā* focuses on building an alternative discourse of divine trial, finding a sort of compromise between divine punishment and absence of divine action. Seeing coronavirus as a (positive) divine trial draws on traditional ethical Muslim discourses which claim that pandemics have some virtues and a good side; such discourses are promoted in Islamic literature, from *ḥadīth*-compilations to Ibn Ḥaḡar al-ʿAsqalānī (d. 1449) believing in the virtue of the plague, *faḍl aṭ-ṭāʿūn*.³² This literature is founded on the theology of divine trial and testing, *ibtīlāʾ* as

grace, gift and blessing to be embraced with patience and gratitude. Theologically, the plague as virtue-topos was mobilized in Islamic ethics as an extension of the divine command ethics of Aṣʿarī-Ḥanbalī leanings.

The transition the Muslim jurist suggests here from a discourse of divine punishment to one of divine trial is itself a form of resilience, knowing that the discourse on divine punishment is largely unpopular today, and in the context of the coronavirus, adds desolation to crisis. Thus, the ECFR distances its position from a thesis of 'hard-core' divine punishment and moderates the Islamic theology of pandemics by embracing the thesis of divine trial. The Muslim jurist seeks a safe way to keep the believer feeling sufficiently guilty without giving a reason to endorse extremist discourses on divine punishment, especially those of the competing Salafī narrative, and thus risking to lose trust in the traditional and moderating authority of the Muslim jurist.

The Muslim jurist also has an eye on the community's resilience. He wants to build believers' resilience by encouraging them to take the coronavirus as a positive challenge to correct civilizational imbalances and individual misdeeds, to be able to overcome the crisis. By rephrasing the crisis as a test, the Muslim jurist creates an opportunity for the community to respond to it. In this sense, the discourse on divine trial and the virtue of the pandemic is a form of resilience in the face of fear. The health crisis generated anxiety in the Muslim communities and the discourse on divine punishment increased apocalyptic feelings, discourses and conspiracy theories which raised the

²⁹ See www.youm7.com/story/2020/2/11/-بأسريرهامي-4627349-يشمت-في-الصين-كورونا-عقوبة-الهيئة-وأحمد-كريمة (last access 15. 08. 2020).

³⁰ Aḡmad b. Ḥanbal: *Al-Musnad*, ed. by Šuʿaib al-Arnaʿūṭ, Beirut 1999, no. 20767, vol. 34, p. 366.

³¹ I refer here to Schielke's formulation of the anthropology of Islam as starting with the study of the "immediate practice of living a life, the existential concerns and the

pragmatic considerations that inform this practice, embedded in but not reduced to the traditions, powers and discourses that grant legitimacy to some concerns over others and structure some considerations while leaving others diffuse". See Schielke: *Second Thoughts about the Anthropology of Islam*, p. 12.

³² Ibn Ḥaḡar al-ʿAsqalānī: *Baḍl al-Māʿūn fi Faḍl aṭ-Ṭāʿūn*, ed. by Aḡmad ʿIṣām ʿAbd al-Qādir al-Kātib, Riyadh 2016.

fear of people even more. By appealing to divine wisdom, the ECFR attempts to restore trust and a positive relationship with God. The cleric thus gives hope to the community that it will overcome the crisis.

It is much harder for the Muslim jurist, however, to build common ties with non-Muslims and to de-legitimize the targeting of non-Muslims. The discourse of this *fatwā* as it relates to non-Muslims remains ambiguous. This is for one reason because most of the discourse is about believers, and how they should take the coronavirus as a divine trial intended to empower them. Non-Muslims are thus hard to include in this process. Yet, because the idea of scapegoating non-Muslims is radical and dangerous in a context which implies humility, the ECFR establishes a common link between believers and the rest of humanity over shared responsibility and human civilizational errors. Implicit in this semi-exculpation of the disbeliever is the idea that Western civilization is responsible for what happens, somehow, and that an alliance with wise people who are critiques of Western civilization could be formed to remove the scourge. At best, this solution can be seen as a vague form of humanism/universalism and the recycling of an old discourse of inversed orientalism (the West is materialistic and drives humanity to destruction).

The time the cleric spends in clarifying belief in destiny and divine justice and the right belief about suffering are also intended to compete with science (another product of the Western civilization). As most people turned to health experts for news and instructions, during the outbreak of the pandemic, Muslim jurists were somewhat marginalised. Recourse to medical doctors (whose expertise did not figure much in the *fatāwā*) is a tool to build legitimacy for the orthodox theological discourse. This type of orthodoxy is slightly reworked but remains fundamentally Sunnī, traditionalistic and god-centred. Human agency consists in passing the test by engaging in piety and

invocation of God's mercy and if any evil happens the blame should be put on humans. Causality is also essentially divine: God creates calamities and disasters, God removes them, and God is wise in all his actions. We might then assert that despite the resources the ECFR's resilience deploys, it also has major limitations in terms of how it maintains theology central to ethics rather than making the transition from theology to anthropology. The solutions the ECFR suggests to address the existential concern of people about trust in God and alterity are still reminiscent of Islamic reformist ethics which shifted little from traditionalistic Islamic ethics. Islamic reformism highlights human responsibility and divine wisdom in matters related to *qadar*, destiny. The ethics of *ibtilā'*, which promise optimism and empowerment, are undermined by its quasi-deterministic and pessimistic theological beliefs.

VII Leniency and the Right Practice

The shutting down of mosques in most places of the Islamic world and Europe has sparked a debate about the religious legitimacy of such an act. Even if during Islamic history mosques were closed for a variety of reasons, the decision to shut down mosques, unheard of in recent times, separated Muslims from places of prayer they were used to for decades, if not centuries. Thus, for a practicing Muslim such a decision requires an ethical justification for prioritizing health over religion and a religious legitimacy, i. e. evidence from the Qur'ān and the *Sunna* of the Prophet.

The debate in March 2020 put at odds some Salafists to most official religious authorities who supported the decision to shut down mosques. For example, Ḥākīm al-Muṭāirī, a famous Kuwaiti Salafist, became highly mediatised when he uttered online his rejection of the closing down of mosques because of the coronavirus. Al-Muṭāirī, who enjoys some influence among Salafī religious leaders in Europe and the Middle East argued that

preserving religion takes precedence over preserving life. His famous and controversial tweet on 24 April 2020 went as follows: “Discarding prayers in mosques, Friday prayers and collective prayers, and stopping collective religious obligations out of fear of infection by disease, or abandoning jihad in the way of Allah out of fear from the enemy or of death or injury in the battle, all this is idolatry which contradicts the belief in Allah as the only divinity, and this is the way of the disbelievers and hypocrites, which the Quran warns the believers against”.³³ One can immediately note how the right practice is linked to the right belief, and that this Salafist leader does not wish to compromise on any of them to adapt to a context of crisis. Conversely, religious authorities in the Gulf countries, Egypt and the Maghreb countries made the common argument that “fear for oneself, one’s money or one’s family is reason enough to abandon Friday prayers or collective prayers and that the texts of *Šarī‘a* law affirm the need to preserve life and prevent harm”.³⁴

This debate between opponents and promoters of closing the mosques is ultimately based on the opposition between preserving religion vs preservation of life, a famous debate in *uṣūl al-fiqh* and *maqāṣid aš-šarī‘a* about whether religion or life should be prioritised.

In order to counter these Salafī discourses and promote the jurist’s religious authority for allowing such thing to happen, the ECFR’s jurist makes sure to present the decision as perfectly in line with Islamic law. *Fatwā* no. 131739, 3/30 claims that the preservation of life is central to Islamic law, in which sometimes even religion is relegated to a secondary rank. The jurist draws on his

toolkit of rules concerning exceptions, which legitimize leniency and permissiveness.³⁵ He mobilises precedents from tradition which could authorize such a decision, mainly mobilizing traditions about skipping prayers because of rain, fear or sickness.

Yet, the ECFR’s jurist is also aware of the danger of too much leniency. On the one hand, he praises the firm practice of religion which makes this suspension exceptional and a trial to overcome, expecting people to go back to mosques once the crisis is over. On the other hand, prayers are to be maintained and done regularly at home. The jurist also insists on legal alternatives for Friday prayers and collective prayers, probably organising the prayers within the family, without referring here to the other controversial issue of whether watching prayer videos online would stand for practicing the Friday prayer although indeed the ECFR covers this question in *fatwā* no. 4 of its *fatāwā* on corona.³⁶

Contrary to the right belief that the ECFR makes no compromise and displays attachment to Sunnī orthodoxy, in terms of orthopraxy it makes an ethical turn. We know that the ECFR has embraced in the last two decades the theory of the intents of Islamic law (*maqāṣid aš-šarī‘a*) as well as the so-called *fiqh at-taisīr* (‘jurisprudence of leniency’) in addition to minority *fiqh* (*fiqh al-aqal-līyāt*), a particular juristic genre produced mostly by Muslim jurists living in Islamic majority countries for Muslims in the West (although indeed many jurists of the ECFR live in the West). All these reformist approaches draw considerably on dispensations as techniques to negotiate accommodations with various social realities, especially in

³³ See twitter.com/DrHAKEM/status/1253522207407517696 (last access 15.08.2020).

³⁴ See www.irfaasawtak.com/arshyf/2020/03/16/-/المساجد-إغلاق-بسبب-قتل-حرب-بيوت-تكم-في-صلوا (last access 15.08.2020).

³⁵ See for example how the modern Muslim jurist mobilises the tool of necessity, *ḍarūra*, in Birgit Krawietz: *Ḍarūra*

in Modern Islamic Law: The Case of Organ Transplantation, in: *Islamic Law: Theory and Practice*, ed. by Robert Gleave and Eugenia Kermeli, London 1997, pp. 185–193.

³⁶ See www.e-cfr.org/blog/2020/04/23/-/صلاة-الجمعة-في-البيوت-بمتابعة-الخطبة-ع (last access 13.11.2020).

Europe, developing practices and changing norms. In Europe, dispensations are permanently mobilized by Muslim individuals and communities to bargain with European civil and Islamic laws. Within the Muslim world, these tools have been used for a long time by Muslim jurists who claim Islam to be the religion of legal licenses, *dīn ar-ruḥṣa*. In this regard, Ze'ev Maghen goes as far as to say that Islamic dispensations were a religious reform by comparison with the much more rigid Jewish law.³⁷

Leniency is not only a legal tool of Muslim tradition to display resilience and adaptation to challenging contexts, but also a means of allowing the Muslim jurist to re-make his authority and extend it.³⁸ The Muslim jurist turns into a negotiator between reality and tradition, weighting the interests of people and the principles of law (as part of tradition and of the methodologies of Islamic law [*uṣūl al-fiqh*]) deciding at the end of the process to relieve people from an obligation. Because the Muslim jurist relies on tradition as the source of his legitimacy and because many practicing Muslims approve this type of legitimacy as the only authoritative one, the Muslim jurist somehow earned the 'right' to deviate from it whenever he sees it appropriate. For example, the ECFR allows taking a loan via bank interest to purchase a home in the West even if tradition forbids loan interest.³⁹

VIII Resilient Devices: The ECFR, the Staging, and the Sequence of Arguments

In a digital and global knowledge system it is complicated to exercise Muslim authority in a local setting, and for the past twenty years digital innovation has continued to transform Sunnī authority. It increasingly becomes devolved, dispersed, dissipated and open.⁴⁰ Virtual space allows various actors, including those who have few resources or weak networks of moral economy, to assert identities and affiliations to Islam, to build and mobilize imaginaries and to reinvent modalities of legitimation and transmission of the Islamic message (*da'wa*) and of establishing structures of Sunnī leadership.⁴¹ This staging of authority reflects the logics of social action under construction, that is the transformation of Muslim actors in Europe, which should always be considered in relation to external variables as well as local and global contexts. This 30th extraordinary session of the ECFR, under study here, which led to the corona *fatāwā* was organized by way of Zoom, a digital innovation in the ECFR's work, and a form of organizational resilience. Similar global Islamic actors strongly endorse new pedagogic programs based on religious knowledge and participate in the Islamization of societies, creating competition between authority figures and dis-

³⁷ Ze'ev Maghen: *After Hardship Cometh Ease: The Jews as Backdrop for Muslim Moderation*, Berlin 2006, pp. 45 f.

³⁸ My reading of the Muslim jurist's transformations disagrees with that of David L. Johnston who argues that "shifting the focus on values rather than on the letter of the law, or moving further away from revelation toward human reason, will likely strengthen the authority of non-'ulamā' preachers and Muslim intellectuals and weaken that of the 'ulamā' in the long run". See David L. Johnston: Yusuf al-Qaradawi's Purposive Fiqh: Promoting or Demoting the Future Role of the 'ulamā'?, in: *Maqasid al-*

Shari'a and Contemporary Reformist Muslim Thought, ed. by Adis Duderija, New York 2014, p. 60.

³⁹ See Alexandre Caeiro: The Social Construction of Shari'a: Bank Interest, Home Purchase, and Islamic Norms in the West, in: *Die Welt des Islams* 44/3 (2004), pp. 351-375.

⁴⁰ Bryan S. Turner: Religious Authority and the New Media, in: *Theory, Culture & Society* 24.2 (2007), pp. 123 f.

⁴¹ Brigitte Maréchal: Enjeux contemporains sur Internet autour des représentations de soi, des imaginaires, de la *da'wa* et des figures d'autorité dans l'islam Sunnite, in: *Recherches sociologiques et anthropologiques* 49.1 (2018), pp. 1-4.

courses in which each religious authority emphasizes the purity, rigor and authenticity of his interpretation of religious norms, often against a background of rivalry between contemporary Islamic ideologies.

Be that as it may, one can identify two limitations to the devices and arguments used by the ECFR in this session on the coronavirus. First, a limitation to resilience in digital innovation is perhaps the exclusive use of Arabic as the language of communication of *fatāwā* to the public. Not only were the *fatāwā* written in Arabic, but their language could be difficult for many readers and even inaccessible in some parts to common readers of Arabic.⁴² For a second or third generation Muslim born in Europe, with, if at all, basic knowledge of Arabic, it is almost impossible to grasp the arguments mobilised by the ECFR. This communicative strategy ensures the Muslim jurist's authority over the religious discourse. By the same token, inaccessibility generates a market for mediators of discourse (young Muslim jurists, imams, preachers) who draw on these *fatāwā* to spread a more accessible version in the communities in Europe using European languages.⁴³ This might, however, also be explained by the so-called crisis or fragmentation of Islamic authorities in a more globalized and digitalized world.

A second limitation to the resilience of devices is the type of arguments privileged by the ECFR's *fatāwā*. The ECFR used three types of arguments: traditional, semi-traditional and rational arguments. The traditional arguments are the primary arguments in both *fatāwā*; thus, in the first *fatwā*, eight Qur'ānic verses, three *aḥādīṭ* and two traditionalist scholars were quoted. Furthermore, these thirteen traditional arguments are paraphrased

in several sentences, creating semi-traditional arguments. This can be seen in the statement "the believer is more vulnerable to calamity than others because faith makes him more patient in front of affliction. The Prophet says, peace and blessings be upon him, in the authentic *ḥadīṭ*: "The most tested people are the prophets ...". Most of the traditional arguments are paraphrased in both *fatāwā* creating a repetitive discursive pattern expected to be compelling by way of proximity to the transmitted texts. In the first *fatwā*, the ECFR particularly emphasised the rational argument of an appeal to universal common values such as human dignity, justice, peaceful co-existence, and civilizational defects. In the second *fatwā*, two Qur'ānic verses and four *aḥādīṭ* are quoted. The most important rational argument in this second *fatwā* is the *a fortiori* argument, *qiyās al-aulā*, that if locking down entire regions is permissible, it is *a fortiori* permissible to close down mosques. Another argument is the appeal to the ethical objectives of law, the *maqāṣid*, for example to the preservation of lives to justify closing down mosques.

The overall traditionalistic structure of the argument is directed at a Muslim audience prone to a traditional, or even Salafist stance. Obviously, the ECFR's jurist focussed more strongly on the objective of countering the rival Salafī discourse of the pandemic being divine punishment and the closing down of mosques being illegitimate than the views within the broader spectrum of Muslims living in Europe. Traditionalism also allows the ECFR's jurist to re-state his legitimacy as a transmitter of traditions and scholar of classical *fiqh*. Yet, the appeal to ethical values in both *fatāwā*, even if shyly done, might also be read as

⁴² The text is written in a middle way between standard Arabic and classical Arabic, as expected in religious text of legal reasoning. It could be said that the reader does not have to read the whole arguments and can just read the first lines which provide usually the answer.

⁴³ While revising this article for publication, the ECFR established a website in English. Yet, the published content so far consists in summaries of the sessions; it needs a deal of digital skill for accessibility. See: www.e-cfr.org/en (last access 15.08.2020).

an adaptation to the global context of the coronavirus pandemic in which religions and ethnicities mattered little. The rational argument of an appeal to common universal values is mobilized mainly to alleviate feelings against disbelievers among Muslims.

Health expertise and state authority are absent in the ECFR *fatāwā* on corona, despite the importance of health and public instructions concerning closing the mosques. Yet, the ECFR endorses the *maqāṣid* theory on the preservation of life and on the public interest. It seems to us that health expertise and state authority both support the argument of preserving life and assuring the public interest of societies, beyond the Muslim communities. These absences can be explained by a will to marginalize these competing authorities. Yet, we have seen how various organs of *fatāwā* in the Muslim world⁴⁴ called to comply with the instructions of governments and health experts about the coronavirus. That the Muslim jurist mistrusts state and health authorities in Europe possibly mirrors the disconnection from European local contexts and the embracing of globalist discourse and context of *fatāwā* by the ECFR.

IX Concluding Remarks

The ECFR's ethical discourse can be viewed from two perspectives in anthropology. From a first perspective, widely adopted by apologetic Islamologists as well, ethics is engagement with a discursive tradition (Talal Asad and his disciples). One can then read these ethical discourses as forms of piety and efforts at improvement which

are attached to a Muslim tradition perceived by believers and Muslim jurists as perfect. From an opposite perspective these ethical discourses translate existential and societal concerns, vulnerabilities, forms of power, political ambiguities and others, as Schielke argues.⁴⁵ Yet, it is hardly possible to oppose tradition in favour of experience in the case of ECFR *fatāwā*. For, as was shown, these discourses actualise tradition as resilience.

Thus, the keyword is neither tradition nor experience, but resilience. The latter is the approach by which the Muslim jurist keeps the tradition alive within practices and norms prescribed for a community in crisis. Rather than thinking about tradition as sacred meaning, we would gain more insights about religious authority, beliefs and practices in the Muslim world today if we think of it as resilient discourses and devices: a manoeuvre of shared vantage points of resilience between the cleric and the community.

However, the ECFR's type of resilience has major limitations. In terms of discourse, it keeps theology central to ethics rather than making the transition from theology to anthropology. Contrary to the right belief in which the ECFR makes no compromise and displays attachment to Sunnī orthodoxy, in terms of orthopraxy, it makes an ethical turn allowing practical reason to operate in the case of shutting down the mosques.

The ECFR operates in a global context, whose links to the European context are vague at best. This makes the resilience of devices dependent on other variables including mediators of discourse inside Europe, mainly activists, imams and preachers who are more rooted in European

⁴⁴ Al-Azhar's *fatwā* on coronavirus in mid-March 2020, stated that "it is binding by the virtue of Islamic law to *Ṣarī'a*, all citizens to adhere to the instructions and guidelines issued by the health authorities to limit and eliminate the spread of the virus, as well as obtain information from

competent official sources". See www.elna-baa.net/815192 (last accessed 15.08.2020)

⁴⁵ Samuli Schielke: Being Good in Ramadan. Ambivalence, Fragmentation, and the Moral Self in the Lives of Young Egyptians, in: *Journal of the Royal Anthropological Institute* 15.1 (2009), pp. 24–40; id.: *Second Thoughts*.

settings. Despite some progress in terms of digital innovation, language and communication of the ECFR remain widely traditionalistic. This could be explained by the tendency of these *fatāwā* to compete with Salafism, a school of thought much more rigid in its ethical discourse.

All in all, what seems to drive the coronavirus *fatāwā* is a sense of practical wisdom and context. Yet, the ECFR's resilient tools and ethical discourse are mostly resources of re-asserting the traditional authority of the cleric.

Abdessamad Belhaj is a researcher in Islamic studies at the University of Louvain-CISMOC (Belgium) with focus on Islamic ethics, authority and hermeneutics. He published in 2015 *The Ethical Thesis: Practical Reason in Islamic Legal Hermeneutics* and several articles on Islamic law and ethics. His latest book is *La pensée évidente: étude des notions fondamentales de la pensée musulmane contemporaine* published in 2018 by the University Press of Louvain.

Maḍāhib in der Moderne: Kontinuität und Wandel des traditionellen maḍhab-Wesens innerhalb der gegenwärtigen kollektiven Fiqh-Gremien

Ahmed Gad Makhoul

Abstract

One of the most important Islamic legal discourses at the turn of the 20th century was the debate about the maḍāhib (schools of law) and their ability to deal with modern questions. This debate involved many parts of the Islamic world. As a result of this debate Islamic law and the maḍāhib underwent fundamental changes. These developments include the establishment of collective fiqh-bodies that offer an institutional implementation of this change. The present study aims to contribute to the investigation of the maḍhab character in the present focusing on continuity and/or change on the theoretical level of maḍāhib, i. e. normative material or substantive law and the methodological procedure. Thus, it is intended to develop a realization between the Islamic legal heritage as a product of individual schools of law or rather maḍāhib and the current practices of Islamic law that is the current legal finding within the current collective fiqh-bodies.

A Einführung in die Thematik

Die Herausbildung der *maḍāhib* (Sg. *maḍhab*, ‚Rechtsschule‘) bildet einen der wichtigsten Wendepunkte in der Geschichte des islamischen Rechts. Durch die Etablierung des *maḍhab*-Wesens im 4./10. Jahrhundert hat das islamische Recht sowohl auf inhaltlicher als auch auf struktureller Ebene eine Festigung erfahren. Somit entstanden *maḍāhib* als Gruppen von Rechtsgelehrten, welche bei der Normenfindung der rechtlichen Methodik und den Prinzipien ihres Imams (Rechtsschulbegründers) folgen. Jahrhundertlang wurden die islamrechtliche Normenfindung und -fortbildung innerhalb der jeweiligen sich abgrenzenden *maḍāhib* parallel praktiziert. In der Moderne wurde sodann dieses *maḍhab*-Wesen infrage gestellt.

Schon um die Wende zum 20. Jahrhundert wurde darüber eine heftige Diskussion eröffnet, die nicht geographisch begrenzt war, sondern in vielen Teilen der islamischen Welt geführt wurde. Im Zuge dessen wurde das traditionelle *maḍhab*-Wesen und seine Fähigkeit, auf die modernen gesellschaftlichen Anforderungen zu reagieren bzw. entsprechende Rechtsnormen abzuleiten, welche den modernen Fragestellungen gerecht werden, in Frage gestellt. Aus der Diskussion über die *maḍāhib* resultierten sukzessive fundamentale Änderungen im Rechtsschulsystem, welche u. a. die Struktur und die Methodologie der Normenfindung betreffen. Daher wurden bald vermehrt Stimmen laut, welche von einem weitgehenden Niedergang der *maḍāhib* sprachen bzw. ihre Funktionen und Anwendbarkeit in der Gegenwart anzweifeln.¹ In diesem Kontext konstatiert

¹ Vgl. Eyyup Said Kaya: Continuity and Change in Islamic Law: The Concept of Madhhab and the Dimensions of Legal Disagreement in Ḥanafī Scholarship of the Tenth Century, in: *The Islamic School of Law: Evolution, Devolution and Progress*, hrsg. von Peri Bearman, Rudolph Peters

und Frank E. Vogel, Cambridge 2005, S. 40; Brinkley Messick: Madhabs and Modernities, in: *The Islamic School of Law: Evolution, Devolution and Progress*, hrsg. von Peri Bearman, Rudolph Peters und Frank E. Vogel, Cambridge 2005, S. 161 und Fachrizal A. Halim: Reformulating the

Brinkley Messick, dass die *maḍāhib* in der Moderne schließlich aufgelöst oder zumindest fundamental transformiert wurden. Er rechtfertigt diese Annahme damit, dass viele charakteristische Aktivitäten der vormodernen *maḍāhib*, wie Rechtschöpfung, Unterricht, Autorschaft, Fatwa-Erteilung und Rechtsprechung, verloren gegangen seien. Ferner sei laut Messick in der Gegenwart die Relevanz der *maḍāhib* oftmals auf ihre Funktion als normativer Referenzpunkt bzw. auf ihre Rolle in der Vergangenheit beschränkt. Zudem seien grundlegende Brüche in ihrer Beziehung zu den Rechtsgelehrten und zum islamischen Recht im Allgemeinen ersichtlich. Somit seien die *maḍāhib* in den Hintergrund der islamischen Rechtsgeschichte gerückt.² Auf ähnliche Weise betonen andere Forscher die Fortsetzung des Rechtserbes der *maḍāhib* als Bezugspunkt für die Behandlung von gegenwärtigen Fragestellungen, vor allem in Form der Fatwa-Erteilung. Außerdem stellen sie eine Neuformulierung oder Transformation der normativen Inhalte dieser *maḍāhib* durch die Verlagerung ihrer Tätigkeit in den Cyberspace³ oder durch rechtsschulübergreifende Untersuchung sowohl einzelner Gelehrter als auch von Institutionen⁴ fest. Im Großen und Ganzen stellen diese Abhandlungen im Zuge ihrer aktuellen Bewertung der *maḍāhib* in der Moderne fest, dass die Anwendung der *maḍāhib* auf eine einzige ihrer vormodernen Funktionen reduziert wird, nämlich jene, als Referenz für islamrechtliche Praktiken bzw. als Instanz zur Fatwa-Erteilung zu fungieren.

Zu den entscheidenden Entwicklungen des gegenwärtigen islamischen Rechts infolge der Kritik an den *maḍāhib*, welche auf methodologischer und

struktureller Ebene einen Wandel des *maḍhab*-Wesens herbeiführten, gehört die Genese von kollektiven *Fiqh*-Gremien. Hierbei handelt es sich um zeitgenössische *Fiqh*-Körperschaften, welche sowohl innerhalb als auch außerhalb der islamischen Welt weitverbreitet sind. Diese repräsentieren einen institutionellen Rahmen für die Normenfindung bzw. -fortbildung, beruhend auf dem kollektiven *iğtihād*. In ihren Aufgaben, ihrer Arbeitsweise und Organisation manifestieren sich wesentliche Merkmale, welche gegenüber den traditionellen Rechtsschulen sowohl eine Kontinuität als auch einen Wandel bzw. eine zeitlich bedingte Transformation deutlich machen. Zu diesen *Fiqh*-Körperschaften gehören beispielsweise Fatwa-Gremien (*liğān*, Sg. *lağnat fatwā*), Scharia-Boards der islamischen Banken (*hai'āt*, Sg. *hai'at ar-raqāba aš-šar'īya*), Scharia-Councils und vor allem Rechtsakademien (*mağāmi' fiqhīya*, Sg. *mağma' fiqhī*).

Das Ziel der vorliegenden Studie ist es, einen Beitrag zur Untersuchung der Umstände des *maḍhab*-Wesens in der Moderne, insbesondere in Folge der innermuslimischen Debatte über das *maḍhab*-Wesen um die Wende zum 20. Jahrhundert zu leisten, wobei der Fokus auf den Entwicklungen liegen soll, die die Arbeit der gegenwärtigen kollektiven *Fiqh*-Gremien bzw. Körperschaften des kollektiven *iğtihād* prägen. Somit besteht die Intention darin, das Verhältnis der kollektiven *Fiqh*-Gremien der Gegenwart zum vormodernen Rechtsschulwesen auf der Ebene der fachlichen Arbeit und der Struktur herauszuarbeiten. Anhand dessen soll die Reaktion dieser *Fiqh*-Körperschaften auf die an den *maḍāhib* geübte Kritik veranschaulicht werden.

Madhhab in Cyberspace Legal Authority, Doctrines, and Ijtihad among Contemporary Shāfi'ī 'Ulamā', in: *Islamic Law and Society* 22 (2015), S. 2.

² Vgl. Messick: *Madhabs and Modernities*, S. 161.

³ Siehe z. B. Halim: *Reformulating the Madhhab*, S. 1–23.

⁴ Siehe z. B. Ihsan Yilmaz: *Inter-Madhhab Surfing, Neo-Ijtihad, and Faith-based Movement Leaders*, in: *The Islamic School of Law: Evolution, Devolution and Progress*, hrsg. von Peri Bearman, Rudolph Peters und Frank E. Vogel, Cambridge 2005, S. 191–206.

Zur Erfüllung dieses Untersuchungsinteresses ist es vorweg unabdingbar, sich zunächst einen Überblick über die kennzeichnenden Merkmale der Arbeitsweise und Organisation der traditionellen *maḍāhib* zu verschaffen. Diese Darlegung soll als Grundlage für die Gegenüberstellung zwischen den gegenwärtigen *Fiqh*-Gremien bzw. den herkömmlichen Rechtsschulen in Bezug auf diese Merkmale dienen. Daran schließt sich eine Auseinandersetzung mit der innermuslimischen Debatte über die herkömmlichen *maḍāhib* und ihre Bedeutung für das moderne Leben an, welche die Entwicklungen der folgenden Jahrzehnte wesentlich beeinflusste. Sodann soll die Aufmerksamkeit auf die Entstehung der neuen kollektiven *Fiqh*-Gremien und die Darstellung der charakteristischen Merkmale ihrer Arbeitsweise und Organisation im Verhältnis zum traditionellen *maḍhab*-Wesen in institutioneller und fachlicher Hinsicht gelenkt werden.

B Charakteristika der Arbeitsweise und Organisation des traditionellen *maḍhab*-Wesens

Bei diesem Punkt geht es sich nicht um eine Darlegung der Entstehungsgeschichte der Rechtsschulen, sondern vielmehr darum, charakteristische Merkmale der Aufgaben, Arbeitsweise und Organisation der vormodernen *maḍāhib* vor Augen zu führen bzw. zu beleuchten, um die *maḍāhib* und ihre Charakteristika beurteilen zu können.⁵

Der Begriff *maḍhab* findet in verschiedenen islamischen Disziplinen Anwendung. Im Bereich der islamischen Jurisprudenz nimmt der Begriff *maḍhab* verschiedene Bedeutungen an. Im Zen-

trum steht *maḍhab* im Sinne der Meinung, die ein Rechtsgelehrter zu einem konkreten Fall vertritt. Ebenso repräsentiert die Bezeichnung *maḍhab* oft die innerhalb einer Schule anerkannte Ansicht in Bezug auf eine Frage, welche in der Regel von allen Anhängern derselben Schule vertreten wird. In diesem Verständnis wird eine Meinung als *al-maḍhab* (mit dem bestimmten Artikel) charakterisiert, wenn diese die normative Standarddoktrin der Schule repräsentiert und bei der Urteilsfällung und Fatwa-Erteilung allgemein akzeptiert ist. Darüber hinaus bezieht sich *maḍhab* auf eine Rechtsschule als eine Gruppe von Rechtsgelehrten, die sich bei der Rechtsfindung auf die Arbeitsweise eines Rechtsschulbegründers stützt, nach welchem die entsprechende Schule benannt wurde. Diese Assoziationen von *maḍhab* traten während der gesamten islamischen Geschichte parallel zueinander auf und wurden in verschiedenen Kontexten variabel verwendet. All diese Bedeutungen waren etwa um die Mitte des 4./10. Jahrhunderts präsent.⁶ In diesem letzteren Sinne wird der Begriff *maḍhab* im Folgenden verwendet werden.

Die Etablierung des Rechtsschulsystems erzeugte feste Strukturen und Praktiken, die eine gewisse Standardisierung in rechtlicher Hinsicht, Weitergabe von Wissen und eine Autorität ermöglichten. So präsentiert jedes *maḍhab* ein umfassendes Wesen mit verschiedenen Dimensionen, darunter eine interpretative, rechtliche, pädagogische und soziale Dimension. Im Laufe der islamischen Rechtsgeschichte bildeten die *maḍāhib* hinsichtlich ihrer Lehre und Struktur kennzeichnende Merkmale heraus, welche im Folgenden zusammenfassend dargelegt werden sollen.

⁵ Zu diesem Punkt siehe Joseph Schacht: *An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1982; Christopher Melchert: *The Formation of the Sunni Schools of Law: 9th–10th Centuries C. E.*, Leiden 1997; Wael B. Hallaq: From Regional to Personal Schools of Law? A Reevaluation, in: *Islamic Law*

and Society 8 (2001), S. 1–16 und ders.: *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge 2004.

⁶ Vgl. Melchert: *The Formation of the Sunni Schools of Law: 9th–10th Centuries C. E.*, S. xv–xvi und Hallaq: *The Origins and Evolution of Islamic Law*, S. 150 ff.

Die Hauptaufgabe eines *maḍhab* besteht darin, durch die Auslegung der heiligen Texte oder im Falle von Sachverhalten, die in den heiligen Texten nicht geregelt werden, mithilfe anderer kontextuell bedingter Quellen bzw. Methoden, wie des Allgemeinwohls (*maṣlaḥa*), des Gewohnheitsrechts (*urf*) oder der Billigkeitserwägung (*istiḥsān*) – entsprechend der jeweiligen Rechtsschule – rechtliche Normen zur Regelung des Gesellschaftslebens abzuleiten. So verfolgen die Rechtsschulen bezüglich ihrer Lehren bestimmte Absichten, zu welchen die Rechtsgewinnung bzw. die Entwicklung von materiellem Recht, die Systematisierung und Fortbildung dieses normativen Inhalts sowie das Garantieren der Anwendbarkeit der normativen Lehre der Schule gehören. Hinzu kommt die Weitergabe dieses Wissens durch Lehrtätigkeit. Zur Erfüllung dieser Aufgaben bedienen sich die Rechtsschulen verschiedener methodischer Instrumente, und zwar *iḡtihād*, *tahriḡ* und *tarḡih*.

Die tatsächliche Anwendung dieser Methoden spiegelt sich in der von den unterschiedlichen Rechtsschulen vorgeschlagenen Einstufung des *iḡtihād* bzw. der Einteilung der *muḡtahids* in diverse Ränge wider, welche die *muḡtahids* sowohl chronologisch als auch entsprechend ihrer Qualifikationen unterscheiden.⁷ In der Anfangsphase der *maḍāhib* wurde häufig ein uneingeschränkter

oder absoluter *iḡtihād* (*iḡtihād mustaqill* oder *muṭlaq*), basierend auf einer unmittelbaren Beschäftigung mit religiösen Texten – insbesondere der Rechtsschulbegründer – für die Ableitung von Rechtsnormen praktiziert.

Mit der Etablierung der Rechtsschulen etwa um die Mitte des 4./10. Jahrhunderts nahm die Praxis des uneingeschränkten oder absoluten *iḡtihād* ab. Stattdessen wurde von den darauffolgenden Anhängern der Schule vom *tahriḡ* Gebrauch gemacht. So vollzog sich die Normenfortbildung auf Basis der von den Imamen der Rechtsschulen und ihren ersten Schülern etablierten Prinzipien und Methoden der Rechtsfindung. Außerdem beurteilten die späteren Rechtsgelehrten die neu auftretenden Fragen durch die Analogie zu alten Fragen, welche bereits von Imamen der Rechtsschulen geregelt wurden. Die Anwendung des *tahriḡ* trug zur Weiterentwicklung der *maḍāhib* bei.⁸ Aus dem praktizierten individuellen *iḡtihād* resultierte eine Vielzahl an Meinungen. Daraufhin begannen die Gelehrten der verschiedenen *maḍāhib* gegen Ende des 6./12. Jahrhunderts, die diversen Ansichten innerhalb ihrer Schule abzuwägen (*tarḡih*) und sich für eine Auffassung (*al-maḍhab* oder *ar-rāḡih*) zu entscheiden, welche die Rechtsschule von nun an repräsentieren und bei der Fatwa-Erteilung und Rechtsprechung berücksichtigen sollte.⁹

⁷ Vgl. Wael B. Hallaq: Was the Gate of Ijtihad Closed?, in: *International Journal of Middle East Studies* 16.1 (1984), S. 29. Dazu Abbas Poya: *Anerkennung des Iḡtihād – Legitimation der Toleranz. Möglichkeiten innerer und äußerer Toleranz im Islam am Beispiel der Iḡtihād-Diskussion*, Berlin 2003, S. 69.

⁸ Zur Rolle des *tahriḡ* bei der Weiterentwicklung der Schulen siehe: Wael B. Hallaq: From Fatwās to Furū': Growth and Change in Islamic Substantive Law, in: *Islamic Law and Society* 1.1 (1994), S. 51 f.; Hallaq: *The Origins and Evolution of Islamic Law*, S. 160 ff.; sowie Melchert: *The Formation of the Sunni Schools*, S. 136. Dazu

Benjamin Jokisch: Recht und Rechtsschule: Institutionalisierung und Dynamisierung normativen Wissens im klassischen Islam, in: *Wissen in Bewegung. Institution – Iteration – Transfer*, hrsg. von Eva Cancik-Kirschbaum und Anita Traninger, Wiesbaden 2015, S. 251.

⁹ Vgl. Rudolph Peters: What Does it Mean to Be an Official Madhhab? Hanafism and the Ottoman Empire, in: *The Islamic School of Law: Evolution, Devolution and Progress*, hrsg. von Peri Bearman, Rudolph Peters und Frank E. Vogel, Cambridge 2005, S. 149 ff. und Jokisch: Recht und Rechtsschule, S. 251.

Zu den charakteristischen Merkmalen der traditionellen *maḍāhib* zählt der autoritative Charakter ihrer Lehre. Im Laufe der Jahrhunderte entwickelten die Schulen maßgebliche Sammlungen von Rechtsauffassungen und Lehren, die die Anhänger der Schule befolgen und anwenden sollten. Somit entstand innerhalb jeder Schule eine klare Hierarchie von Autoritäten und Meinungen. Im Mittelpunkt eines *maḍhab* stehen die Lehren und die Rechtsmethodik des Imams bzw. Schulbegründers als uneingeschränkter *muḡtahid*. Diese werden als die höchste Autorität angesehen. Daneben stellen die Ansichten seiner ersten Schüler und deren Beiträge eine anerkannte Autorität dar. Die Anhänger jedes *maḍhab* pflegten, je nach ihrer juristischen Tätigkeit, den Lehren des Imams bei ihrer Rechtsprechung, Fatwa-Erteilung oder in ihrer Lehrtätigkeit zu folgen und diese weiterzugeben.¹⁰ Ebenso stellt Makdisi fest:

[E]ach school consisted of a leader (*imām*), with followers (*aṣḥāb*). The criterion of leadership was universal acceptance of the one with the greatest knowledge of Islamic law.¹¹

Ein anschauliches Beispiel sind die Lehren von Abū Ḥanīfa (gest. 150/767) und seinen Schülern Abū Yūsuf (gest. 182/798) und Muḡammad ibn al-Ḥasan aš-Šaibānī (gest. 189/804) – also *zāhir ar-riwāya*, welche die eher zutreffenden Rechtsauffassungen innerhalb der ḥanafitischen Schule repräsentieren. In diesem Kontext dient diese Lehre als Referenz bzw. Ausgangspunkt bei der Rechtsgewinnung bzw. der Normenfortbildung, Rechtsprechung oder Fatwa-Erteilung. Überdies

repräsentiert der Rekurs auf Auffassungen des Imams und jene von früheren Rechtsgelehrten der jeweiligen Schule einen wesentlichen Teil der islamrechtlichen Argumentation. Hierbei bildeten die früheren Werke und die Lehre eines *maḍhab* die Basis für die Meinung der Juristen.¹²

Ein weiteres wesentliches Charakteristikum der Rechtsschulen besteht darin, dass diese sich inhaltlich voneinander abgrenzen. Jede Rechtsschule stützt sich auf einen Textkorpus, der als Tresor für rechtliche Argumente, Lehren, richterliche Urteile und Rechtsgutachten ihrer führenden Gelehrten gilt. Die Erstellung dieses Literaturkorpus dient einerseits der Organisation und Weiterentwicklung der jeweiligen Schule. Andererseits trägt dies entscheidend zur Abgrenzung der besonderen Rechtsdiskurse der Schulen bei. Diese Abgrenzung betrifft sowohl materielle Rechtsnormen als auch methodologische Grundsätze, die die äußeren Grenzen eines *maḍhab* als kollektive Einheit ausmachen und von den Anhängern der *maḍāhib* gewahrt werden mussten.¹³ So oblag es ihnen, die diversen Rechtsauffassungen abzuwägen (*tarḡīḥ*) und sich für diejenige Auffassung zu entscheiden, welche innerhalb der Grenzen des *maḍhab* lag bzw. diese nicht wesentlich überschritt. Diese bevorzugten Ansichten (*rāḡīḥ*) repräsentieren die geltenden Normen eines *maḍhab*, welche eine Rechtsschule hinsichtlich der Rechtsprechung oder Erteilung von Rechtsgutachten von den anderen unterschied. Ferner wurden die etablierten Meinungen in den Rechtsschulen zu Ausbildungszwecken verwendet.¹⁴

¹⁰ Vgl. Melchert: *The Formation of the Sunni Schools*, S. 32 und 40; Wael B. Hallaq: *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunnī Uṣūl al-Fiqh*, Cambridge 1997, S. 16 f. und Hallaq: *The Origins and Evolution*, S. 155 f.

¹¹ George Makdisi: *The Significance of the Sunni Schools of Law in Islamic Religious History*, in: *IJMES* (1979), S. 6.

¹² Vgl. Jokisch: *Recht und Rechtsschule*, S. 246 f. und Kaya: *Continuity and Change in Islamic Law*, S. 39.

¹³ Hallaq: *The Origins and Evolution*, S. 156 f.

¹⁴ Vgl. Naḡm ad-Dīn Aḡmad ibn Ḥamdān: *Ṣifat al-Fatwā wa-l-Muḡtī wa-l-Mustaḡtī*, Damaskus 1380 H., S. 113 f.; Wael B. Hallaq: *Authority, Continuity and Change in Islamic Law*, Cambridge 2001, S. 125 ff. und 133 ff. sowie Thomas Bauer: *Die Kultur der Ambiguität: eine andere Geschichte des Islams*, Berlin 2011, S. 165, 171 und 173.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass diese Entwicklungen die Entstehung der islamischen Rechtsschule als eine bedeutsame soziale und pädagogische Kategorie im Wesentlichen kennzeichnen.

Von besonderer Relevanz für die vorliegende Studie ist das angewandte Normenfindungsverfahren. Trotz des kollektiven Charakters der traditionellen *maḍāhib* sind diese auch durch eine individuelle Arbeitsweise bei der Rechtsfindung und Normenfortbildung charakterisiert. In diesem Kontext betont auch Makdisi die individuelle Dimension der Normenfindung im traditionellen Rechtsschulwesen:

The idea of a school of law implies a body of doctrine followed by the members of that school; but this idea does not accord with a system wherein juriconsults are expected to arrive at legal opinions individually after reflecting upon the sources of the law to the best of their ability, that is, after practising *ijtihād*, personal reasoning, a very individual activity. The result of this *ijtihād* is the *fatwā*, or legal opinion. There was no such thing as a *fatwā* arrived at by a committee of juriconsults, let alone by a whole school of them.¹⁵

Somit bildete diese Art und Weise der angewandten Rechtsfindung und Normenfortbildung im traditionellen *maḍhab*-Wesen den Hauptgrund für eine weitgehende Diversität und Pluralität der Rechtsauffassungen im vormodernen islamischen Recht – nicht nur zwischen den diversen Rechtsschulen, sondern auch innerhalb einer einzigen Rechtsschule.¹⁶ Diese Feststellung machte bereits der prominente Šāfi‘it Yaḥyā ibn Šaraf ad-Dīn an-Nawawī (gest. 676/1277). In der Einleitung sei-

nes Buchs *al-Maḡmū‘* betont er die unterschiedlichen Rechtsauffassungen in den Werken des šāfi‘itischen *maḍhab*, sodass keine Ansicht mit Gewissheit als überwiegende innerhalb der Rechtsschule identifiziert werden könne. Zur Bestimmung einer eher zutreffenden Ansicht (*rāḡiḥ*) innerhalb des šāfi‘itischen *maḍhab* verfasste an-Nawawī sein *al-Maḡmū‘*.¹⁷

In einer sozialen Dimension gilt ein *maḍhab* als Gemeinschaft oder Vereinigung, deren Anhänger – neben der Einhaltung einer gemeinsamen hermeneutischen Methode – auch oft theologische Ansichten und kulturelle Werte sowie kollektive soziale Interessen teilten. Trotzdem zeichnet sich das islamische Normensystem durch innere Pluralität und Diversität aus. Diese Eigenschaft manifestiert sich nicht nur zwischen den diversen Rechtsschulen, sondern auch innerhalb einzelner Rechtsschulen. So verfügte jede Rechtsschule strukturell über Netzwerke und Sub-Schulen bzw. Zentren. Diese Sub-Schulen oder Gelehrtenkreise repräsentierten unterschiedliche rechtliche Ansichten, aufgrund derer jede Gruppe als separate Einheit galt. Jenen Zentren schlossen sich verschiedene Gelehrte und Laien an. Die ḥanafitische Rechtsschule hatte Hauptzentren im Irak, in Balch und Buchara. Außerdem gab es zwei weitere Gruppen in Samarkand und Nischapur, welche aber im Gegensatz zu den anderen drei Gruppen keine eigene Richtung entwickelten.¹⁸ Ebenso hatte die mālikitische Rechtsschule einige Sub-Schulen, nämlich die medinensische, die ägyptische, die irakische und die maghrebini-sche (Nordafrika und Andalusien). In manchen Fällen vertraten diese Sub-Schulen hinsichtlich derselben Frage unterschiedliche Rechtsauffassungen als *mašhūr*. Hierbei sollten die Schulen in

¹⁵ Makdisi: The Significance of the Sunni Schools, S. 1.

¹⁶ Vgl. Makdisi: The Significance of the Sunni Schools, S. 2; Hallaq: Authority, *Continuity and Change*, S. 125; Bauer: *Die Kultur der Ambiguität*, S. 42–45 und Poya: *Anerkennung des Ijtihād*, S. 123 f.

¹⁷ Vgl. Muḥī ad-Dīn an-Nawawī: *Kitāb al-Maḡmū‘ Šarḥ al-Muḥaḍḍab*, Jedda 1980, Bd. 1, S. 18.

¹⁸ Vgl. Kaya: *Continuity and Change in Islamic Law*, S. 27–30.

folgender Reihenfolge bevorzugt werden: 1. die ägyptische; 2. die medinensische; 3. die maghrebische und 4. die irakische.¹⁹ In Hinblick auf das šāfi‘itische *maḏhab* stellt an-Nawawī fest, dass die über den Überlieferungsweg der irakischen Šāfi‘iten übernommenen Ansichten – sowohl von aš-Šāfi‘ī als auch von seinen Schülern – authentischer als jene seien, die von den aus Chorasān stammenden Šāfi‘iten überliefert wurden. Somit habe in geographischer Hinsicht der irakische Überlieferungsweg Vorrang (*tarǧīḥ*) vor dem chorasānischen.²⁰ Beide Richtungen spalten sich wiederum in einen ägyptischen und jemenitischen bzw. südostasiatischen Zweig. Diese rechtliche Pluralität innerhalb der Schulen resultierte zum Teil aus besonderen Merkmalen und sozialen Gegebenheiten der verschiedenen Regionen, in denen sich eine Schule ausbreitete, sowie aus den verschiedenen methodischen Ansätzen, die jede Schule bevorzugte. Beispielsweise hat die šāfi‘itische Schule bzw. aš-Šāfi‘ī das *maṣlaḥa* („Allgemeinwohl“) und das *istiḥsān* („Billigkeitserwägung“) zurückgewiesen, während das *maṣlaḥa* bei der mālikitischen Rechtsschule und das *istiḥsān* bei der ḥanafitischen Schule maßgeblich anerkannt und weitgehend verwendet werden. Ferner wiesen die *maḏāhib* gewisse institutionelle Merkmale auf. Diese lassen sich, nach Jokisch, durch eine Leitidee, einen Gründungsmythos, die Kanonisierung und die Organisation der Rechtsschulen nachvollziehen. Im Rahmen dieser Institutionen

sollte eine normative Ordnung entwickelt, übermittelt und fortentwickelt werden.²¹ Während des 4./10. Jahrhunderts entstanden die *maḏāhib* als institutionelle Einheiten. Durch die Einrichtung von Madrasas im 5./11. Jahrhundert fungierten die *maḏāhib* zunehmend als formale und strukturelle Institutionen.²²

Die im Vorangehenden dargestellte Konzeption des *maḏhab*-Wesens dauerte bis in die Neuzeit an. Sodann wurden vermehrt Stimmen laut, welche zu einer Überprüfung und Neubewertung der traditionellen *maḏāhib* aufriefen. Gleichzeitig erfuhr das bestehende Rechtsschulsystem von Seiten einiger Autoren heftige Kritik. Der folgende Abschnitt wird sich mit der Debatte über die *maḏāhib* in der modernen Zeit befassen.

C Die innermuslimische Debatte über die *maḏāhib* in der Moderne

Auf die Herausforderungen der Moderne reagierten viele muslimische Rechtsgelehrte in verschiedenen islamischen Ländern mit einer Reformbewegung, indem sie eine innere Erneuerung des islamischen Rechts und die Öffnung des Tores zum *iǧtihād* forderten. Im Zuge dieser Reformbewegungen und der Neubewertung der eigenen Kultur während der Kolonialzeit wurde die Stellung der juristischen *maḏāhib* und ihr Einfluss auf das muslimische Leben in Frage gestellt.²³ Schon in der frühen Neuzeit gab es Aufforderungen dazu,

¹⁹ Vgl. ‘Alī al-‘Adawī: *Šarḥ Muḥtaṣar Ḥalīl li-l-Ḥurašī / Ḥāšiyat al-‘Adawī* 1, Beirut o. J., S. 49; Ibrāhīm Ibn ‘Alī Ibn Farḥūn: *Tabṣīrat al-Ḥukkām fī Uṣūl al-Aqādiya wa-Manāhiǧ al-Aḥkām* 1, Riad 2003, S. 56 f.

²⁰ Vgl. Ibn Ḥamdān: *Šīfat al-Fatwā*, S. 39 f. und an-Nawawī: *Kitāb al-Maǧmū‘*, S. 112.

²¹ Vgl. Jokisch: *Recht und Rechtsschule*, S. 244 ff.

²² Zum Verhältnis zwischen *maḏhab* und Madrasa, siehe z. B. Ephrat Daphna: *Madhhab and Madrasa in Eleventh-century Baghdad*, in: *The Islamic School of Law: Evolution,*

Devolution and Progress, hrsg. von Peri Bearman, Rudolph Peters und Frank E. Vogel, Cambridge 2005, S. 77–93.

²³ Vgl. Bülent Uçar: *Recht als Mittel zur Reform von Religion und Gesellschaft. Die türkische Debatte um die Scharia und die Rechtsschulen im 20. Jahrhundert*, Würzburg 2005, S. 48 und 54 f.; Rudolph Peters: *Ijtihād and taqlid in 18th and 19th Century Islam*, in: *Die Welt des Islams* 20 (1980), S. 131; Mathias Rohe: *Das islamische Recht. Geschichte und Gegenwart*, München 2009, S. 189 und Birgit Krawietz: *Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam*, Berlin 2002, S. 405–408.

die Grenzen der *maḍāhib* aufzuheben oder zu überschreiten, welche auf prominente Reformer wie Šāh Walī Allāh (gest. 1762) und aš-Šaukānī (gest. 1839) zurückzuführen sind. Um die Mitte des 20. Jahrhunderts kam eine zunehmend ablehnende Haltung gegenüber der Verbundenheit mit den herkömmlichen *maḍāhib* zum Vorschein.²⁴ Des Weiteren entbrannte in verschiedenen Teilen der islamischen Welt, insbesondere im arabischen Raum, in der Türkei und später auch in anderen Gebieten wie Indonesien und Indien eine heftige Debatte über die *maḍāhib*.²⁵ Allerdings ist die Aufmerksamkeit dieser Studie hauptsächlich auf den arabischen Raum gerichtet, da die kollektiven *Fiqh*-Gremien, deren Verhältnis zum traditionellen *maḍhab*-Wesen im Rahmen der vorliegenden Studien herausgearbeitet werden soll, hier besonders prominent sind.

In dieser Diskussion kristallisierten sich drei Positionen bzw. Gruppen heraus, deren Stellungen mit ihren Auffassungen vom *iğtihād* eng verbunden sind. Die erste Gruppe wird *lā-maḍhabīyūn* (‚diejenigen, die die Autorität einer *maḍhab* ablehnen‘) genannt und ihre Vertreter – zu denen Nūr al-Ḥusn ibn Šiddīq Ḥān (1862–1918), Mu-

ḥammad Sulṭān al-Ma‘šūmī al-Ḥuḡandī (1880–1960) und Muḥammad Nāšir ad-Dīn al-Albānī (1914–1999) gehören – werden der wahhabitischen bzw. salafitischen Denkrichtung zugeordnet.²⁶ Diese Gruppe machte den *taqlīd* (Befolgung bzw. Nachahmung einer bestimmten Rechtsschule und die Verbundenheit mit ihr bei der Rechtspraxis) und den Rechtsschulfanatismus für die Rückständigkeit und den Streit der Muslime verantwortlich. Durch die Ausübung des *iğtihād*, der sich unmittelbar auf den Koran und die Sunna bezieht, könne dieser Streit geschlichtet werden.²⁷ Sie bezogen sich somit auf den höchsten Rang des *iğtihād*, nämlich den absoluten bzw. unabhängigen *iğtihād*, bei dem ein Gelehrter seine eigenen Grundlagen der Rechtsfindung anwendet, unabhängig von den Methoden der anderen Gelehrten, wie den Gründern der vier Rechtsschulen.²⁸ Die Exponenten dieser Richtung betonten, dass die Gründer der vier Rechtsschulen den *taqlīd* verboten hätten, weshalb die Verpflichtung gegenüber einer der vier Rechtsschulen eine *bid‘a* (negative bzw. nicht den ursprünglichen islamischen Normen entsprechende ‚Neuerung‘) sei.²⁹ Demzufolge hätten es u. a. Rašīd Riḍā (1865–

²⁴ Vgl. Messick: *Madhabs and Modernities*, S. 161 f.

²⁵ Vgl. Uçar: *Recht als Mittel zur Reform*, S. 105 und Nadirsyah Hosen: *Nahdlatul Ulama and Collective Ijtihad*, in: *New Zealand Journal of Asian Studies* 6.1 (June 2004), S. 12. Dazu Andreas Neumann: *Rechtsgeschichte, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Islam. Enzyklopädien des islamischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung Ägyptens und der Nasser-Enzyklopädie*, Hamburg 2012, S. 264.

²⁶ Peters rechnet diese Gruppe der fundamentalistischen Tradition zu. Zu ihren Wegbereitern im 18. und 19. Jahrhundert zählt er den indischen Gelehrten Walī Allāh ad-Dihlawī, den Wahhabiten Ḥamad ibn Nāšir ibn Mu‘ammar (gest. 1810), aš-Šaukānī und den Gründer der Sanūsīya Muḥammad ibn ‘Alī as-Sanūsī (1787–1859). Vgl. Peters: *Ijtihād and taqlīd*, S. 131–134. Für ähnliche Positionen in späterer Zeit siehe Krawietz: *Hierarchie der Rechtsquellen*, S. 406 ff.

²⁷ Vgl. Neumann: *Rechtsgeschichte*, S. 86 f.; Muḥammad Sulṭān al-Ma‘šūmī al-Ḥuḡandī: *Hadīyat as-Sulṭān ilā Muslimī al-Yābān. Hall al-Muslim Mulzam bi-Ittibā‘ Maḍhab Mu‘ayyan min al-Maḍāhib al-Arba‘a?*, Kairo 1368/1949, S. 7 ff. und 17 und Stefan Wild: *Muslim und Maḍhab. Ein Brief von Tokio nach Mekka und seine Folgen in Damaskus*, in: *Die islamische Welt zwischen Mittelalter und Neuzeit. Festschrift für Hans Robert Roemer zum 65. Geburtstag*, Wiesbaden 1979, S. 675 ff.

²⁸ Vgl. Wild: *Muslim und Maḍhab*, S. 676 und al-Ḥuḡandī: *Hadīyat as-Sulṭān*, S. 39–44.

²⁹ Vgl. Nūr al-Ḥusn ibn Muḥammad Šiddīq Ḥān: *Aṭ-Ṭarīqa al-Muṭlā fī l-Iršād ilā Tark at-Taqlīd wa-Ittibā‘ mā huwa al-Aulā*, Beirut 2000, S. 33 f. und 70 ff.; und al-Ḥuḡandī: *Hadīyat as-Sulṭān*, S. 8 ff. Dazu Peters: *Ijtihād and taqlīd*, S. 141 f. und Krawietz: *Hierarchie der Rechtsquellen*, S. 406 ff.

1935) und al-Ḥuḡandī³⁰ für notwendig gehalten, zunächst die Rechtsschulen, die oft in Widerspruch zu der Sunna stehen oder sich auf schwache Hadithe beziehen, abzuschaffen.³¹ Später sprachen z. B. ‘Abbāsī und al-Albānī (auch Hasim Nahid aus der Türkei)³² allerdings von einer Vereinigung der *maḍāhib* und der Schaffung eines Einheits-*maḍhab*, um die Einheit der Muslime garantieren zu können.³³

Ihnen gegenüber stehen die Traditionalisten bzw. die Vertreter der *maḍhabīya* (Verfechter der Auffassung von der Notwendigkeit, eine der vier Rechtsschulen zu befolgen).³⁴ Zu den Exponenten dieser Strömung gehören beispielsweise Muḥammad Zāhid al-Kauṭarī (1878–1952), Muḥammad al-Ḥāmid (1910–1969), Aḥmad ‘Izz ad-Dīn al-Bayānūnī (1913–1975) und Muḥammad Sa‘īd Ramaḍān al-Būṭī (1929–2013).³⁵ Diese verteidigten vehement den Fortbestand der herkömmlichen Struktur der Rechtsschulen. Zudem sprachen sie sich gegen die Vereinigung der Rechtsschulen bzw. das Einheits-*maḍhab* aus, weil dadurch ein

Laie bei seiner Wahl eingeschränkt werde.³⁶ Jegliche Erneuerung oder Entwicklung des islamischen Rechts solle auf Basis der vier Schulen durchgeführt werden. Wer den *ig̃tihād* praktizieren will, solle einer der vier Methoden der Gründer der *maḍāhib* folgen. Daher sprachen einige Verfechter der *maḍhabīya*, wie al-Ḥāmid und Muṣṭafā aṭ-Ṭarābulṣī (im türkischen Raum z. B. Kilisli Mehmet Münir³⁷), offen von der Unmöglichkeit, den Rang des absoluten *ig̃tihād* zu erreichen.³⁸ Nennenswert ist außerdem, dass die Anhänger dieser Strömung harte Kritik an den vielen *ig̃tihād*-Versuchen oder *ig̃tihād*-Ansprüchen äußerten.³⁹ Darüber hinaus betonten sie die Anerkennung und Gleichwertigkeit der vier sunnitischen *maḍāhib*. Allerdings kommen die schiitischen oder ḥārīḡitischen Lehrmeinungen für sie nicht infrage.⁴⁰

Die Vertreter der dritten pan-islamischen Richtung bzw. der Modernisten,⁴¹ darunter Muḥammad ‘Abduh (gest. 1905), Muṣṭafā al-Marāḡī (gest. 1945), Muḥammad Yūsuf Mūsā (gest. 1963), Maḥmūd Šaltūt (gest. 1963) und Muḥammad Abū

³⁰ Vgl. al-Ḥuḡandī: *Hadiyat as-Sultān*, S. 6 ff.; Wild: *Muslim und Maḍhab*, S. 678 und Muḥammad Rašīd Riḍā: *Al-Manār* 3, Kairo 1900, S. 640 und Kairo 1901, Bd. 4, S. 162.

³¹ Vgl. al-Ḥuḡandī: *Hadiyat as-Sultān*, S. 8 ff. und 20 ff.

³² Vgl. Uçar: *Recht als Mittel zur Reform*, S. 72.

³³ Vgl. Wild: *Muslim und Maḍhab*, S. 678 und Neumann: *Rechtsgeschichte*, S. 85.

³⁴ Dieselben Gedanken hatte eine Gruppe von Gelehrten in der Türkei um die Wende zum 20. Jahrhundert, zu denen beispielsweise Kilisli Mehmet Münir, İbnül Emin Mahmud Esad (1855–1917) und İskilipli Mehmet Atif (1876–1926) gehören. Diese wurden von Uçar als „konservative Linie“ bezeichnet. Vgl. Uçar: *Recht als Mittel zur Reform*, S. 65–73.

³⁵ Zu den Vorreitern dieser Richtung gehören der Mālikit Muḥammad ‘Illaiš (1802–1883), der Mālikit Muṣṭafā al-Būlāqī (1800–1847) und Dāwūd ibn Sulaimān al-Baḡdādī an-Naqšbandī al-Ḥalīdī (1816–1882). Vgl. Peters: *Ijtihād and taqlīd*, S. 135 Anm. 10.

³⁶ Vgl. Muḥammad Zāhid al-Kauṭarī: *Al-Lā-Maḍhabīya Qanṭarat al-lā-Dīniya*, Kairo 2006, S. 6 ff.; Wild: *Muslim und Maḍhab*, S. 675 und Uçar: *Recht als Mittel zur Reform*, S. 62.

³⁷ Vgl. Uçar: *Recht als Mittel zur Reform*, S. 66.

³⁸ Vgl. Muḥammad al-Ḥāmid: *Luzūm Ittibā‘ Maḍāhib al-A‘imma Ḥasman li-l-Fauḍā ad-Dīniya*, Kairo 1398 H., S. 9–13; Yūsuf ibn Ismā‘īl an-Nabahānī: *Šawāhid al-Ḥaqq fi l-Isti‘āna bi-Sayyid al-Ḥalq*, Beirut 2007, S. 23 ff. und Wild: *Muslim und Maḍhab*, S. 682.

³⁹ Vgl. al-Kauṭarī: *Al-Lā-Maḍhabīya*, S. 6 ff.; Uçar: *Recht als Mittel zur Reform*, S. 62 und 71 und Riḍā: *Al-Manār*, S. 677.

⁴⁰ Vgl. Muḥammad Zāhid al-Kauṭarī: *Maqālāt al-Kauṭarī*, Kairo o. J., S. 124–127 und Muḥammad Sa‘īd al-Būṭī: *Al-Lā-Maḍhabīya Aḥṭar Bid‘a Tuhaddid aš-Šarī‘a al-Islāmiya*, Damaskus 2005, S. 50, 80 und 105–112.

⁴¹ Der Kategorie „Reformlinie“ ordnet Uçar türkische intellektuelle jener Zeit zu, wie z. B. Filibeli Ahmet Hilmi, Seyyid Bey (1873–1925) und Mehmet Akif Ersoy (1873–1936), welche ähnliche Ansichten vertraten. Vgl. Uçar: *Recht als Mittel zur Reform*, S. 74–85.

Zahra (gest. 1974), beabsichtigten, die Scharia an die Moderne anzupassen und den Weg zur Einheit der Muslime zu ebnen. Hierfür sollte der absolute *ig̃tihād* als zentrales Mittel fungieren. Darüber hinaus wird von der Gleichwertigkeit und Anerkennung aller muslimischen Rechtsschulen gesprochen. Hierbei handelt es sich nicht nur um die sunnitischen *maḍāhib*, sondern auch um die zāhiritische, imāmītische, zaiditische und ibāḍitische Schule.⁴² Dahinter steckt die Absicht, die engen Verhältnisse zwischen Sunna, Schia und Ibāḍiya aufzuzeigen, deren Differenzen vergleichbar gering seien wie beispielsweise zwischen den Ḥanafiten und Šāfi‘iten. Etliche Autoren, zu denen Muḥammad Yūsuf Mūsā, Šaltūt, Muḥammad Abū Zahra und Muṣṭafā aš-Šak‘a zählen, riefen dazu auf, den imāmītischen, zaiditischen und ibāḍitischen Rechtsschulen neben den sunnitischen Schulen als Quellen bei der Rechtsfindung zu vertrauen.⁴³

D Die Entstehung der kollektiven *Fiqh*-Gremien

Zu den wesentlichen Entwicklungen des islamischen Rechts im 20. Jahrhundert, welche sich im Anschluss an die oben dargelegte *maḍāhib*-Debatte vollzogen, gehört die Entstehung von zahlrei-

chen *Fiqh*-Gremien, deren Arbeitsweise sich auf den kollektiven *ig̃tihād* stützt. Mit Letzterem ist im Gegenteil zum bisher praktizierten individuellen *ig̃tihād* ein kollektiver, rechtsschulübergreifender und interdisziplinärer Rechtsfindungsprozess gemeint. Das Aufkommen des kollektiven *ig̃tihād* repräsentiert einen entscheidenden Wandel innerhalb des *maḍhab*-Wesens bzw. des islamischen Rechts in der Moderne. Initiiert wurde dieser Wandel durch Forderungen – insbesondere um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert – welchen unterschiedliche Motive zugrunde lagen. Zu den häufigsten Beweggründen gehört die Notwendigkeit der erneuten Öffnung des Tores zum *ig̃tihād*, welcher als Hauptgrund für die Erneuerung des islamischen Rechts und die Neuinterpretation der islamischen Quellen angesehen werden kann. Damit ist die Aussage *galq/insidād bāb al-ig̃tihād* („Schließung des Tores zum *ig̃tihād*“) gemeint, wobei es um die Behauptung geht, dass die *ig̃tihād*-Praxis ab einer bestimmten Zeit nicht mehr zulässig gewesen sei bzw. dass es ab einer bestimmten Zeit keine kompetenten Gelehrten zur Ausübung des *ig̃tihād* mehr gegeben hätte.⁴⁴ Über diese Auffassung kam es nie zu einem Konsens, sondern sie blieb kontrovers diskutiert, wie Hallaq in seiner Abhandlung *Was the Gate of ijti-had Closed?* feststellt:

⁴² Vgl. Neumann: *Rechtsgeschichte*, S. 59 und 85 ff.; Uçar: *Recht als Mittel zur Reform*, S. 58 und 77 ff.; Muḥammad Yūsuf Mūsā: *Al-Madḥal li-Dirāsāt al-Fiqh al-Islāmī*, Kairo 2009, S. 220; Muḥammad Ğauwād Muḡniya: *Al-Fiqh ‘alā al-Maḍāhib al-Ḥamsa*, Beirut 1960, S. 7 f. und Wild: *Muslim und Maḍhab*, S. 675 ff.

⁴³ Vgl. Muḥammad Abū Zahra: *Tārīḥ al-Maḍāhib al-Islāmīya*, Kairo 1963, S. 223 und 268; Rainer Brunner: *Annäherung und Distanz. Schia, Azhar und die islamische Ökumene im 20. Jahrhundert*, Berlin 1996, S. 127, 167–174 und 218 f. und Mūsā: *Al-Madḥal*, S. 159 und 220.

⁴⁴ Ausführlich zu dieser Frage, siehe William Montgomery Watt: *The Closing of the Door of ig̃tihād*, in: *Orientalia Hispanica* 1.1 (1974), S. 675–678; Joseph Schacht: *An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1982; Wael B. Hallaq: *Was the Gate of ijti-had Closed?*, in: *International Journal of Middle East Studies* 16.1 (1984), S. 3–41; Lutz Wiederhold: *Das Manuskript Ms. Orient. A 918 der Forschungsbibliothek Gotha als Ausgangspunkt für einige Überlegungen zum Begriff ‚ig̃tihād‘ in der sunnitischen Rechtswissenschaft*, in: *Zeitschrift der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft* 143 (1993), S. 328–361 und Abbas Poya: *Anerkennung der ig̃tihād-Legitimation der Toleranz*, Berlin 2003.

Up to ca. 500 A. H. there was no mention whatsoever of the phrase ‘insidad bab al-ijtihād’ or any expression that may have alluded to the notion of the closure; [...] the controversy about the closure of the gate and the extinction of mujtahids prevented jurists from reaching a consensus to that effect.⁴⁵

Durch die erneute Öffnung des Tores zum *ijtihād* solle den Bedürfnissen der Moderne Rechnung getragen sowie Religion und Wissenschaft miteinander in Einklang gebracht werden.⁴⁶

Im Zusammenhang mit der Rückbesinnung auf den *ijtihād* wurden jedoch von vielen Seiten Stimmen laut, den *ijtihād* nicht mehr in seiner bisherigen individuellen Form zu praktizieren, sondern in einer weiterentwickelten, welche dazu geeignet ist, die Nachteile des individuellen *ijtihād* zu kompensieren und sich den modernen Lebensanforderungen anzupassen. In den Augen vieler Autoren bildeten die potentiell falschen Ergebnisse des individuellen *ijtihād* einen der wesentlichen Gründe für die Schließung des Tors zum *ijtihād*. Außerdem kritisierten sie das Chaos bei der Normfindung bzw. der Erlassung rechtlicher Gutachten auf Basis des individuellen *ijtihād*. Für sie kann der Fortbestand der *ijtihād*-Praxis einzig und allein in ihrer kollektiven Form garantiert

werden, da auf diese Weise Ergebnisse mit größerer Präzision erzielt werden können.⁴⁷

Somit sehen viele Befürworter des kollektiven *ijtihād* in seinen Institutionen, in welchen die *muḡtahids* sich mit diversen Fragestellungen gemeinsam auseinandersetzen, eine Möglichkeit, jene Konflikte, welche aus der Praxis des *ijtihād* durch einzelne Gelehrte resultieren, einzudämmen.⁴⁸ Darüber hinaus hebt der zeitgenössische Jurist Taufiq aš-Šāwī (gest. 2009) hervor, dass die Erschwernisse und die strengen Voraussetzungen der späteren Gelehrten bezüglich der *ijtihād*-Praxis zum Hindernis für einzelne Wissenschaftler geworden wären. Daraus erkläre sich die gegenwärtige zunehmende Tendenz einer kollektiven Anwendung des *ijtihād*.⁴⁹ Eine weitere Motivation der Aufrufer zum kollektiven *ijtihād* repräsentieren die Bedenken gegenüber der *ijtihād*-Fähigkeit des Einzelnen. Aus diesem Grund befürworteten viele zeitgenössische Gelehrte die Transformation des individuellen in einen kollektiven *ijtihād*. Ein kollektiv-interdisziplinärer *ijtihād*, an dem sich Gelehrte sowie Experten anderer Fachgebiete beteiligen und der sich durch gegenseitige Beratung und Meinungsaustausch auszeichne, eigne sich besser dazu, den modernen Anforderungen und komplexen Fragestellungen gewachsen zu sein.⁵⁰

⁴⁵ Hallaq 1984, S. 4.

⁴⁶ Vgl. Muḡtafā Aḡmad az-Zarqā: *Al-Madḡal al-Fiqhī al-‘Āmm. Iḡrāḡ Ġadīd bi-Taḡwīr fī t-Tartīb wa-t-Tabwīb wa-Zi-yādāt*, Damaskus 1998, S. 248 f.; Uḡar: *Recht als Mittel zur Reform*, S. 93–101; Mūsā: *Al-Madḡal*, S. 213 und 219–224. Dazu Aharon Layish: *The Contribution of the Modernists to the Secularization of Islamic Law*, in: *Middle Eastern Studies* 14 (1978), S. 264 f.; Wiederhold: *Das Manuskript Ms. Orient. A 918*, S. 335 f. und 350 f.; al-Qaraḡāwī: *Al-Iḡtihād fī š-Šarī‘a al-Islāmīya*, S. 14–18 und Roswitha Badry: *Die zeitgenössische Diskussion um den islamischen Beratungsgedanken (šūrā) unter dem besonderen Aspekt ideengeschichtlicher Kontinuitäten und Diskontinuitäten*, Stuttgart, 1998, S. 601.

⁴⁷ Vgl. ‘Abd al-Waḡḡab Ḥallāf: *Maḡādir at-Taḡrī‘ al-Islāmī fī mā lā Naḡḡa Fīh*, Kuwait 1993, S. 13–17; az-Zarqā: *Al-*

Madḡal al-Fiqhī, S. 206 ff. und Muḡammad Muḡtafā Šalābī: *Al-Madḡal fī t-Ta‘rīf bi-l-Fiqh al-Islāmī wa-Qawā‘id al-Milkiya wa-l-‘Uqūd Fīh*, Kairo 1962, S. 270–275.

⁴⁸ Vgl. Layish: *The Contribution of the Modernists to the Secularization of Islamic Law*, S. 265 und Muhammad Qasim Zaman: *Modern Islamic Thought in a Radical Age. Religious Authority and Internal Criticism*, Cambridge 2012, S. 76 und 92.

⁴⁹ Vgl. Taufiq aš-Šāwī: *Fiqh aš-Šūrā wa-l-Istišāra*, al-Manḡšūra 1992, S. 235 und 240.

⁵⁰ Vgl. Ḥalīd Ḥusain al-Ḥalīd: *Al-Iḡtihād al-Ġamā‘ī fī l-Fiqh al-Islāmī*, Dubai 2009, S. 256 ff.; Yūsuf al-Qaraḡāwī: *Al-Iḡtihād fī š-Šarī‘a al-Islāmīya*, Kuwait 1996, S. 182 f.; ‘Abd al-Maḡīd aš-Šarāfi: *Al-Iḡtihād al-Ġamā‘ī fī t-Taḡrī‘ al-Islāmī*, Doha 1998, S. 87 f.

Daraufhin riefen viele Stimmen, insbesondere Vertreter der panislamischen Richtung und allmählich auch Anhänger anderer Gruppen aus unterschiedlichen Gebieten zur Anwendung des kollektiven *iğtihād* auf.⁵¹ Dieser neue Begriff des islamischen Rechts, der erst im 20. Jahrhundert auftauchte und einen Wandel im gegenwärtigen islamischen Recht herbeiführte, wurde sodann von muslimischen Theoretikern genauer definiert.⁵² Unter dem Begriff ‚kollektiver *iğtihād*‘ versteht man ein Normenfindungsverfahren, bei dem mehrere Rechtsgelehrte, die aus verschiedenen Ländern kommen und unterschiedlichen Rechtsschulen angehören, sowie Spezialisten anderer Wissensgebiete an der Ermittlung von islamrechtlichen Normen gemeinsam arbeiten. Mithilfe der Beratung und des Meinungsaustausches treffen die Beteiligten kollektive Entscheidungen. Aufgrund der Idee des kollektiven *iğtihād* entstanden in den folgenden Jahrzehnten verschiedene Umsetzungsformen, wie Fatwa-Gremien, die Scharia-Boards der islamischen Banken, Scharia-Councils und vor allem *Fiqh*-Gremien bzw. Rechtsakademien.⁵³

Im Gegenteil zur bisher praktizierten individuellen Normenfindung wurde die Idee des kollektiven *iğtihād* – insbesondere um die Wende zum 20. Jahrhundert – vor allem im arabischen Raum zunehmend befürwortet. So entstanden in den folgenden Jahrzehnten verschiedene Umsetzungsformen des kollektiven *iğtihād*. Im Laufe des 20. Jahrhunderts entstanden zahlreiche Institutionen – sowohl innerhalb als auch außerhalb der

islamischen Welt – welche den kollektiven *iğtihād* als Normenfindungsmethode auf verschiedenen Ebenen bzw. in diversen Formen umsetzten, wodurch ein Wandel der traditionellen Arbeitsweise im islamischen Recht markiert wurde.⁵⁴ Die auf Basis des kollektiven *iğtihād* entstehenden Institutionen können mittels diverser Dichotomien, wie regional vs. international, offiziell vs. inoffiziell, innerhalb vs. außerhalb der islamischen Welt und die Beschäftigung mit Fragen allgemeiner Natur vs. Fragen aus einem bestimmten Rechtsgebiet typisiert werden. Aufgrund dessen können diese Gremien folgendermaßen unterschieden werden:⁵⁵

1) Internationale *Fiqh*-Gremien, wie *Maḡma‘ al-Fiqh al-Islāmī ad-Daulī* (Die internationale islamische *Fiqh*-Akademie) der Organisation der islamischen Zusammenarbeit in Jeddah, *Maḡma‘ al-Buḡūt al-Islāmīya* (Die Akademie für islamische Studien) der Azhar in Kairo und *Maḡma‘ al-Fiqh al-Islāmī* (Die islamische *Fiqh*-Akademie) der islamischen Weltliga.

2) Regionale *Fiqh*-Gremien, z. B. die Rechtsakademie im Sudan, die irakische Rechtsakademie und der *Majelis Ulama Indonesia*.

3) *Fiqh*-Gremien für muslimische Minderheiten bzw. Muslime in der Diaspora, wie z. B. der *European Council for Fatwa and Research*, der *Fiqh Council of North America* und die *Islamic Fiqh Academy of India*.

4) Nationale Fatwa-Gremien: Es geht hierbei um Fachausschüsse, welche Fatwas auf einer kollektiven Arbeitsweise beruhend für ein bestimmtes Land erteilen, wie etwa das *Majelis Tarjih* der

⁵¹ Zur ausführlichen Darlegung der diversen Aufrufe zur Kollektivierung des *iğtihād* siehe Ahmed Gad Makhlof: *Das Konzept des kollektiven iğtihād und seine Umsetzungsformen: Analyse der Organisation und Arbeitsweise islamischer Rechtsakademien*, Berlin 2018, Kapitel 3.2.

⁵² Zu den verschiedenen Begriffsbestimmungen des *iğtihād* siehe Gad Makhlof: *Das Konzept des kollektiven iğtihād*, Kapitel 3.1.

⁵³ Vgl. aš-Šāwī: *Fiqh aš-Šūrā wa-l-Istišāra*, S. 242; Quṭb Muṣṭafā Sānū: *Al-Iğtihād al-Ġamā‘ī al-Manšūḍ fi Ḍaw‘ al-Wāqī‘ al-Mu‘āṣir*, Beirut 2006, S. 33 ff.; al-Ḥālīd: *Al-Iğtihād al-Ġamā‘ī fi l-Fiqh al-Islāmī*, S. 84 und al-Ġauwād ‘Aṭā: *Al-Iğtihād al-Ġamā‘ī fi Bākistān* 2, S. 1079.

⁵⁴ Vgl. Makdisi: *The Significance of the Sunni Schools*, S. 1 und Krawietz: *Hierarchie der Rechtsquellen*, S. 371.

⁵⁵ Ausführlich zu dieser Typologie siehe Gad Makhlof: *Das Konzept des kollektiven iğtihād*, Kapitel 5.

Muhammadiyah, *Hai'at Kibār al-ʿUlamāʾ* in Saudi-Arabien und die Fatwa-Kommission der Azhar.

5) Spezial-Gremien: Diese Art von Gremien spezialisieren sich auf ein bestimmtes Rechtsgebiet und behandeln praxisbezogene Fragen. Hierzu zählen Spezial-Gremien für finanzielle Angelegenheiten (Scharia-Boards, z. B. das Scharia-Board der Dubai Islamic Bank); spezifische Gremien für familiäre Fragen (Scharia Councils, wie der *Muslim Law (Shariah) Council UK*) und Spezial-Gremien für medizinische Fragestellungen (*Al-Munazzama al-Islāmiya li-l-ʿUlūm at-Ṭibbiya*).

E Kontinuität und Wandel der *maḍāhib* im Zeichen der modernen kollektiven *Fiqh*-Gremien

Die kollektiven *Fiqh*-Gremien der Gegenwart weisen sowohl auf fachlicher als auch auf struktureller Ebene ein transformiertes Modell gegenüber dem herkömmlichen *maḍhab*-Wesen auf. Zwischen den modernen *Fiqh*-Gremien des kollektiven *iḡtihād* und dem traditionellen *maḍhab*-Wesen gibt es sowohl Differenzen als auch Gemeinsamkeiten. Unter diesem Punkt wird der Versuch unternommen, die wesentlichen Merkmale der Funktionsweise der *Fiqh*-Gremien verglichen mit jenen im traditionellen *maḍhab*-Wesen darzustellen und somit das Verhältnis der in der Gegenwart aufgrund des kollektiven *iḡtihād* entstehenden Gremien zum traditionellen *maḍhab*-Wesen herauszuarbeiten.

I Rechtswissenschaftliche Leistung und Arbeitsverteilung

Die traditionellen Rechtsschulen hatten das Ziel, eine vollständige Rechtsordnung zu entwickeln, welche die Regelungen zu verschiedenen Fragen der *ʿibādāt* („gottesdienstliche Handlungen“), wie

rituelle Reinheit, Gebet und Fasten, und der *muʿāmalāt* („zwischenmenschliche Beziehungen“), wie Ehe, Scheidung, Erbrecht, Wucher, Handel und Strafen, normieren. Die ermittelten abstrakten und strukturierten Rechtsnormen allgemeiner Natur werden dann in der *furūʿ*-Literatur jeder Schule in verschiedenen Rechtskapiteln systematisch dargelegt und erläutert. Durch Muftis und Richter (*qāḍī*) werden die allgemeinen Normen (*furūʿ*) auf spezifische bzw. konkrete Rechtsfragen in der Praxis angewandt. In einigen Fällen entwickeln die Muftis und Richter unter Berücksichtigung des Kontexts der spezifischen Fälle abweichende Normen.

Die *Fiqh*-Gremien der Gegenwart setzten sich demgegenüber nicht für die Erstellung einer neuen vollständigen Rechtsordnung ein. Vielmehr arbeiteten die Mitglieder dieser Institutionen in erster Linie an der Rechtsfortbildung islamischer Normen bezüglich der neuentstehenden Fragen in den verschiedenen Rechtsbereichen. Außerdem überprüften sie in einigen Fällen alte Rechtsnormen, welche nicht an das heutige Gesellschaftsleben angepasst sind, und versuchten die überkommenen Normen im Kontext der gewandelten Lebensanforderungen zu modifizieren oder neue anpassungsfähige Normen festzulegen. Die Arbeitsergebnisse bzw. Resolutionen (*qarārāt*) und Fatwas der kollektiven *Fiqh*-Gremien können jedoch nicht als Normenfortbildung bzw. -entwicklung einer bestimmten Rechtsschule im traditionellen Sinne betrachtet werden, weil diese Körperschaften islamrechtliche Normen auf der Basis von Rechtsmethoden und Quellen der diversen Rechtsschulen erzeugen, ohne einem bestimmten *maḍhab* loyal zu sein. Somit bezieht sich diese Normenfortbildung bzw. -entwicklung auf den Inhalt des islamischen Rechts im Allgemeinen und kann nicht einem bestimmten *maḍhab* zugeschrieben werden. Die Themen und Fragen, zu

denen sie rechtliche Normen ermitteln, wurden von den Gremien entsprechend ihrer Relevanz, Aktualität und dem allgemeinen Interesse dieser Fragen ausgewählt.⁵⁶ Die von den zeitgenössischen *Fiqh*-Gremien verabschiedeten Resolutionen (*qarārāt*) sind diversen Rechtsbereichen zuzuordnen. So wird die Rechtsfortbildung dieser Gremien insbesondere im medizinischen und finanziellen Bereich von vielen muslimischen Autoren anerkannt. Dementsprechend werden die Resolutionen und Resultate der Rechtsakademien als Referenz oder relevante Quelle bei der Behandlung von entsprechenden Fragen betrachtet.⁵⁷ Die Relevanz der Resolutionen der *Fiqh*-Gremien zeigt sich bei der Auseinandersetzung einiger westlicher Forscher mit bioethischen Themen, wie z. B. In-vitro-Fertilisation (IVF), Schwangerschaftsabbruch und Stammzellenforschung,⁵⁸ oder mit finanziellen Themen, wie Formen der kommerziellen Versicherungen, Geschäfte der islamischen Banken und Finanzmärkte.⁵⁹

Vergleichbar mit den *furūʿ* der vormodernen Rechtsschulen sind die Beschlüsse der Rechtsakademien, welche sich auf die Untersuchung von Fragen allgemeiner Natur aus verschiedenen Rechtsgebieten konzentrieren und diesbezüglich islamrechtliche Normen ermitteln. Somit stellen diese Akademien das theoretische normative Wissen für die Praxis bereit. Die rechtspraktischen Implementierungen werden durch verschiedene Arten von kollektiven Gremien verkörpert, wobei

jede Gremienart sich auf einen bestimmten Rechtsbereich spezialisiert. Dementsprechend existieren Körperschaften für Alltagsfragen (offizielle und nicht-offizielle Fatwa-Ausschüsse), für finanzielle Angelegenheiten bzw. Bankgeschäfte (Scharia-Boards der islamischen Banken), für familiäre Angelegenheiten (Scharia-Councils) und Institutionen, die sich auf religiöse und ethische Probleme und Fragestellungen der Muslime in der Diaspora bzw. der muslimischen Minderheiten spezialisieren.

II Funktionsweise

Im traditionellen Rechtsschulwesen stützte sich die juristische Arbeit und Rechtsfindung, wie bereits erwähnt, ausschließlich auf den *iğtihād* von individuellen Gelehrten. Abgesehen von einigen Fällen – vor allem im Richterwesen in Andalusien – in welchen sich der Richter oder Mufti mit anderen Gelehrten beratschlagte, war die Arbeit der Mitglieder jeder Schule in der Regel durch Individualität ohne direkten Kontakt zueinander gekennzeichnet. Nichtsdestoweniger gab es zwischen den Rechtsgelehrten innerhalb einer Rechtsschule sowie den verschiedenen *maḍāhib* eine gewisse Art von Kontakt in Form der *iḥtilāf*-Literatur. Dieser Kontakt bestand in einem impliziten oder expliziten polemischen Austausch, in Querweisen oder anderen Formen des intellektuellen Austauschs.⁶⁰ In ihrer Arbeit behandelten die

⁵⁶ Siehe z. B. Maḡallat Maḡmaʿ al-*Fiqh al-Islāmī ad-Daulī*, Jeddā 1986, S. 209–237.

⁵⁷ Siehe z. B. Šaʿbān Muḡammad Ismāʿīl: *Al-Iğtihād al-Ġamāʿī wa-Daur al-Maḡāmiʿ al-*Fiqhīya* fī Taṭbīqih*, Beirut 1998; ʿUmar Sulaimān al-Ašqar: *Dirāsāt *Fiqhīya* fī Qaḍāyā Ṭībīya Muʿāšira*, Amman 2001; Sānū: *Al-Iğtihād al-Ġamāʿī al-Manšūḍ fī Ḍawʿ al-Wāqiʿ al-Muʿāšir*, und al-Ḥalīd: *Al-Iğtihād al-Ġamāʿī*.

⁵⁸ Siehe, z. B. Johannes Grundmann: Scharia, Hirntod und Organtransplantation: Kontext und Wirkung zweier islamischer Rechtsentscheidungen im Nahen und Mittleren Osten, in: *Orient* 45.1 (2004), S. 27–46; Thomas Eich:

Islam und Bioethik – Eine kritische Analyse der modernen Diskussion im islamischen Recht, Wiesbaden 2005 und Nils Fischer: *Islamische Positionen zum pränatalen Leben*, Freiburg / München 2012.

⁵⁹ Siehe z. B. Rüdiger Lohlker: *Scharia und Moderne – Diskussionen zum Schwangerschaftsabbruch, zur Versicherung und zum Zinswesen*, Stuttgart 1996 und Muhammad al-Bashir Muhammad al-Amine: *Global šukūk and Islamic Securitization Market – Financial Engineering and Product Innovation*, Leiden 2012.

⁶⁰ Vgl. Messick: *Madhabs and Modernities*, S. 159.

einzelnen Gelehrten jedes *maḍhab* neue Rechtsfälle mithilfe des Analogieschlusses zu ähnlichen oder mit der gleichen Causa begründeten Fragen, die bereits vom Rechtsschulbegründer behandelt wurden. Falls keine Analogie zu ähnlichen Fällen möglich war, durften sie auf Basis der Methodologie des Imams der entsprechenden Schule einen *ig̃tihād* durchführen. Die Ergebnisse dieser individuellen *ig̃tihād*-Prozesse sollten dann später in jeder Schule abgewogen werden, um sodann die überzeugendste Ansicht auszuwählen (*tarḡīh*), welche die Schule in der Rechtspraxis repräsentieren sollte.

Im Gegensatz dazu ermöglichen bzw. fördern die Gremien des kollektiven *ig̃tihād* den direkten Kontakt und wissenschaftlichen Austausch zwischen ihren Mitgliedern und anderen Gelehrten. So findet in den modernen *Fiqh*-Gremien in ihren Versammlungen und Fachtagungen eine kollektive Art der Normengewinnung bzw. Normenfortbildung Anwendung, wobei ihre Arbeitsweise durch eine gemeinsame (und interdisziplinäre) Arbeit und Diskussion verschiedener Gelehrter, Meinungsaustausch sowie eine kollektive Entscheidungsmethode gekennzeichnet ist. Dennoch verzichten diese Institutionen in ihrer fachlichen Arbeit nicht auf den individuellen *ig̃tihād*.

In diesem Kontext plädiert Yūsuf al-Qaraḍāwī (geb. 1926) dafür, den kollektiven *ig̃tihād* in Form einer unabhängigen wissenschaftlichen Akademie, deren Mitglieder hochqualifizierte Rechtsgelehrte sind, anzuwenden. Dies solle aber nicht in einen Verzicht auf den individuellen *ig̃tihād* münden, denn diese Art von *ig̃tihād* ebne den Weg zum kollektiven *ig̃tihād*.⁶¹ Darüber hinaus zeigt die Analyse der Funktionsweise der *Fiqh*-Akademien oder anderer *Fiqh*-Gremien, dass ihre Ausübung des kollektiven *ig̃tihād* grundsätzlich auf den Ergebnissen des individuellen *ig̃tihād* jedes einzelnen Mitglieds beruht.⁶²

Der individuelle *ig̃tihād* bildet in Form der Forschungsergebnisse der einzelnen Mitglieder zu der jeweils thematisierten Frage die Basis bzw. den ersten Schritt des gesamten kollektiven *ig̃tihād*-Prozesses. Dabei ist es nicht von Belang, ob diese Ergebnisse auf den Methoden oder der Rechtsmaterie einer beliebigen Rechtsschule beruhen. Es kann auch sein, dass nur ein Teil der Ergebnisse durch Analogiebildung zu früheren Ansichten der Rechtsschulen zustande kamen und teilweise neu entwickelte Rechtsauffassungen repräsentieren, da einige Mitglieder in den vorhandenen Ansichten der Rechtsschulen keine passende Lösung fanden. Es ist auch durchaus möglich, dass alle Ergebnisse von den bestehenden Ansichten abweichen, insbesondere im Falle von neu auftauchenden Fragen, welche von vormodernen Rechtsschulen nicht geregelt wurden. Diesen Prozess des individuellen *ig̃tihād* vollzieht jedes Mitglied in der Zeit vor der Einberufung der (jährlichen) Konferenz der jeweiligen *Fiqh*-Institution. Anschließend werden während den Versammlungen diese Arbeitsergebnisse bzw. Rechtsauffassungen, in den folgenden Diskussionsrunden von allen Mitgliedern abgewogen. Diese Abwägung (*tarḡīh*) gründet auf einer gegenseitigen Beratung der Mitglieder sowie auf einer Konsultation von Experten aus anderen Wissensgebieten. Die Diskussionen führen zu einer Entscheidung, die entweder auf einer der verschiedenen Ansichten der Teilnehmer basiert oder eine neue Meinung darstellt, welche aus dem Meinungsaustausch hervorgegangen ist. Am Ende des Prozesses wird daher eine einstimmige oder mehrheitliche kollektive Entscheidung getroffen. Auf diese Art und Weise verknüpfen die kollektiven *Fiqh*-Gremien den *ig̃tihād* mit dem *tarḡīh*-Verfahren und wenden somit beide – im Gegenteil zu herkömmlichen *maḍāhib* – in einem einzigen Vorgang an.⁶³

⁶¹ Vgl. al-Qaraḍāwī: *Al-Iḡtihād fi š-Šarī'a*, S. 96.

⁶² Vgl. Gad Makhoulf: *Das Konzept des kollektiven ig̃tihād*, S. 186.

⁶³ Ausführliche Darlegung der Arbeitsweise verschiedener Gremien des kollektiven *ig̃tihād* bei Gad Makhoulf: *Das Konzept des kollektiven ig̃tihād*, Kapitel 6.

III Der Umgang mit der bestehenden Rechtsmaterie und den Normenfindungsmethoden

Im Rechtsschulwesen der Vormoderne gründet die juristische Argumentation eines Rechtsgelehrten, wie oben erwähnt, grundsätzlich auf der Rechtsmaterie und -methodologie seiner eigenen Schule. An dieser Vorgehensweise wurde in der Moderne von einigen Stimmen kritisiert, dass keine Rechtsschule allein den Herausforderungen der Moderne gewachsen sei.⁶⁴

Demgegenüber zeichnen sich die zeitgenössischen *Fiqh*-Gremien durch eine Inter-*madhab*-Untersuchung bzw. die Übernahme von rechtlichen Auffassungen diverser Rechtsschulen aus, ungeachtet der vormodernen Bindung einer bestimmten Rechtsschule. So zeigen sich diese Gremien gegenüber der gesamten Rechtsmaterie verschiedener *maḍāhib* sowohl der sunnitischen als auch – in den meisten Gremien – der nicht-sunnitischen aufgeschlossen. Ebenso äußert sich diese neue grenzüberschreitende Haltung gegenüber den *maḍāhib* auf rechtsmethodischer Ebene. Aus eigener Untersuchung der Funktionsweise der verschiedenen *Fiqh*-Akademien sollte angemerkt werden, dass es hierbei eher um eine Anerkennung vonseiten der gegenwärtigen *Fiqh*-Gremien geht, die Ansichten verschiedener Schulen zu verwenden, als um eine loyale Befolgung der Ansichten der Rechtsschulen, wie es deren jeweiligen Anhänger in der Vormoderne zu tun pflegten. Bei der Nor-

menfindung dieser Gremien dienen die Rechtsauffassungen der *maḍāhib* in vielen Fällen als Ansatzpunkt für die Untersuchung von Fragen und Problemstellungen, wobei die früheren Ansichten nicht immer in ihrer ursprünglichen Form beibehalten werden. In einigen Fällen werden die alten Ansichten unter Berücksichtigung der aktuellen Umstände transformiert oder es entstehen völlig neue Auffassungen. Ferner wird im Zuge der rechtswissenschaftlichen Argumentation – entsprechend der traditionellen Vorgehensweise – auf die Ansichten der *maḍāhib* rekurriert.⁶⁵ Somit wird in den gegenwärtigen *Fiqh*-Gremien von Normenfindungsmethoden unterschiedlicher *maḍāhib* Gebrauch gemacht. Zudem wird die Möglichkeit geboten, eine neue kollektive Normenfindung und ein kollektives Beurteilungsverfahren anzuwenden.⁶⁶ Diese rechtsschulübergreifende Tendenz zeigt sich außerdem in der personellen Zusammensetzung vieler Gremien.

Auch wenn im Allgemeinen die Rechtsauffassungen der *maḍāhib* als Bezugspunkt und Basis für die Behandlung von allerlei Fragen fungiert, werden demgegenüber auch andere Positionen vertreten. So hat die Tendenz, auf frühere Rechtsschulen zurückzugreifen, auch etliche Gegner innerhalb der *Fiqh*-Gremien. Beispielsweise stellt Muṣṭafā az-Zarqā (gest. 1999), Mitglied der *Fiqh*-Akademien der MWL und der OIC, fest, dass die neuen Fragen weder im Lichte der Auffassungen der Rechtsschulen noch ausgehend von alten Perspektiven – welche die gegenwärtigen Umstände dieser Fragen nicht berücksichtigen – untersucht

⁶⁴ Vgl. az-Zarqā: *Al-Madḥal al-Fiqhī*, S. 243 ff. und Muhammad al-Atawneh: Wahhābi Legal Theory as Reflected in Modern Official Saudi Fatwās: Ijtihād, Taqlīd, Sources, and Methodology, in: *Islamic Law and Society* 18 (2010), S. 14. – Diese Absicht spiegelt sich auch in der an der *Maḡalla ‘Adliya* geäußerten Kritik wider, welche darin bestand, dass diese Rechtsordnung hauptsächlich sich auf die ḥanafitische Rechtsschule stützt und somit oftmals keine adäquate Lösung für einige Probleme des modernen

Lebens anbieten kann. Vgl. Layish: *The Contribution of the Modernists*, S. 263 f. und az-Zarqā: *Al-Madḥal al-Fiqhī*, S. 248.

⁶⁵ Für Beispiele und eine eingehende Analyse der Arbeitsweise verschiedener *Fiqh*-Akademien, siehe: Gad Makhoulf: *Das Konzept des kollektiven ijtihād*, Kapitel 6.

⁶⁶ Vgl. www.iifa-aifi.org/1495.html und www.e-cfr.org-/النظام-الأساسي/ (letzter Aufruf 05. 02. 2020).

werden sollten. Die Verknüpfung der neuen Rechtsfälle mit früheren Auffassungen der *maḍāhib* lenke die Beurteilung der gegenwärtigen Forscher in eine gewisse Richtung. Az-Zarqā vertritt hingegen den Standpunkt, dass die neuen Fragen aus einem neuen unabhängigen Blickwinkel der Texte und Argumente thematisiert und unter Rekurs auf die allgemeinen definitiven Ziele der Scharia betrachtet werden sollten.⁶⁷ Die gleiche Kritik bringt ‘Alī Qaradāḡī (geb. 1949) bei der Diskussion über den befehlsgemäßen Wiederverkauf mit Gewinnangabe vor.⁶⁸ An der Debatte über die Transplantation moniert der irakische Gelehrte Muḥammad Šarīf Aḥmad, dass die Untersuchungen sich intensiv mit Bildern und Auffassungen der früheren *fuqahā’* beschäftigen, obgleich es sich hier um eine neue oder zumindest zum Teil neue Frage handle. Allerdings seien die Vorstellungen der früheren Rechtsgelehrten zeitgebunden und nicht auf jeden Ort und jede Zeit anwendbar. Die Betrachtung der vorliegenden Frage solle hingegen vor allem auf den neuen Erkenntnissen der Mediziner basieren.⁶⁹

IV Struktur und personelle

Zusammensetzung

Wie oben dargelegt, bestand jede der vormodernen Rechtsschulen aus Gelehrten, die Normen unter Berücksichtigung ihrer Lehre ableiteten. Ebenso verfügten die vormodernen *maḍāhib* über

Netzwerke von Anhängern sowie über Sub-Schulen und Zentren, die sich in verschiedenen Gebieten der islamischen Welt verbreiteten.

In erster Linie setzen sich auch die kollektiven *Fiqh*-Gremien aus Rechtsgelehrten – in den meisten Fällen aus diversen Rechtsschulen – zusammen, welche an den verschiedenen Tagungen bzw. *iḡtihād*-Prozessen ihrer Akademie teilnehmen. Außerdem wohnen vor allem bei internationalen Akademien auch andere Gelehrte und – entsprechend der thematisierten Frage – Spezialisten anderer Wissensgebiete, wie Wirtschaftswissenschaftler, säkulare Juristen oder Ärzte diesen Versammlungen bei. Darüber hinaus gibt es einige *Fiqh*-Institutionen, unter deren Mitgliedern Frauen sind. Zu diesen gehören die islamische Rechtsakademie im Sudan, *The Fiqh Council of North America* und der *Council of Islamic Ideology* in Pakistan.⁷⁰ Ebenso sind auch unter den Mitgliedern des *Majelis Tarjih* der Muḥammadiya-Bewegung in Indonesien Frauen, und es gibt innerhalb des *Central Boards* der Organisation einen Bereich, der sich Angelegenheiten widmet, die Frauen und die Familie betreffen.⁷¹ Ferner haben diese Rechtsakademien oftmals Sympathisanten, welche sich zwar nicht direkt an der Arbeit der Akademien beteiligen, aber dennoch ihre Arbeitsergebnisse sowie ihre Normenfindungsverfahren unterstützen. So übernehmen diese Gelehrten in ihren Arbeiten hinsichtlich neuer Fragestellungen, für welche die vormodernen *maḍāhib* keine Lösung anbieten, die Rechtsauffassungen der *Fiqh*-

⁶⁷ Vgl. *Maḡallat Maḡma‘ al-Fiqh al-Islāmī ad-Daulī* 3, 31987, S. 1429 f.

⁶⁸ Vgl. *Maḡallat Maḡma‘ al-Fiqh al-Islāmī ad-Daulī* 2, 51988, S. 950.

⁶⁹ Vgl. *Maḡallat Maḡma‘ al-Fiqh al-Islāmī ad-Daulī* 1, 41988, S. 478 f.

⁷⁰ Vgl. aoif.gov.sd/au/category/اعضاء-المجمع/page/2 und fiqhouncil.org/about-fcna (letzter Aufruf 05. 02. 2020) und Diyāb ‘Abd al-Ġauwād ‘Aṭā: *Al-Iḡtihād al-Ġamā‘ī fī*

Bākistān, in: *Nadwat al-Iḡtihād al-Ġamā‘ī fī l-‘Ālam al-Islāmī* 1, VAE, Kuliyyat aš-Šarī‘a wa-l-Qānūn – Ġāmi‘at al-Imārāt al-‘Arabīya al-Muttaḥida, vom 21.–23. 12. 1996, Bd. 1, S. 584 f.

⁷¹ Vgl. Syamsul Anwar: *Fatwā, Purification and Dynamization: A Study of Tarjih in Muhammadiyah*, in: *Islamic Law and Society* 12.1: *Fatwās in Indonesia* (2005), S. 35 Fn. 16.

Akademien bzw. ziehen zumindest ihre Arbeitsergebnisse als Grundlage für die Auseinandersetzung mit den entsprechenden Fragen heran.

Während die *maḍāhib* nur gewisse institutionelle Charakteristika zeigten,⁷² verfügen die gegenwärtigen *Fiqh*-Gremien über eindeutig institutionelle Strukturen. Diese basieren im Allgemeinen auf drei Organen. Den ersten Grundstein bildet das Leitungsorgan, welches ein Präsident oder ein Vorstandsgremium besetzt. Daneben existiert die Exekutive der Akademie, und zwar das Generalsekretariat. Es übernimmt dabei nicht nur eine administrative Rolle, sondern kümmert sich auch um fachliche Aufgaben. Das dritte Element bildet die fachliche Praxis, welche durch die Kommissionen einer Institution repräsentiert wird. Diese decken drei Arbeitsbereiche ab, nämlich den Fatwa-, Forschungs- und Planungsbereich.⁷³

V Anerkennung der Lehre

Im Mittelpunkt der vormodernen *maḍāhib* stand jeweils ein einzelner führender Rechtsgelehrter bzw. Imam, dessen Lehre die höchste Autorität bildete und dem sich loyale Anhänger unter Gelehrten und Laien anschlossen. Hinzu kam die Befolgung der normativen Lehren der *maḍāhib* sowohl von Gelehrten als auch von nicht fachkundigen Anhängern jeder Rechtsschule in ihrem Alltagsleben. Des Weiteren fungierte die Lehre des *maḍhab* als Referenz für rechtliche Praktiken wie Fatwa-Erteilung und Rechtsprechung. Obschon die Arbeitsergebnisse der (internationalen) Rechtsakademien, als Hauptform des kollektiven *iḡtihād*,

keinen bindenden Charakter haben, wird ihnen von zeitgenössischen Gelehrten und insbesondere von anderen spezifischen Gremien des kollektiven *iḡtihād* wie Fatwa-Gremien, Scharia-Boards oder Gremien, die sich mit Fragen der Muslime in der Diaspora bzw. dem muslimischen Minderheitenrecht befassen, eine gewisse Anerkennung entgegengebracht, da sie für diese Institutionen von Relevanz sind.

Bei der Durchsicht verschiedener *Fiqh*-Schriften, die sich mit gegenwärtigen rechtspraktischen Fragestellungen auseinandersetzen, zeigt sich auf der Seite muslimischer Gelehrter ein großes Interesse für die Arbeitsergebnisse der Rechtsakademien. So werden die Resolutionen und Resultate der *Fiqh*-Akademien, vor allem die Beschlüsse der Rechtsakademien hinsichtlich wirtschaftlicher und medizinischer Fragen, als relevante Quelle bei der Untersuchung von zeitgenössischen Thematiken betrachtet.⁷⁴

Besonders bedeutsam sind die Arbeitsergebnisse der (internationalen) Rechtsakademien für Fatwa-Gremien und Fatwa-Ämter, welche sich bei ihrer Arbeit auf diese stützen. Zu diesen Gremien gehören der Fatwa-Ausschuss der Azhar, das ägyptische Fatwa-Amt, die allgemeine Behörde für islamische Angelegenheiten und die Stiftungen der VAE sowie der palästinensisch-islamische Fatwa-Rat.⁷⁵ Zudem forderte die internationale Konferenz mit dem Thema *Die Fatwa: Probleme der Gegenwart und Dimensionen der Zukunft*, die vom ägyptischen Fatwa-Amt am 17. und 18. August 2015 abgehalten wurde und an der zahlreiche Muftis und Gelehrte der islamischen Welt teil-

⁷² Vgl. Jokisch: *Recht und Rechtsschule*, S. 244 ff.

⁷³ Diese Struktur zeigt sich in verschiedenen Gremien (IIFA; FCNA; ECFR): www.iifa-aifi.org/; www.fiqhcouncil.org/about-fcna; www.e-cfr.org/; www.fiqhcouncil.org/ (letzter Aufruf 20. 02. 2020).

⁷⁴ Siehe z. B. Markaz at-Tamayyuz al-Baḥṭī fī Fiqh al-Qaḍāyā al-Muʿāṣira: *Al-Mausūʿa al-Muyassara fī Fiqh al-Qaḍāyā al-Muʿāṣira*, Riad 2014; al-Aṣqar: *Dirāsāt Fiqhiya*,

und ʿAṭīya ʿAdlān ʿAṭīya Ramaḍān: *Mausūʿat al-Qawāʿid al-Fiqhiya al-Munazzima li-l-Muʿāmalāt al-Mālīya al-Islāmiya*, Alexandria 2007.

⁷⁵ Vgl. www.dar-alifta.org/AR/ViewFatawaConcept.aspx?Sec=fatwa&ID=64; zudem auch www.awqaf.gov.ae/ar/المركز%20الرسمي%20للافتاء/ und www.fatawah.net/Content-96 (letzter Aufruf 20. 02. 2020).

nahmen, die Entscheidungen der Rechtsakademien als Orientierungshilfe zu sehen.⁷⁶

Für die *Fiqh*-Körperschaften, die sich mit den Anliegen der Muslime im Westen befassen, bilden auch die Resolutionen der Rechtsakademien den Ansatzpunkt bei der Behandlung diverser Fragen. Dies zeigt sich deutlich in der Arbeit des ECFR, der die Forschungsarbeit und -ergebnisse dieser Rechtsakademien als eine wichtige Quelle bei der Bearbeitung vieler Fragen heranzieht. In der Satzung des ECFR wird im Zusammenhang mit der Realisierung seiner Ziele die Absicht hervorgehoben, sich die Fatwas und Untersuchungen anderer Rechtsakademien und wissenschaftlicher Institutionen zunutze zu machen.⁷⁷ Ebenso werden die Arbeitsergebnisse der *Fiqh*-Organisationen, die sich in den islamischen Ländern befinden, in den Studien und Resolutionen des *Assembly of Muslim Jurists of America* (AMJA) zitiert.

In Hinblick auf die Scharia-Boards der islamischen Banken betonen einige Gelehrte, die auf finanzielle Fragen spezialisiert oder Teil dieser Boards sind, die Notwendigkeit, bei ihrer Arbeit auf Resolutionen der Rechtsakademien als höhere Institutionen des kollektiven *iğtihād* zurückzugreifen.⁷⁸

VI Die *Fiqh*-Gremien und die Rechtsschul-Debatte

Im Lichte der oben dargelegten Debatte über die *maḍāhib* um die Wende zum 20. Jahrhundert stel-

len die in den darauffolgenden Jahrzehnten entstehenden *Fiqh*-Gremien eine Art Synthese zwischen den Positionen der drei Gruppen dar. Diese Gremien sorgen einerseits für ein Fortbestehen der *maḍāhib*, zugunsten der *maḍhabīya*. Andererseits ermöglicht die rechtsschulübergreifende Vorgehensweise dieser Gremien, das Ziel einiger *lā-maḍhabīyūn*, die *maḍāhib* zu vereinigen und einen Einheits-*maḍhab* zu schaffen, zumindest teilweise zu berücksichtigen. Überdies bewirkt ihre synthetische Konzeption eine Gleichsetzung und Anerkennung aller sunnitischen und nicht-sunnitischen Rechtsschulen. Somit wirkt sie der Kritik, dass eine Rechtsschule allein nicht dazu in der Lage ist, den Herausforderungen der Moderne zu begegnen, entgegen und teilt demnach das Bestreben der pan-islamischen Richtung.

Was den zweiten Streitpunkt dieser Debatte anbelangt, nämlich den *iğtihād*, bieten die kollektiven *Fiqh*-Gremien einen Mittelweg an. Zum einen fördern sie die Anwendung bzw. Fortsetzung des *iğtihād* – jedoch in einer kollektiven Form – und setzen somit die am individuellen *iğtihād* geäußerte Kritik einiger Autoren außer Kraft. Ihre Arbeit vollzieht sich dabei auf zwei Ebenen: Zum einen finden ihre Aktivitäten innerhalb der *maḍāhib* statt, was der Vorgehensweise der traditionellen Gelehrten bzw. *maḍhabīyūn* gleichkommt. Zum anderen wird insbesondere bei neu auftauchenden Fragen ein neuer *iğtihād* praktiziert, was den Absichten der beiden anderen Richtungen entspricht.⁷⁹

⁷⁶ Vgl. dar-alifta.org/ar/Viewstatement.aspx?ID=5436-amp;type=1 (letzter Aufruf 27. 01. 2020).

⁷⁷ Vgl. Satzung des ECFR Art. 7: www.e-cfr.org/-النظام-الأساسي (letzter Aufruf 20. 02. 2020).

⁷⁸ Vgl. ‘Abd as-Sattār Abū Ġudda: *Asbāb Iḥtilāf Fatāwā al-Hai’āt aš-Šar‘īya li-l-Mu’assasāt al-Māliya al-Islāmiya. Eine Studie der zweiten Islamischen Finanzkonferenz: Islamic Banking* (Doha, 10. Oktober 2011), S. 20 und ‘Ağil an-

Našmī: *Imkāniyat Tauḥīd Fatāwā al-Hai’āt aš-Šar‘īya. Eine Studie der zweiten Islamischen Finanzkonferenz: Islamic Banking* (Doha 10. Oktober 2011), S. 53.

⁷⁹ Siehe beispielsweise den Beschluss der Akademie für islamische Untersuchungen der Azhar in ihrer ersten Konferenz im Jahre 1964 in Kairo: *Al-Mu’tamar al-Awwal li-Mağma‘ al-Buḥūt al-Islāmiya*, Kairo 1964, S. 394.

F Fazit

Die Etablierung des Rechtsschulsystems im 4./10. Jahrhundert erzeugte feste Strukturen und Praktiken, wodurch eine standardisierte Weitergabe von Wissen initiiert und gewisse Autoritäten geschaffen wurden. Innerhalb klar abgegrenzter *maḍāhib* wurden in den folgenden Jahrhunderten die islamrechtlichen Normen von individuellen Rechtsgelehrten erstellt. Mit dem Anbruch der Moderne um die Wende zum 20. Jahrhundert erfuhr das traditionelle Rechtsschulsystem zunehmend Kritik und wurde in verschiedenen Teilen der islamischen Welt diskutiert. Während einige Stimmen sich für die Auflösung der existierenden *maḍāhib* aussprachen, um diese durch ein einheitliches *maḍhab* zu ersetzen, hielten andere den Fortbestand des vormodernen *maḍhab*-Wesens für notwendig. Eine dritte Gruppe rief dazu auf, sich gegenüber den sunnitischen und nicht-sunnitischen Rechtsschulen aufgeschlossener zu zeigen.

Infolge dieser Debatte wurden das islamische Recht und das Rechtsschulwesen grundlegenden Veränderungen unterworfen. Hierbei bieten die *Fiqh*-Gremien, welche auf dem kollektiven *ijtihād* gründen, eine institutionelle Umsetzung dieses Wandels. Eine Betrachtung der gegenwärtigen *Fiqh*-Gremien im Zeichen des traditionellen *maḍhab*-Wesens und der Organisation der gegenwärtigen *Fiqh*-Gremien zeigt eine Kontinuität hinsichtlich einiger Aspekte und zugleich einen Wandel bezüglich anderer. Während die traditionellen Rechtsschulen eine vollständige Rechtsordnung sowohl auf dem Gebiet der *‘ibādāt* als auch auf jenem der *mu‘āmalāt* zu entwickeln intendierten, widmen sich die *Fiqh*-Gremien der Normenfortbildung zu neu aufkommenden Fragen, vornehmlich im Bereich der *mu‘āmalāt*. Allerdings übersteigt der Beitrag, welchen diese Gremien in Form der Normenfortbildung leisten,

jenen der traditionellen Rechtsschulen, da sie verglichen mit Letzteren nicht nur eine inhaltliche Entwicklung zugunsten eines bestimmten *maḍhab* herbeiführen, sondern eine Entwicklung der gesamten Materie des islamischen Rechts als solches. Innerhalb der verschiedenen Rechtsschulen wurde Rechtsfindung jahrhundertlang durch einzelne Rechtsgelehrte ausgeübt. In einem später durchgeführten Verfahren, dem *tarḡīh*, sollten die Ergebnisse diverser individueller *ijtihād*-Prozesse abgewogen werden, um die überzeugendste Ansicht auszuwählen, welche die Gelehrten der jeweiligen Schule in der Rechtspraxis befolgen sollten. Auf der anderen Seite wird die Anwendung des individuellen *ijtihād* kontinuierlich im Rahmen der Arbeitsweise der modernen *Fiqh*-Gremien angewendet, wobei er jedoch lediglich einen ersten Schritt des Prozesses des kollektiven *ijtihād* darstellt. Dieser Vorgehensweise schließt sich eine gegenseitige Beratung und Abwägung der individuellen Arbeitsergebnisse an, welche letztendlich in eine kollektive Entscheidung mündet. Somit verbindet die Arbeit dieser Körperschaften in ein und demselben Vorgang den *ijtihād* mit dem *tarḡīh*. Des Weiteren zeichnet sich die Normenfindung innerhalb der gegenwärtigen *Fiqh*-Gremien dadurch aus, dass diese im Gegenteil zu dem in der Vormoderne angewandten individuellen *ijtihād* auf Basis einer interdisziplinären Diskussion erfolgt, um auf diese Weise die verschiedenen Ansichten der einzelnen Mitglieder abzuwägen und sodann einstimmig oder mehrheitlich ein kollektives Urteil zu treffen.

In Hinblick auf den Umgang mit der existierenden Rechtsmaterie und den bestehenden Normenfindungsmethoden wird ein Rückgriff auf das Erbe der Rechtsliteratur der *maḍāhib* fortgeführt. Ebenso fungiert dieses weiterhin als erste Grundlage und Referenz für die gegenwärtige Rechtsgewinnung dieser Körperschaften, allerdings in

modifizierter bzw. rechtsschulübergreifender Form. So werden die inhaltlichen Grenzen zwischen den *maḏāhib* sowohl auf der Ebene des materiellen Rechts als auf jener der Rechtsmethoden aufgehoben, sodass von nun an der gesamte normative Inhalt verschiedener Rechtsschulen als Ansatzpunkt der Normenfortbildung für die *Fiqh*-Gremien dient. Diese Orientierung an den Ansichten der verschiedenen Rechtsschulen ist aber lediglich im Sinne der Anerkennung, diese Ansichten zu verwenden, zu verstehen und nicht in ihrer gewissenhaften Befolgung, wie es der Fall in den vormodernen Rechtsschulen war. Zudem existieren innerhalb der kollektiven *Fiqh*-Institutionen die Argumentationsmethoden unterschiedlicher Schulen parallel zueinander, auch wenn ihre Rechtsmethoden nicht gleichmaßen von Anhängern der herkömmlichen *maḏāhib* anerkannt

werden. In struktureller Hinsicht wiesen die *maḏāhib* mehr oder weniger institutionelle Merkmale auf. Demgegenüber gelten die gegenwärtigen *Fiqh*-Gremien als strukturierte Institutionen, deren Aufbau in der Regel auf drei Organen beruht: einem Leitungsorgan, einer Exekutive (Generalsekretariat) und fachlichen Kommissionen. Verglichen mit dem autoritativen Charakter der Lehre der *maḏāhib* finden die Arbeitsergebnisse der gegenwärtigen *Fiqh*-Gremien, vor allem jene der (internationalen) Rechtsakademien, bei zeitgenössischen Gelehrten und bei anderen Körperschaften wie Fatwa-Gremien, Scharia-Boards oder Gremien, die sich mit Fragen der Muslime in der Diaspora bzw. des muslimischen Minderheitenrechts beschäftigen, Anerkennung und dienen als Referenz bei der Auseinandersetzung mit neu auftauchenden Fragen.

Dr. Ahmed Gad Makhoulf, Mitglied der GAIR, ist Universitätsassistent-Postdoc am Institut für Islamisch-Theologische Studien der Universität Wien. Er hält Lehrveranstaltungen und forscht zu folgenden Schwerpunkten: islamische Jurisprudenz, Minderheitenrecht, *Fiqh*-Institutionen in der Moderne und islamischer Theologie.

„Fatwā-Import“ und seine Auswirkungen auf muslimische Minderheiten in Europa

Ranya Jamil

Abstract

Fatwā being used by Muslims in Europe are often imported from outside Europe. This paper is discussing this issue and its impact on European Muslims. Based on the conditions every muftī has to fulfil, it is analyzed whether or not fatwā-import is in accordance with the Islamic legal norms. Further, the role of collective iftā' is being discussed in order to find a solution for the iftā' in Europe that agree with the maqāṣid.

A Einführung

In diesem Artikel werden der Begriff des *fatwā*-Imports sowie dessen Auswirkungen auf muslimische Minderheiten in Europa näher erläutert. Dazu sollen einleitend die Entstehung des *fatwā*-Wesens zusammengefasst und dessen Bedeutung und Ziele dargestellt werden. Zudem wird näher erläutert, was ein *muftī* ist und welche Verantwortung er trägt. Diese vorangestellten Darlegungen sind wichtig, um später die Einschätzung nachvollziehen zu können, warum ein *fatwā*-Import Nachteile für muslimische Minderheiten haben kann.

B Gründe für die Entstehung des *fatwā*-Wesens im sunnitischen Islam

Im Islam stellt der Qurʾān die erste und somit wichtigste Quelle bei der Urteilsfindung dar. Muslim*innen suchen darin nach Lösungen sowohl für juristische Fragen als auch für Angelegenheiten, die ihre gottesdienstliche Praxis betreffen. Dennoch beantwortet der Qurʾān nicht alle Fragen, die sich im Leben von Muslim*innen auftun.

Im Gegenteil liefert er nur wenige detaillierte Regelungen wie dies zum Beispiel bezüglich des Erbrechts oder des Ehe- und Scheidungsrechts der Fall ist. In vielen anderen Angelegenheiten, wie etwa zum rituellen Gebet, das als eine der wichtigsten Säulen des Islams angesehen wird, sind keine detaillierten Regelungen vorhanden. Dazu finden sich in der prophetischen *sunna* (d. h. den Praktiken, Aussagen und stillschweigenden Billigungen des Propheten Muḥammad) nähere Erläuterungen. Durch den Wandel der Zeit sind jedoch sowohl im rechtlichen als auch im gottesdienstlichen Bereich neue Fragen aufgetaucht. Ein Beispiel hierfür sind folgende Fragen bezüglich des rituellen Gebets: Wie betet man in einem Flugzeug? Darf eine Ärztin ihre Gebete zusammenlegen, wenn sie in einer mehrstündigen Operation gebraucht wird? Zu diesen und ähnlichen Fragestellungen gibt es in der *sunna* keine konkreten Antworten, da zur Zeit des Propheten andere Gegebenheiten herrschten und es weder Flugzeuge noch Krankenhäuser gab. Der Qurʾān wurde jedoch nicht als starres Regelwerk mit ausschließlich detaillierten Anweisungen offenbart. Vielmehr enthält der Qurʾān mehrheitlich Regeln und

Prinzipien allgemeiner Art,¹ die angewendet werden können, um für die jeweilige Situation und Zeit eine passende Antwort zu finden. Dazu bedarf es der Interpretation der Texte aus Qurʾān und *sunna* seitens muslimischer Gelehrter.² An dieser Stelle wird die Wichtigkeit des *fatwā*-Prinzips ersichtlich. *Fatwā* bedeutet sprachlich ‚Erläuterung‘ oder ‚Verdeutlichung‘.³ Im Islam ist damit die Verdeutlichung einer Regelung (*ḥukm*) Gottes in einer bestimmten Angelegenheit gemeint.⁴ Meistens geschieht dies in Form einer Antwort auf eine Frage eines Muslims oder einer Muslimin. Eine *fatwā* kann aber auch als Antwort auf eine Situation, die die Allgemeinheit der Muslim*innen betrifft, erfolgen. Hierzu findet sich auch im Qurʾān ein Beispiel:

Sie werden dich fragen, sie aufzuklären [*yastaftūnaka*]. Sag: ‚Gott klärt euch (also) auf [*yuftikum*] über die Gesetze bezüglich (des Erbes von) jenen, die keinen Erben in direkter Linie hinterlassen ...‘⁵ (Qurʾān 4:176)⁶

Seitdem die Offenbarung des Qurʾān abgeschlossen ist, obliegt die Aufgabe des *iftāʾ*⁷ den *muftīs*, die als die Verkünder göttlicher Urteile betrachtet werden.⁸

C Die Aufgaben eines *muftī*

Eine der Grundregeln des *fiqh* besagt, dass es notwendig ist, die Rechtsurteile den sich verändernden Zeitumständen anzupassen.⁹ Somit muss es zu jeder Zeit Menschen geben, die die Fragen der Muslim*innen beantworten und Lösungen für aktuelle Geschehnisse liefern können. Dies ist die Aufgabe des *muftī*. Ein *muftī* ist

jemand, der die Regelung Gottes verkündet, nachdem er diese durch Wissen und mithilfe von Beweisen erforscht hat.¹⁰

Al-Qarāfī (gest. 684/1285) bezeichnet den *muftī* als den Vermittler Gottes, da er den Menschen die Gesetze Gottes verkünde.¹¹ Daraus ließe sich schlussfolgern, dass kein wesentlicher Unterschied besteht zwischen einem *muftī* und einem *muḡtahid*¹². So vertritt zum Beispiel al-Āmidī (gest. 621/1233) die Ansicht, dass jeder *muftī* den Rang des *muḡtahid* erreicht haben müsse.¹³ Auch al-Ġazālī (gest. 505/1111) setzt die Eigenschaften von beiden gleich¹⁴ und az-Zarkašī (gest. 794/1392) verdeutlicht die gleiche Meinung durch seine Definition des *muftī*, indem er sagt: „Der *muftī* ist der

¹ Birgit Krawietz: *Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam*, Schriften zur Rechtstheorie 208, Berlin 2002, S. 111 f.

² Gudrun Krämer / Sabine Schmidtke: *Religious Authority and Religious Authorities in Muslim Societies. A Critical Overview*, in: *Speaking for Islam. Religious Authorities in Muslim Societies*, hrsg. von Gudrun Krämer und Sabine Schmidtke, Leiden 2006, S. 4.

³ Muḥammad Ibn Manzūr: *Lisān al-ʿArab*, Beirut o. J., 15:147.

⁴ ʿAlī ibn ʿAbbās al-Ḥukmī: *Uṣūl al-Fatwā wa-Taṭbīq al-Aḥkām aš-Šarʿīya fī bilād Ġazr al-Muslimīn*, Beirut 1999, S. 5.

⁵ يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة – *yastaftūnaka qul allāh yufitikum fī l-kalāla*.

⁶ Die Koranübersetzungen stammen jeweils von Muhammad Asad: *Die Botschaft des Koran*, Düsseldorf 2009.

⁷ *Iftāʾ* bedeutet, eine *fatwā* zu erteilen.

⁸ Aḥmad ibn Ḥimdān: *Ṣifāt al-Fatwā wa-l-Muftī wa-l-Mustaftī*, Damaskus 1960, S. 4.

⁹ Maḡallat al-Aḥkām al-ʿAdliya, Amman 1999, S. 12, Artikel 39: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان – *la yunkar taḡayyur al-aḥkām bi-taḡayyur az-zamān*.

¹⁰ Ibn Ḥamdān: *Ṣifāt al-Fatwā*, S. 4.

¹¹ Aḥmad al-Qarāfī: *Al-Iḥkām fī Tamyīz al-Fatāwā ʿan al-Aḥkām*, Beirut 1995, S. 97:

هو المترجم عن الله تعالى في ما وجده في الأدلة.

huwa al-mutarǧim ʿan allāh taʿālā fī mā waḡadahu fī l-adilla.

¹² Ein *muḡtahid* ist jemand, der *iḡtīhād* ausübt, also zur Urteilsfindung befähigt ist.

¹³ ʿAlī al-Āmidī: *Al-Iḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām*, Riyad 2005, 4:970: من أهل الاجتهاد (المفتي) لا بد أن يكون (المفتي) من أهل الاجتهاد – *lā budd an yakūn (al-muftī) min ahl al-iḡtīhād*.

¹⁴ Ḥāmid al-Ġazālī: *Al-Mustaṣfā min ʿIlm al-Uṣūl*, Beirut 2008, 2:293.

faqīh“.¹⁵ Die Bezeichnung eines Gelehrten als *muftī* ist mit der Zeit entstanden, um eine Ansprechperson zu haben, an die sich die Bevölkerung wenden kann. Aus den vorangehenden Beschreibungen geht hervor, dass viele der früheren Gelehrten den Unterschied zwischen *muftī* und *muğtahid* auf die Praxis bezogen, da ein *muftī* nicht nur zum *iğtihād* befähigt war, sondern auch Fragen von Muslim*innen beantwortete und *fatāwā* in Bezug auf ihre Angelegenheiten sowie auch auf Ereignisse erteilte. Daraus lässt sich schließen, dass jede Person, die *muğtahid* ist, auch im Stande ist, *fatāwā* auszuarbeiten und dadurch ein *muftī* ist.

Aš-Šāṭibī (gest. 790/1388) versucht, die besondere Verantwortung, die ein *muftī* trägt, zu veranschaulichen, indem er ihn nicht nur als den Vertreter des Propheten Muḥammad beschreibt, sondern auch sagt, dass ein *muftī* – wie einst der Prophet – von Gott kündigt.¹⁶ Damit vergleicht aš-Šāṭibī eine *fatwā* mit einem göttlichen Urteil,¹⁷ was wiederum verdeutlicht, welche große Verantwortung ein *muftī* trägt. Dies ist der Grund dafür, warum bestimmte Bedingungen erarbeitet wurden, die ein *muftī* erfüllen muss, um diese verantwortungsvolle Rolle ausfüllen zu können. Eine dieser Bedingungen¹⁸ ist Wissen. Erst dieses befähigt eine Person dazu, *iğtihād* auszuüben. Dabei handelt es sich um eine gewichtige Eigenschaft, da sie zugleich mit einer großen Verantwortung vor Gott einhergeht. Im Qurʾān wird darauf hingewiesen,

dass es eine der größten Sünden ist, etwas über Gott zu sagen, worüber man kein Wissen hat:

Sag: Wahrlich, mein Erhalter hat nur schmachvolle Taten verboten, seien sie offen oder geheim, und (jede Art von) Sünde und unberechtigtem Neid und das Zuschreiben von Göttlichkeit an irgendetwas neben Ihm – da Er dafür niemals eine Ermächtigung von droben erteilt hat – und das Zurückführen auf Gott von etwas, von dem ihr kein Wissen habt.¹⁹ (Qurʾān 7:33)

Ibn al-Qaiyim weist in der Erläuterung dieses Verses darauf hin, dass die schlimmste der in dem Vers genannten Sünden jene ist, ohne Wissen über Gott zu sprechen.²⁰ Begründet liegt dies in den Auswirkungen, die eine *fatwā* haben kann. Immerhin kann sie eine große Anzahl von Menschen erreichen und von ihnen in die Praxis umgesetzt werden. Wenn sie dann nicht fundiertem Wissen entspringt, auf keinem Beweis basiert und den göttlichen Regeln widerspricht, stimmt die Praxis der Menschen nicht mit Gottes Urteil überein.

Wie lässt sich nun eingrenzen, über welches Wissen ein *muftī* verfügen muss? Al-Ġazālī versuchte, dieses Wissen zu definieren, indem er sagte, dass ein *muftī* all jenes Wissen der *šariʿa* besitzen müsse, das ihn dazu befähigt, *iğtihād* auszuüben und Urteile zu fällen.²¹ Man müsse eine Vielzahl von einzelnen Disziplinen beherrschen, um *iğtihād* praktizieren zu können. Al-Ġazālī fasste sie in drei großen Disziplinen zusammen: die

¹⁵ Muḥammad az-Zarkašī: *Al-Baḥr al-Muḥīṭ fī Uṣūl al-Fiqh*, Hurghada 21992, 6:305: المقتي هو الفقيه – *al-muftī huwa al-faqīh*.

¹⁶ Ibrahim aš-Šāṭibī: *Al-Muwāfaqāt fī Uṣūl aš-Šariʿa*, hrsg. von Abdullah Draz, Beirut 2009, S. 867 f.

¹⁷ *fa-l-muftī muḥbir ʿan allāh ka-n-nabī*. فالمقتي مخبر عن الله كالنبي.

¹⁸ Das bedeutet nicht, dass eine *fatwā* vollständig mit einem göttlichen Urteil gleichzusetzen ist, sondern verdeutlicht ihren diesseitigen Stellenwert.

¹⁹ Al-Ġazālī: *Al-Mustaṣfā*, 2:293. Die anderen Bedingungen sind, dass die Person *mukallaf*, schuldfähig, und *ʿadl*, vertrauenswürdig, ist.

²⁰ قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغي بغير الحق وأن تشركوا بالله ما لم ينزل به سلطانا وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون

qul innamā ḥarrama rabbi l-fawāḥiṣ mā ḡahara minhā wa-mā baṭana wa-l-iṭm wa-l-baġy bi-ġair al-ḡaqq wa-an tuṣriku bi-llāh mā lam yunazzil bihi sulṭānan wa-an taqūlū ʿalā llāh mā lā taʿlamūn.

²¹ Muḥammad ibn al-Qayyim al-Ġauziya: *Iḡlām al-Muwaqqiʿin ʿan Rabb al-ʿĀlamīn*, Dammam 2002, 2:73.

²² Al-Ġazālī: *Al-Mustaṣfā*, 2:293.

أن يكون محيطا بمدارك الشرع، متمكنا من استثارة الظن بالنظر فيها، وتقديم ما يجب تقديمه، وتأخير ما يجب تأخيره.

an yakūn muḥīṭan bi-madārik aš-šarʿ, mutamakkinan min istitārat az-ḡann bi-n-naḡar fihā, wa-taqdīm mā yaġibu taqdimuhu, wa-taʿḥīr mā yaġibu taʿḥīruhu.

Wissenschaft des *ḥadīṭ* (*‘ilm al-ḥadīṭ*), die Sprachwissenschaft (*‘ilm al-luġa*) und die Wissenschaft des *fiqh* (*‘ilm al-fiqh*). Laut al-Ġazālī ist es allerdings nicht notwendig, diese drei Bereiche vollständig zu beherrschen. Wichtig sei, dass ein *muftī* in diesen Bereichen kompetent genug ist, um *ig̣tihād* auszuüben. In den *uṣūl ul-fiqh*, die in den Bereich des *fiqh* fallen, sei jedoch höchste Expertise gefragt, da jene essentiell für die Urteilsfindung seien.²²

Eine weitere Bedingung für einen *muftī* ist aus Sicht der Gelehrten, dass er Wissen und Kenntnis über die Lebensumstände und die Gesellschaft der fragenden Menschen haben muss.²³ Hier stellt sich allerdings die Frage, wie sich sicherstellen lässt, dass eine Person das erforderliche Wissen und somit den Rang des *muḡtahid* oder *muftī* erreicht hat. Imam Mālik (gest. 179/795) äußerte dazu, dass jemand nur dann *iftā’* betreiben könne, wenn ihn oder sie die bereits anerkannten Gelehrten als qualifiziert ansähen.²⁴ Az-Zarkašī merkte an, dass manche Gelehrte vorgeschlagen hätten, eine Prüfung für angehende *muftīs* einzuführen, während andere meinten, es reiche, dass eine Person als *muḡtahid* bekannt sei.²⁵ So war dies zum Beispiel bei den Namensgebern der großen *fiqh*-Schulen.

Eine international anerkannte Überprüfungsstelle für *muftīs* gab es nie und gibt es auch heute noch nicht. Im islamisch geprägten Raum ist es üblich, dass Personen, die die Qualifikation zum *muḡtahid* oder *muftī* anstreben, über Jahre hinweg Privatunterricht bei Gelehrten nehmen, die ihnen in Form der *ig̣āza*²⁶ die Befugnis zum *ig̣tihād* erteilen.

Durch das Fernsehen und später durch das Internet wurde es Personen, die *fatāwā* erteilen, erleichtert, sich Gehör zu verschaffen, selbst wenn sie nicht ausreichend zum *iftā’* qualifiziert sind. Mit den *Social Media* wurde es aber noch einmal um ein Vielfaches einfacher, eine Plattform zu erhalten.

Muftīs können indes unterschiedliche Niveaus erreichen.²⁷ Dementsprechend ist es wichtig, die Unterschiede hinsichtlich der Qualifikation zu kennen, um zu wissen, inwieweit ein bestimmter *muftī ig̣tihād* ausüben kann und darf.

Dadurch, dass die islamische Rechtslehre mit der Zeit noch viel komplexer und umfangreicher geworden ist, spezialisieren sich heutzutage viele Gelehrte auf einen bestimmten Bereich des *fiqh* und können nur darin *ig̣tihād* machen. Genauso können sich Gelehrte in unterschiedlichen Bereichen des *fiqh* unterschiedlich qualifizieren und somit in einem Bereich *ig̣tihād* betreiben und in einem anderen einer Rechtsschule (*madḥab*) folgen.²⁸ Dies war auch schon zu Zeiten al-Ġazālīs der Fall und wurde von den meisten Gelehrten anerkannt,²⁹ von manchen jedoch abgelehnt.³⁰

Die *fatāwā* sind somit ein Werkzeug der Gelehrten, das es ihnen ermöglicht, den Menschen Lösungen für ihre alltäglichen Probleme zu bieten, sodass sie ihren Glauben praktizieren können. Dadurch haben Muslime zu jeder Zeit und unabhängig der Lebensumstände die Möglichkeit, ihrer Religion zu folgen. Ein *muftī* ist grundsätzlich dazu angehalten, eine einfache Lösung zu finden, die sich in die Realität der oder des Fragenden einbetten lässt. In einem *ḥadīṭ* wurde überliefert, dass der Prophet Muḥammad stets

²² Ebd., 2:294–297.

²³ Ibn al-Qayyim: *I‘lām al-Muwaqq‘in*, 6:113 f.

²⁴ Muḥammad al-Makkī: *Ḍawābiṭ al-Fatwā*, Alexandria 1997, S. 31.

²⁵ Az-Zarkašī: *Al-Baḥr al-Muḥīṭ fi Uṣūl al-Fiqh*, 6:309 f.

²⁶ Die *ig̣āza* ist eine Lehrbefugnis, die den Studierenden erteilt wird. Siehe Rüdiger Lohlker: *Iḡāza* als ein Prozess der Akkumulation sozialen Kapitals, in: *Manuscript Notes*

as Documentary Sources, hrsg. von Andreas Görke und Konrad Hirschler, Beirut 2011.

²⁷ ‘Uṭmān ibn aṣ-Ṣalāḥ: *Adab al-Muftī wa-l-Mustaftī*, Beirut 1986, S. 21–36.

²⁸ Abdullah al-Ġudai‘: *Taisir ‘Ilm Uṣūl al-Fiqh*, Beirut 2005, S. 354.

²⁹ Al-Ġazālī: *Al-Mustasfā*, 2:298.

³⁰ Aš-Šaukāni: *Iršād al-Fuḥūl*, Riad 2000, 2:1042 f.

dem Prinzip folgte, eine leichte Lösung zu finden, solange sie im Bereich der erlaubten Handlungen liegt.³¹ Dieses Prinzip unterstreicht auch folgender Vers:

Es war der Monat Ramadan, in dem der Qurʾan (zuerst) von droben erteilt wurde, als Rechtleitung für den Menschen und evidenter Beweis dieser Rechtleitung und als der Maßstab, mit dem das Wahre vom Falschen zu unterscheiden ist. Darum, wer immer von euch diesen Monat erlebt, soll ihn durchweg fasten; aber wer krank ist oder auf einer Reise, (soll stattdessen die gleiche) Anzahl von anderen Tagen (fasten). Gott will, dass ihr Erleichterung habt, und will nicht, daß ihr Härte erleidet.³² (Qurʾān 2:185)

Hier weist Gott darauf hin, dass die Verpflichtungen und Regelungen nicht der Erschwernis dienen und dass Erleichterungen ermöglicht werden, damit keine Verpflichtung zur Last wird. Dies ist auch die Aufgabe des *muftis*. Dementsprechend ist es notwendig, dass ein *mufti* die Umstände der Menschen, die sich an ihn wenden, kennt. Denn nur so kann er auch wissen, was eine Erschwernis darstellt und was umgesetzt werden kann, ohne dass die Menschen an ihre Grenzen stoßen oder ihnen vielleicht sogar etwas aufgebürdet wird, das entweder nicht oder nur schwer umsetzbar oder aber für den Kontext der Menschen unpassend ist. Dies ist aber schwer möglich für einen *mufti*, wenn dieser nicht in demselben Land lebt wie die Menschen, die sich mit ihren Fragen an

ihn richten, oder wenn sich deren Kultur und Gesellschaft von seiner eigenen unterscheidet und er mit ihrer Kultur nicht vertraut ist.

D Fatwā-Import in Europa

Muslim*innen stehen allgemein immer vor der Wahl zwischen unterschiedlichen *fatāwā*. Hinzu kommt, dass durch Fernsehen, Telefonie und Internet nicht nur *fatāwā* aus dem Inland, sondern auch aus einem beliebigen anderen Land ohne Aufwand herangezogen werden können, wodurch die Vielfalt noch größer ist. Im Westen „we witness a great diversity of fatwas, often with mutually contradictory contents“, was Larsen auf die Heterogenität der Muslim*innen im Westen zurückführt.³³ So greifen europäische Muslim*innen je nach ihrem Ursprungsland auf *fatāwā* aus sehr vielen unterschiedlichen Ländern zurück. Aus dieser Überlegung heraus ist der Begriff ‚fatwā-Import‘ entstanden.³⁴

Zwar gibt es in Europa zum Beispiel den European Council for Fatwa and Research (ECFR) und andere Institutionen, die *iftāʾ* betreiben,³⁵ allerdings sind deren *fatāwā* nicht in allen europäischen Sprachen übersetzt. Der ECFR veröffentlicht *fatāwā* zum Beispiel in arabischer, englischer und teilweise französischer Sprache.³⁶ Es besteht zwar häufig auch die Möglichkeit, sich an lokale Imame zu wenden,³⁷ trotzdem werden von Muslim*innen in Europa häufig aus dem Ausland ‚importierte‘

³¹ Ṣaḥīḥ al-Buḥārī: *Ḥadīṭ Nr. 3560, Kitāb: Al-Manāqib, Bāb: Ṣifāt an-Nabīy.*

³² شهر رمضان الذي أنزل فيه القرآن هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان فمن شهد منكم الشهر فليصمه ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر *šahr ramadān alladī unzila fihi al-qurʾān hudān li-n-nās wa-bayyināt min al-hudā wa-l-furqān fa-man šahida minkum aš-šahr fa-li-yašumhu wa-man kāna marīḍan au ʿalā safar fa-ʿidda min ayyām uḥar yuridu allāh bi-kum al-yusra wa-lā yuridu bikum al-ʿusr.*

³³ Lena Larsen: *How Muftis Think: Islamic Legal Thought and Muslim Women in Western Europe*, Leiden 2018, S. 3 f.

³⁴ Vgl. Peter Antes / Rauf Ceylan: Die Etablierung der Islamischen Theologie. Institutionalisation einer neuen Disziplin und die Entstehung einer muslimischen *scientific community*, in: *Muslims in Deutschland: Historische Bestandsaufnahme, aktuelle Entwicklungen und zukünftige Forschungsfragen*, hrsg. von Peter Antes und Rauf Ceylan, Wiesbaden 2017, S. 154; und Krämer / Schmidtke: *Religious Authority and Religious Authorities in Muslim Societies*, S. 12 f.

³⁵ Larsen: *How Muftis Think*, S. 4.

³⁶ Ebd., S. 157 f.

³⁷ Ebd., S. 4.

fatāwā angewendet. Dabei wenden sich Muslim*innen oft an *muftīs* in ihren Herkunftsländern. Doch ist es nach islamischem Recht überhaupt legitim, einfach *fatāwā* aus dem Ausland zu importieren und in Europa anzuwenden und sie somit *fatāwā* aus Europa vorzuziehen? Grundsätzlich hat die Mehrheit der Gelehrten, darunter al-Ġazālī,³⁸ al-Āmidī³⁹ und Ibn Qudāma⁴⁰, den Muslimen die Wahl gegeben, an welchen *muftī* sie sich wenden. Ihrer Meinung nach steht es den Gläubigen also frei, an wen sie sich mit ihren Fragen wenden. Denn solange ein *muftī* alle Kriterien erfüllt, die ihn zum *iftāʿ* befähigen, können sich die Menschen auch an ihn wenden. Die vorgenannten Gelehrten haben diese Meinung allerdings unter anderen Umständen geäußert: Denn schon allein aufgrund der erschwerten Reisebedingungen kam es viel weniger zum Ex- oder Import von *fatāwā*.

Doch selbst wenn sich Muslim*innen an *muftīs* in den Ländern wenden, aus denen sie ursprünglich kommen, so sind die *fatāwā* nicht immer unbedingt an die Umstände in der neuen Heimat angepasst. Zudem sind die Muslim*innen in Europa selbst sehr unterschiedlich, da sie verschiedene Wurzeln, Traditionen und Gewohnheiten haben und auch verschiedenen *fiqh*-Schulen folgen. Auch haben sich die Traditionen europäischer Muslim*innen verändert, sowohl durch den Kontakt mit der nichtmuslimischen Mehrheitsgesellschaft als auch mit anderen Muslim*innen. Deshalb sollte man sich einmal mehr der Frage widmen, ob es immer noch erlaubt ist, sich bedingungslos an irgendeinen *muftī* zu wenden. Wenn frühere Gelehrte es erlaubt haben, zwischen den *muftīs* auszuwählen, dann vor dem Hintergrund, dass sich Menschen meist überhaupt nur an Gelehrte in ihrer eigenen Heimat wenden konnten. Den heutigen ‚*fatwā*-Import‘ gab es damals noch nicht.

Denn wenn *muftīs* in andere Länder reisten, passten sie ihre *fatāwā* an die jeweilige Gesellschaft an, wie dies zum Beispiel von Imam aš-Šāfiʿī bekannt ist. Wie oben bereits erwähnt, muss ein *muftī* die Umstände der oder des Fragestellenden kennen. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass kein *muftī* konsultiert werden darf, wenn er diese Bedingung nicht erfüllt. Dementsprechend sollte die Möglichkeit der freien Wahl zwischen *muftīs*, die diese Bedingung erfüllen, und solchen, die sie nicht erfüllen, eingeschränkt sein. Muslim*innen sollten sich also an jene wenden, die ihre jeweiligen Lebensumstände kennen und beim Erteilen einer *fatwā* berücksichtigen. Dabei ist es notwendig, dass ein *muftī* selbst die Situation des Fragenden kennt.⁴¹ Es reicht nicht, dass er nur anhand der Informationen, die ihm die Person über die Situation gibt, einen Überblick verschafft.⁴² Denn nur weil eine Person in einem Land lebt, bedeutet das nicht unbedingt, dass sie die Gegebenheiten ihrer Gesellschaft gut kennt oder tiefgehend begriffen hat, um dem *muftī* die Situation hinreichend zu erläutern. Oder aber es fällt ihr schwer, diese ausführlich genug zu erläutern und in Worte zu fassen, auch wenn die Person ihre Situation selbst gut versteht. Somit kann ein unvollständiges oder auch ein falsches Bild an den *muftī* übermittelt werden. Außerdem kennt ein *muftī* die Person, die sich an ihn wendet, meist – wenn überhaupt – nur flüchtig und kann somit nicht beurteilen, ob sie die Wahrheit spricht oder die Situation umfassend erläutert. Ist dies nämlich nicht der Fall, kann eine unpassende *fatwā* entstehen, die dann auch noch in der Gesellschaft in Umlauf kommen kann.

³⁸ Al-Ġazālī: *Al-Mustasfā*, 2:355.

³⁹ Al-Āmidī: *Al-Iḥkām*, 4:982.

⁴⁰ Al-Baʿlī Muḥammad: *Talḥiṣ Raudat an-Nāṭir wa-Ġannat al-Manāṭir*, Riyadh 2005, 2:720.

⁴¹ Ḥālid M. al-Aṣwar: *Al-Ġāliyat al-Islāmiya fi ʿUrūbā al-Manāfiḍ al-Muškilāt al-Ḥulūl*, Kairo 1998, S. 250.

⁴² Usāma al-Ašqar: *Fauḍāt al-Iftāʿ*, Amman 2009, S. 39.

Um sich ein genaues und vollständiges Bild von einer Gesellschaft und der Situation der dort lebenden Muslim*innen machen zu können, reicht es jedoch auch nicht aus, dieser einen kurzen Besuch abzustatten. Deshalb ist es fragwürdig, wenn ein *muftī*, der ein Land lediglich im Rahmen eines kurzen Aufenthalts besucht, für die dort lebenden Muslime *fatāwā* erteilt. Hierfür liegt die Annahme zugrunde, dass man im *iftāʿ* grundsätzlich nicht zu korrekten Urteilen kommen kann, wenn man sich isoliert, anstatt sich unter die Menschen in all ihren Lebensbereichen zu mischen.⁴³ Dieses Eintauchen in die menschlichen Lebenswelten gehört mithin auch zu den Bedingungen des *iftāʿ*.⁴⁴ Es kann also sein, dass ein *muftī* alle Bedingungen für den *iftāʿ* erfüllt und seine Qualifikation auch von anderen Gelehrten anerkannt wird, wodurch er in seiner Heimat *fatāwā* äußern kann. Trotz dieser Befugnis wird er aber nicht automatisch auch zu einem *muftī*, der in Europa *fatāwā* erlassen kann.

Daraus wird ersichtlich, weshalb es besser ist, dass sich Muslim*innen an Gelehrte des Landes wenden, in dem sie leben. Dies bezieht sich vor allem auf Angelegenheiten, die mit den gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Aspekten des Lebens muslimischer Minderheiten zu tun haben. Denn in den gottesdienstlichen Angelegenheiten sind weniger Fragen von den Lebensumständen abhängig. Um europäische Gelehrte bestens auf ihre Aufgabe vorzubereiten, wäre es zudem notwendig, dass sie ihre Ausbildung, oder zumindest einen Teil davon, in einem europäischen Land absolvieren. Dadurch könnte schon während ihrer Ausbildung auf die Herausforderungen des *iftāʿ* in Europa eingegangen werden.

‚Importierte‘ *fatāwā* können für muslimische Minderheiten in Europa sowohl zur Erschwernis in der Umsetzung ihrer Glaubenspraxis führen als auch Hindernisse für ein konfliktfreies Miteinander mit der Mehrheitsgesellschaft darstellen. Dies betrifft zum Beispiel die weitverbreitete Meinung muslimischer Gelehrter, dass Männer und Frauen sich nicht die Hände schütteln dürfen, wenn sie nicht verheiratet oder verwandt sind. Während die Umsetzung einer solchen Meinung in islamisch geprägten Ländern meist unproblematisch ist, stößt sie in Europa auf Unverständnis und Empörung seitens der Mehrheitsgesellschaft. Dies kann zu Konflikten und Spaltungen führen und ein harmonisches Miteinander stören. Solche Details wissen und verstehen aber meist nur *muftīs*, die in Europa leben und in Austausch mit der Gesellschaft stehen. *Fatāwā* sind jedoch veränderlich und an die veränderten kulturellen Umstände anpassbar, da sich *fiqh*-Urteile, die auf Traditionen oder Gewohnheiten basieren, analog zur Veränderung dieser Traditionen und Gewohnheiten ebenso verändern können.⁴⁵

Auf der anderen Seite gibt es bereits positive Beispiele von in Europa erstellten *fatāwā*, in denen die Rahmenbedingungen muslimischer Minderheiten beachtet wurden. So zum Beispiel die *fatwā* des ECFR, dass Ehepartner nicht automatisch geschieden werden, wenn einer von beiden den Islam annimmt, während der andere Nicht-Muslim bleibt. Dies ist nur eines von vielen Beispielen, das zeigt, wie wichtig die Vertrautheit eines *muftīs* mit der Lebensrealität der Menschen ist.⁴⁶ Deshalb sollten ‚importierte‘ *fatāwā* genau studiert werden, bevor sie veröffentlicht und umgesetzt werden. So sollte seitens europäischer *muftīs*

⁴³ Vgl. www.e-cfr.org/blog/2017/05/12/-اسلام-المرأة-وبقاء-2-زوجها-على-دينه-2 (letzter Aufruf 28. 10. 2020).

⁴⁴ Abdulmağid as-Sūsūh: *Al-Iğtihad al-Ġamāʿi fī t-Taṣrīʿ al-Islāmī*, Qatar 1998, S. 32.

⁴⁵ Al-Ḥukmī: *Ūṣūl al-Fatwā*, S. 66.

⁴⁶ Weitere Beispiele sind in allen Lebensbereichen zu finden. Siehe z. B. Tarek Badawia u. a.: *Grundlagen muslimischer Seelsorge: Die muslimische Seelsorge begreifen und versorgen*, Wiesbaden 2020, S. 325. Hier beziehen sich die Autoren auf Fragen in der Palliativbetreuung, deren vertiefte Betrachtung im europäischen Kontext notwendig wäre.

tīs sichergestellt werden, dass sie für die Lebensbedingungen muslimischer Minderheiten in Europa geeignet und ihre Bedürfnisse vom *muftī* beachtet worden sind.

E Kollektiver *iftā'*

Wie bereits festgestellt wurde, gelangen unterschiedliche *muftīs* in ihren *fatāwā* zu unterschiedlichen Meinungen. Dies ist ein natürliches Ergebnis des *ig̃tihād* und grundsätzlich nicht problematisch, sondern für die Muslim*innen von Vorteil. Auch von *muftīs*, die im gleichen Land leben, können zu einer bestimmten Angelegenheit unterschiedliche *fatāwā* veröffentlicht werden, da sie unterschiedliche Meinungen vertreten. Diese *fatwā*-Vielfalt bringt Muslim*innen Flexibilität und Erleichterung. So kann eine *fatwā* für eine Person unpassend sein, während sie für eine andere Person angemessen ist, weil sie auf ihre spezifischen Umstände abgestimmt ist. Dementsprechend wird *fatwā*-Vielfalt als eine Barmherzigkeit gesehen, weil so individuelle Lösungen für den Einzelfall gefunden werden können.

In manchen Angelegenheiten ist es allerdings besser, wenn eine Gesellschaft einer konkreten Meinung folgt, wie zum Beispiel bei der Frage, wann der Monat Ramadan beginnt und endet. Folgen die Muslime eines Landes jeweils unterschiedlichen Meinungen diesbezüglich, führt das dazu, dass sie nicht am gleichen Tag den Ramadan beginnen oder das Fest des Fastenbrechens feiern, was schon häufig vorgekommen ist. Dies wiederum kann zu Streit in den Familien und zu Spaltungen in der muslimischen Gemeinschaft führen. Die *fatwā*-Vielfalt einer Angelegenheit betreffend ist daher danach zu unterscheiden, ob es

sich um eine individuelle Situation handelt oder um etwas, was die gesamte muslimische Minderheit betrifft. Im *iftā'* geht es nicht nur darum, auf aktuelle Ereignisse zu reagieren, sondern auch *fatāwā* zu überdenken und sie entsprechend den Umständen zu adaptieren. Denn auch die Veränderung von *fatāwā* (*tağayyur al-fatwā*) ist ein wichtiges Prinzip des *iftā'*.⁴⁷ Da *fatāwā* auf bestimmte Situationen zugeschnitten werden, müssen sie entsprechend verändert werden, wenn sich die Umstände ändern. Durch den Wandel der Zeit, die Weiterentwicklung von Kulturen und Traditionen sowie die Neuerungen in der Gesellschaft ist diese regelmäßige Revision von *fatāwā* unabdingbar. Geschieht dies nicht, bringt dies Erschwernisse für die muslimische Gemeinschaft mit sich.

Nicht nur im Leben muslimischer Minderheiten entstehen zudem oft auch sehr komplexe Fragen, die zu beantworten für einen einzelnen *muftī* sehr schwer sein können. „Die zahlreichen Neuerungen und Anforderungen des modernen Lebens“ stellen auch für den islamisch geprägten Raum „eine große Herausforderung dar“.⁴⁸ Ein Beispiel in Bezug auf muslimische Minderheiten in Europa ist der Umgang mit Zinsen. Die absolute Mehrheit der europäischen Banken gibt Kredite nur mit Zinsen. Bedeutet dies, dass die meisten Muslim*innen niemals Immobilien erwerben können, weil Zinsen im Islam nicht erlaubt sind? Oder gibt es doch Situationen, die Ausnahmen erlauben? Um solche oder ähnlich komplexe Fragen bestmöglich beantworten zu können ist es vorteilhaft, wenn sich mehrere Gelehrte aus unterschiedlichen Disziplinen und mit verschiedenen Perspektiven gemeinsam mit der Thematik auseinandersetzen. Deshalb ist der Begriff des kollektiven *iftā'* (*al-iftā' al-ğamā'ī*)⁴⁹ entstanden. Ibn

⁴⁷ Muḥammad Ibrāhīm: *Al-Fatwā Ahammīyatuhā Ḍawābiḥuhā Ātāruhā*, Kairo 2007, S. 758.

⁴⁸ Ahmed Gad Makhlof: *Das Konzept des kollektiven ig̃tihād und seine Umsetzungsformen: Analyse der Organisation und Arbeitsweise islamischer Rechtsakademien*, Berlin 2018, S. 143.

⁴⁹ Abdullah ibn Baiya: *Ṣinā'at al-Fatwā wa-Fiqh al-Aqalīyāt*, Jeddah 2007, S. 148 f. Meist wird allerdings der Begriff *ig̃tihād ğamā'ī* gewählt. Ersterer ist allerdings zutreffender, da *ig̃tihād* immer eine individuelle Angelegenheit ist, und eine *fatwā* nach dem *ig̃tihād* der einzelnen Gelehrten verabschiedet wird.

Baiya versteht darunter, dass mehrere Gelehrte zusammenkommen, um gemeinsam eine *fatwā* zu veröffentlichen. Dabei können auch Experten aus anderen Disziplinen, wie der Wirtschaft oder der Medizin herangezogen werden, um eine *fatwā* zu finden, die bestmöglich auf die Situation abgestimmt ist und die Interessen der Menschen und somit die *maqāsid*⁵⁰ beachtet.⁵¹ Die gemeinsame Annäherung an eine Fragestellung aus unterschiedlichen Blickwinkeln zielt auf eine möglichst umfassende Berücksichtigung aller relevanten Aspekte und auf die Minimierung der Fehlerquote im *iftāʿ*. Damit ist die „Wahrscheinlichkeit, die göttliche Weisheit oder Bestimmung zu treffen, viel höher.“⁵² Denn bei einer *fatwā*, die auf gemeinsamem Austausch basiert, kann eher davon ausgegangen werden, dass kein Faktor außer Acht gelassen wurde. Das Prinzip des Beratens (*šūrā*) hat zudem einen hohen Stellenwert im Islam, weshalb es auch im *iftāʿ* nicht unbeachtet bleiben sollte. Im Qurʾān wurde dieses Prinzip an der Stelle festgehalten, wo Gott die Gläubigen als jene beschreibt, „deren Regel Beratung untereinander ist“⁵³ (Qurʾān 42:38). Sich zu beraten soll also eine Regel und nicht die Ausnahme darstellen. Dementsprechend wurden in der *sunna* zahlreiche Beispiele überliefert, in denen berichtet wird, dass der Prophet Muḥammad in diversen Angelegenheiten seine Gefährt*innen zu Rate zog, wie zum Beispiel in der Frage, welche Methode zur Versammlung der Menschen zum Gebet angewandt werden solle.⁵⁴ Auch nach dem Tod des Propheten berieten sich seine Gefährt*innen untereinander, sowohl in politischen als auch in religiösen Angelegenheiten. ʿUmar ibn ʿAbd al-ʿAzīz

(gest. 720) war in der islamischen Geschichte der erste, der – als er noch Gouverneur von Medina war – einen Rat aus Gelehrten zusammenstellte, mit denen er sich beriet. Nachdem er Kalif geworden war, rief er einen *šūrā*-Rat aus, in dem er Gelehrte versammeln ließ.⁵⁵ Dieser Rat kann als Vorstufe zum kollektiven *iftāʿ* angesehen werden. Gad Makhlof merkt an, dass es einen relevanten Unterschied zwischen *ig̃tihād ḡamāʿī* und *šūrā* gibt:

Dabei handelt es sich (beim *ig̃tihād ḡamāʿī*) um das kollektive und gleichberechtigte Entscheidungsrecht aller Beteiligten am Normenermittlungsprozess.⁵⁶

Inzwischen gibt es sowohl im islamischen Raum als auch im Westen *fatwā*-Räte, in denen sich Gelehrte austauschen und gemeinsam Lösungen für die Anliegen der Muslime finden, wie zum Beispiel die international tätige islamische *fiqh*-Akademie der islamischen Weltliga (*Maḡmaʿ al-Fiqh al-Islāmī*) oder die Körperschaft der großen Gelehrten (*Haiʿat Kibār al-ʿUlamāʿ*) in Saudi-Arabien.⁵⁷

Durch die Konzentration auf den gemeinschaftlichen *iftāʿ* soll die Möglichkeit des individuellen *iftāʿ* aber weder verhindert noch verboten werden. Vielmehr geht es darum, die Vorteile des gemeinschaftlichen *iftāʿ* zu nutzen. Gleichzeitig soll in privaten Angelegenheiten weiterhin der individuelle *iftāʿ* praktiziert werden.⁵⁸

F Conclusio

Muslimische Minderheiten stehen in Europa vor vielen Herausforderungen. So sind sie auch immer wieder mit Fragen in Bezug auf die Umsetzung

⁵⁰ Absichten.

⁵¹ Ibn Baiya: *Šināʿat al-fatwā*, S. 148; Gad Makhlof: *Das Konzept des kollektiven ig̃tihād*, S. 75.

⁵² Gad Makhlof: *Das Konzept des kollektiven ig̃tihād*, S. 141.

⁵³ وأمرهم شورى بينهم – *wa amruhum šūrā bainahum*.

⁵⁴ Ṣaḥīḥ al-Buḥārī: Ḥadīṯ Nr. 603 f., *Kitāb al-Āḡān, Bāb: Badʿ al-Āḡān*.

⁵⁵ Abdulmaḡid as-Sūsūh: *Buḥūṯ Muʿāšira fī Uṣūl al-Fiqh*, Amman o. J., S. 129.

⁵⁶ Gad Makhlof: *Das Konzept des kollektiven ig̃tihād*, S. 153.

⁵⁷ Ebd., S. 192, 230.

⁵⁸ Ebd., S. 139.

ihrer Religion konfrontiert. Der *iftā'* stellt hierbei ein wichtiges Instrument dar, um Muslim*innen in der Umsetzung ihrer Religion zu helfen und ihnen Erleichterungen zu ermöglichen. Durch einen kollektiven *iftā'* kann dabei am ehesten sichergestellt werden, dass *fatāwā* fehlerlos sind. Zudem können dadurch Muslim*innen in öffentlichen Angelegenheiten vereint werden.

In Europa zeichnet sich offiziell der ECFR, der seinen Sitz in Dublin hat, für das Erteilen von *fatāwā* zuständig. Allerdings ist dieser – wie bereits erwähnt – aufgrund möglicher Sprachbarrieren nicht für alle europäischen Muslime zugänglich. Zudem besteht kein ganzheitlicher Austausch zwischen den in Europa ansässigen Gelehrten. Es wäre daher wünschenswert, dass ein wirklich europäischer *fatwā*-Rat *muftīs* aus allen europäischen Ländern versammelt, damit sie sich gemeinsam den Anliegen aller muslimischen Minderheiten in Europa widmen, die dann idealerweise als *fatāwā* in allen europäischen Sprachen veröffentlicht werden. Würde der *iftā'* in Europa mehr institutionalisiert und zugänglicher gemacht, könnte so eher verhindert werden, dass europäische Muslim*innen *fatāwā* importieren, die nicht auf ihren jeweiligen Lebenskontext abgestimmt sind.

Vor allem aber ist es notwendig, dass es in jedem europäischen Land *muftīs* gibt, die kollektiven *iftā'* betreiben und sich um die Anliegen ihrer muslimischen Mitbürger*innen kümmern. Damit sie fähig sind, *fatāwā* entsprechend den Bedürfnissen der Menschen zu erteilen, ist es notwendig,

dass sie die Lebensumstände in dem jeweiligen Land sehr gut kennen. Deshalb sollten *muftīs* entweder aus dem betreffenden Land selbst stammen oder zumindest dort leben. Die (noch immer im Ausland angesiedelte) Ausbildung von *muftīs* betreffend wäre es zudem vorstellbar, dass ein Teil auch in einem europäischen Land absolviert wird. Besser wäre es natürlich, wenn es Einrichtungen in Europa gäbe, die *muftīs* ausbilden und sie auf die Herausforderungen des *iftā'* in Europa vorbereiten. In Großbritannien gibt es zum Beispiel eine Ausbildungsmöglichkeit für angehende Imame,⁵⁹ das *Dar al-Uloom*, welches als Vorbereitung für eine Tätigkeit als *muftī* betrachtet werden kann. Diese Schule hat allerdings südasiatische Wurzeln, aber sie

is undergoing significant evolution as it attempts to adapt to an environment that is placing greater demands on its particular form of education.⁶⁰

Ebenso sollte es in ganz Europa für bereits tätige Imame und *muftīs* Fortbildungen und Konferenzen geben, damit sie auf die stetigen Veränderungen angemessen reagieren können. Erste Schritte in diese Richtung wurden beispielsweise bereits in Österreich gemacht. Dort fanden in den Jahren 2003 und 2006 jeweils Islam-Konferenzen statt, an denen Imame aus ganz Europa teilnahmen.⁶¹ In Deutschland bietet die Universität Osnabrück seit 2015 Imam-Weiterbildungen an.⁶² Schließlich soll der *iftā'* den muslimischen Minderheiten Erleichterung in ihrem Alltag bringen.

Dr. Ranya Jamil, lehrt und forscht derzeit an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Sie ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin der AIWG Longterm-Forschungsgruppe *Die Normativität des Korans im Zeichen gesellschaftlichen Wandels*.

⁵⁹ Haroon Sidat: Between Tradition and Transition: An Islamic Seminary, or Dar al-Uloom in Modern Britain, in: *Religions* 2018, S. 1.

⁶⁰ Ebd., S. 11.

⁶¹ Islamische Glaubensgemeinschaft in Österreich: *Europäische Islam-Konferenzen*, Wien 2006.

⁶² Siehe www.irp-cms.uni-osnabrueck.de/studium/imam/weiterbildung.html?no_cache=1 (letzter Aufruf 11. 11. 20).

Der historiografische Wert von Texten zur Islamischen Rechtswissenschaft (fiqh) – Eine Fallstudie: *Al-Ḥāwī li-l-Fatāwī* von Ḡalāl ad-Dīn as-Suyūṭī

Mina Moazzeni, S. Kamal Keshiknevis Razavi & Abbas Ahmadvand

Abstract

In studies on social history, one has to consider a large number of sources, for instance, from the fields of literature, history, and geography. Books of statecraft (Siyāsatnāme) also fall under this category. Among the works that contain socio-historical knowledge and have received insufficient attention are some texts on Islamic jurisprudence (fiqh), despite some references from Jean Sauvaget in the entry of The History of the Islamic East. Can such texts be used to understand historical and social issues and to discuss aspects in the history of Islamic societies? Undoubtedly, because of their strong connection to people's daily lives, texts from the field of Islamic jurisprudence contain useful insights into social problems that can be of great use for socio-historical research. This article aims to present one of these works, the Ḥāwī li-l-Fatāwī by Ḡalāl ad-Dīn as-Suyūṭī, which reveals part of the social history in the field of material culture.

In sozialgeschichtlichen Forschungen muss auf eine Vielzahl von Quellen geachtet werden, so beispielsweise aus den Bereichen Literatur, Geschichte und Geografie. Auch Bücher der Staatskunst (Siyāsatnāme) fallen hierunter. Unter den Werken, die sozialgeschichtliche Informationen enthalten und trotz einigen Hinweisen von Jean Sauvaget im Eintrag von Die Geschichte des islamischen Ostens weniger beachtet worden sind, finden sich einige Texte zur islamischen Rechtswissenschaft (fiqh). Können solche Texte verwendet werden, um historische und gesellschaftliche Fragen zu verstehen und Aspekte in der Geschichte islamischer Gesellschaften zu diskutieren? Zweifelsohne enthalten Texte aus dem Bereich der islamischen Rechtswissenschaft aufgrund ihrer starken Verbindung zum täglichen Leben der Menschen nützliche Einblicke in soziale Probleme, die für sozialgeschichtliche Forschungen von großem Nutzen sein können. In diesem Artikel soll eines dieser Werke, das Ḥāwī li-l-Fatāwī von Ḡalāl ad-Dīn as-Suyūṭī, vorgestellt werden, das einen Teil der Sozialgeschichte im Bereich der materiellen Kultur zeigt.

A Einleitung

Historische sozialgeschichtliche Forschungen bauen häufig auf Primär- und Sekundärquellen unterschiedlicher (Wissenschafts-)Bereiche auf. Auch Texte aus dem Bereich der islamischen Rechtswissenschaft finden hier Berücksichtigung. Ihre Beachtung durch die Historiker erfolgt jedoch weniger aus dem Ziel heraus, die Lösung von islamisch-rechtswissenschaftlichen Problemen in einer bestimmten Zeit zu untersuchen, sondern vielmehr, um durch die Antworten islamischer Juristen auf bestimmte Probleme mehr über die Ansichten und die Ausgestaltung des sozialen Lebens einer Gesellschaft zu erfahren. Im Fokus des

Historikers steht somit der Prozess, der sich aus der Entwicklung, Problemstellung – Frage der Lösung – Antwort (der Gelehrten oder der Menschen) – Tat (Umsetzung) ergibt.

Bei der Abfassung eines Texts erhält dieser zwangsläufig Informationen über die ihn umgebende Welt, die explizit oder verborgen sein können, in letzterem Fall also erforscht werden müssen. In besonderem Maße gilt dies etwa für die Sozialgeschichte. Neben der Lektüre historischer Texte vor dem Hintergrund unterschiedlicher Ansätze und Methoden wurde auch anderen Literaturarten wie literarischen, geografischen und mystischen Texten Beachtung geschenkt. Bislang eher weniger Berücksichtigung fanden dabei allerdings

Texte aus dem Bereich der islamischen Rechtswissenschaft, insbesondere solche, die als *masāʿil* (Probleme), *asʿila* (Fragen) oder *fatāwā*¹ bekannt sind, um beispielhaft nur einige zu nennen. Diese Texte scheinen die meisten und deutlichsten historischen Angaben in Bezug auf soziale Aspekte zu beinhalten, da sie sich mit dem täglichen Leben der Menschen befassen. Indem die von den Menschen gestellten Fragen und die darauf erfolgenden Antworten der Gelehrten in Sammlungen aufgenommen wurden, entstand eine wertvolle Informationsquelle über das soziale Leben von Menschen in unterschiedlichen Epochen. Darüber hinaus können die Sammlungen zur Überprüfung von Angaben in historischen Texten verwendet werden.

Neben der Verwendung von *fiqh*-Texten in der historischen Forschung können diese auch in anderen sozialwissenschaftlichen Forschungen von Nutzen sein. Zum Beispiel können diese Texte dazu beitragen, eine spezifische Perspektive zur Sozial- und Rechtsgeschichte mit dem anthropologischen Verständnis der islamischen Gesellschaft in verschiedenen Jahrhunderten zu verbinden, indem sie Teile des täglichen Lebens von Muslim*innen vermitteln.²

Dabei lässt sich ein wechselseitiges Verhältnis zwischen historischen und anderen Textformen erkennen. Diese Wechselwirkung ist so weit fortgeschritten, dass

die literarischen Texte die Geschichte ihrer Zeit und die historischen Texte die Literatur ihrer Zeit sind[,]³

dass somit also die Geschichte als Spiegelung der Literatur und die Literatur als Widerspiegelung der Geschichte betrachtet wird. Diese verhältnismäßig neue Sichtweise auf Geschichte und Literatur führte unseres Erachtens zu der Theorie, dass sowohl historische als auch literarische Texte selbst als eine Art Geschichte angesehen und nicht voneinander getrennt werden können und dass beide Textformen damit als ebenbürtig zu betrachten sind. Damit erlangte bei Historikern die Einbeziehung literarischer Texte bei Abhandlungen zu historischem politischem Denken und zur Sozialgeschichte einen besonderen Stellenwert. Zu den prominenten historischen Texten, die auf dem Gebiet der Literatur viel Aufmerksamkeit erregt haben, zählt *Tārīḥ-e Masʿūdī (Masʿūdīs Geschichte)*, das als *Tārīḥ-e Bayhaqī* bekannt ist.⁴ Zu den herausragenden literarischen Texten

¹ Eine *fatwā* (Pl. *fatāwā*) ist eine von einer muslimischen Autorität auf Anfrage erteilte Rechtsauskunft, die dem Zweck dient, ein religiöses oder rechtliches Problem zu klären.

² A. A. Navayi: Muzū-šināsīy-e fiqhi va Rābetey-e ān bā Ulūm (Die Themen im *fiqh* und ihre Beziehung zu den Wissenschaften), in: *Andiše Hoze* 34 (2002), S. 104–131.

³ A. Fayyaz / I. Sangari / M. Narimani: *Naqš-e Adabiyāt dar Tārīḥ-negārī va Pažūheš-e Tārīḥī (Die Rolle der Literatur in der Historiografie und historischen Forschung)*, Internationaler Kongress für Sprache und Literatur, Farhangian Universität, Shahid Mofateh Shahre Rey Fakultät, Oktober 2016, S. 5.

⁴ A. Ghavam / E. Ghaboul: Barʿresīy-e Oqdey-e Heqārat dar Šaḥsīyat-e Abū Sahl Zawzānī bar asās-e Tārīḥ-e Bey-

haqī (Eine Untersuchung des Minderwertigkeitskomplexes im Charakter von Abū Sahl Zauzānī, basierend auf Tārīḥ-e Beyhaqī), in: *Adab Pažūhi (Literaturrecherche)* 1.1 (2007), S. 49–68; ferner die Veröffentlichungen J. Sabzalipour / M. Asgharzade: Tasvir-sāzī-e Sinamāyī dar Tārīḥ-e Beyhaqī (Filmische Darstellung in Tārīḥ-e Beyhaqī), in: *Adab Pažūhi* 6.22 (2012), S. 65–95; A. Horri: Hambastegī-e Sotūh-e Revāyat dar Dāstān-e Ḥasanak Vazīr (Korrelation zwischen den narrativen Ebenen und den Halliday-Metafunktionen in der Geschichte von Ḥasanak, dem Wesir), in: *Adab Pažūhi* 4.12 (2010), S. 69–87; L. Seyed Ghaseem: Kār kard-e Belāgī Ārāyešī-e Vāzegānī dar Tārīḥ-e Beyhaqī (Die rhetorische Funktion des Wortschatzes in Tārīḥ-e Beyhaqī), in: *Naqd-e Adabī (Literatur-Kritik)* 6.24 (2013), S. 63–94.

zählt ferner *Šāhnāme* von Ferdowsi, das auf dem Gebiet der Historiografie sehr bedeutend ist.⁵

Was nun Texte der islamischen Rechtswissenschaft betrifft, so finden diese zwar beim Verfassen der Geschichte des *fiqh*⁶ und damit zusammenhängender Bereiche⁷ Berücksichtigung, um die Funktion und das Wirken der islamischen Juristen (*fuqahā'*) zu verstehen und ihre Meinungsbildung nachvollziehen zu können,⁸ den Augen der Historiker bleiben diese Texte jedoch immer noch weitestgehend verborgen. So wurde lange Zeit historischen Texten der Vorrang gegeben, um gesellschaftliche Entwicklungen und ihre Auswirkungen auf die *fiqh*-Theorien im Laufe der Geschichte zu analysieren,⁹ *fiqh*-Texte selbst als historische Texte wurden jedoch kaum herangezogen.

Sauvaget hat in seinem Eintrag zur islamischen Geschichte auf Beispiele der frühesten Studien mit diesem Ansatz hingewiesen, wie *Sociological Aspects of Islamic Law* von Joseph Schacht, *Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence* von Noel J. Coulson und *Struggle and Survival in the Modern Middle East* von Edmund Burke III.¹⁰ Auch die arabische Welt hat sich mit diesem Thema und der Bedeutung von Texten aus der islamischen Rechtswissenschaft für die Entwicklung des historischen Wissens befasst, wobei arabische Wissenschaftler zunächst versuchten, diese Texte einzuordnen und dann Grundsätze und Prinzipien für ihre Anwendung zu formulieren.¹¹

Eine der ersten Studien auf diesem Gebiet in türkischer Sprache ist das Buch *Şeyhülislam Ebus-suud Efendi Fetvaları Işığında 16 Asır Türk Hayatı*

⁵ M. S. Simpson / Oleg Grabar / Gh. Dabiri / M. Nemat Tavousi / G. Lasikova: *Šāhnāme va Pažūheš-hāye Tāze pīrāmūn-e Tārīḥ-negarī, Honar va Ğāme-e Īrānī (Šāhnāme und aktuelle Forschungen zur iranischen Historiographie, Kunst und Gesellschaft)*, übers. von M. Fazeli Birjandi, Tehran 2012; ferner Z. Zand: *Sabk-e Tārīḥ-nevīsī-e Šāhnāme Ferdowsī (Der historiografische Stil von Šāhnāme Ferdowsī)*, in: *Pažūheš-nāme Adab-e Hemāsī (The Journal of Epic Literature)* 15 (2013), S. 77–99.

⁶ Wie beispielsweise in K. Modirshanechi: *Tārīḥ-e feqh-e Mazāheb-e Eslāmī (Geschichte der islamischen Rechtswissenschaft)*, Qom 2012; A. Kashef al-Ghatta: *Al-Madḥal aš-Šarī'a al-Islāmīya*, Nağaf al-Ašraf 2014; H. Khani: *Tārīḥ-e feqh-e Eslāmī (Geschichte der islamischen Rechtswissenschaft in den frühen Jahre (vom Beginn des Islams bis zur Entstehung der Schule des Spät-Ḥadīt)*, Teheran 2016; P. Meqdadian: *Tārīḥ-e Tabarrī dar asr-e Emām ḡavād bā ta'kid bar Riğāl il-Kašī (Der historische Kontext der Vermeidung in der Ära von Imam Jawād mit Betonung auf dem Buch Riğāl il-Kašī)*, Masterarbeit, Ferdowsi Universität, 2016; Joseph Schacht: *The Origins of Muhammadan Jurisprudence (Oxford University Press 1950)*, übers. von A. R. Ḥajeh Fard, Teheran 2015.

⁷ Wie beispielsweise F. Aslani / E. Kheiri: *Andiše-ye Velāyat-e Faqīh va Hoqūq-e Asāsī dar dorey-e Safavī (Der*

Gedanke an Velāyat-e Faqīh und die Grundrechte in der Safavid-Ära), in: *Pažūheš-hāye Enqelāb-e Eslāmī (Forschungen über die Islamische Revolution)* 15 (2015), S. 7–28.

⁸ J. Sauvaget: *Introduction à l'histoire de l'Orient musulman: Éléments de bibliographie*, Paris 1943, S. 74.

⁹ Zum Beispiel M. Araki: *Naqše Taḥavolāt-e Eğtemāyī dar Nazāriyāt-e Feqhī (Die Rolle der gesellschaftlichen Entwicklungen in fiqh-Theorien)*, in: *Ravāq Andisheh* 20 (2003), S. 7–16.

¹⁰ Sauvaget 1943, S. 75.

¹¹ Beispielsweise al-Ḥaṭīb: *Ahammiyat an-Nawāzil fi-d-Dirāsāt al-Fiqhīya wa-l-Iğtimā'īya wa-t-Ta'rīḥīya (Die Bedeutung von Katastrophen in juristischen, sozialen und historischen Studien)*, in: *Dawat Al-Haqq* 316 (1996), <http://habous.gov.ma/daouat-alhaq> (letzter Aufruf 26. 07. 2020); A. M. Zenati: *Kutub an-Nawāzil Masdarān li-d-Dirāsāt at-Ta'rīḥīya wa-l-Fiqhīya fi-l-Mağrib wa-l-Andulus (An-Nawāzil-Bücher sind Quellen der historischen und juristischen Studien in Marokko und Andalusien)*, in: *Dār Ein* (2014), www.dar-ein.com/articles/769-کتاب-النوازل-مصدر-الدراسات-التاريخي (letzter Aufruf 26. 07. 2020); A. as-Saeidi: *an-Nawāzil al-Fiqhīya wa-l-'Ulūm al-Insāniya; 'Ilm at-Ta'rīḥ Miṭālan (fiqh-Fragen und Geisteswissenschaften, zum Beispiel Geschichtswissenschaften)*, in: *Daurīyat Kān at-Ta'rīḥīya* 6 (2009), S. 17–21.

(1971) von Ebussuud Efendi¹² (1490–1574), das von Ertuğrul Düzdağ korrigiert wurde. Darin wird das soziale Leben der Türken im Osmanischen Reich im 10. Jahrhundert n. H. / 16. Jahrhundert CE durch die *fatwā* des *šaiḥ al-islām*¹³ untersucht.

Als eine der neuesten Forschungen auf diesem Gebiet, die sich hauptsächlich auf Rechtstexte und Dokumente zur Zusammenstellung der Sozialgeschichte konzentriert, kann *Islamic Law and Society in Iran: A Social History of Qajar Tehran* von Nobuaki Kondo¹⁴ betrachtet werden. Nobuaki Kondo untersucht die rechtlichen Aspekte der Zivilgesellschaft im Iran und verweist auf den sozialen Kontext, in dem der politische Prozess stattfand. Er stellt dar, wie die Behörden das Recht in der Gesellschaft anwendeten, wie die Menschen selbst das Recht anwendeten und wie das Gemeinschaftsrecht reguliert wurde.

Das Buch vermittelt ein Verständnis des Rechtssystems im Qajar-Iran und seine Rolle in der Gesellschaft. Es ermöglicht damit eine Kontextualisierung für die Bewertung der Bestrebungen und Ergebnisse moderner Reformen sowie des modernistischen Diskurses.

Zu den Forschungen, die sich in Nord- und Westafrika mit diesem Thema befasst haben, gehört das von David Powers verfasste Buch *Law, Society and Culture in the Maghrib*.¹⁵ Darin stellt er die Anwendung der Quellen der islamischen Rechtswissenschaft auf Themen wie Vaterschaft, Ehebruch, Wasserrecht, und *Auqāf* (fromme Stiftungen) dar und belegt jeden Bereich nicht nur

mit historischen Texten, sondern auch mit Quellen der islamischen Rechtswissenschaft. Zudem zeigt er auf, dass im Gegensatz zu verbreiteten Ansichten *muftīs* die Qualität der Interaktionen zwischen Recht, Gesellschaft und Kultur berücksichtigend in Erwägung gezogen haben. Somit kann Powers' Veröffentlichung als ein wegweisender Ansatz zur Untersuchung eines komplexen Feldes der Sozialgeschichte betrachtet werden, denn er versucht, einen Zusammenhang zwischen Rechtsbegriff und religiöser Verpflichtung zu finden, um eine Vielzahl von Themen (wie uneheliche Beziehung, Erbschaft, Familie, fromme Stiftungen und Gotteslästerung) zu analysieren. Er betrachtet das Justizsystem als den wichtigsten Faktor für die Regulierung der sozialen Beziehungen.¹⁶ Akel Ismail Kahera¹⁷ hat in seinem Werk *Reading the Islamic City: Discursive Practices and Legal* die Auswirkungen der mālikitischen Rechtsschule auf das Leben der Menschen in Marokko und Andalusien, vor allem bezogen auf Themen wie den Bau und das Siedlungsmuster, im 1. und 2. Jahrhundert n. H./7. Jahrhundert n. Chr. untersucht. In dieser Studie hat er anhand des theoretischen Rahmens von Michel Foucault gezeigt, wie der Diskurs des mālikitischen *fiqh* eine Rolle beim Aufbau der Stadt und ihrer rechtlichen Fragen wie Eigentum, Privatsphäre usw. gespielt hat.

Weshalb nun scheint es angebracht zu sein, Texte der islamischen Rechtswissenschaft für sozialgeschichtliche Untersuchungen heranzuziehen?

¹² Abū as-Sa'ūd Muḥammad ibn Muḥammad: *Şeyhülislâm Ebussuud Efendi fetvaları ışığında 16. asır Türk hayatı (Türkisches Leben im 16. Jahrhundert im Lichte von fatāwā des Šaiḥ al-Islām Ebussuud Efendi)*, hrsg. von M. Ertuğrul Düzdağ (1972).

¹³ Ein Ehrentitel für einen islamische Religionsgelehrten, der gleichzeitig die oberste religionsrechtliche Autorität des Staates darstellte.

¹⁴ N. Kondo: *Islamic Law and Society in Iran: A Social History of Qajar Tehran*, London 2017.

¹⁵ D. S. Powers: *Law, Society and Culture in the Maghrib, 1300–1500*, Cambridge University Press 2002.

¹⁶ Powers, S. 229–233.

¹⁷ A. I. Kahera: *Reading the Islamic City: Discursive Practices and Legal Judgment*, Lexington Books 2011.

Die Sozialgeschichte ist ein Forschungsbereich, in dem verschiedene Formen sozialer Beziehungen im Kontext der Geschichte untersucht werden: zwischenmenschliche Beziehungen, die Beziehungen zwischen Menschen und Regierung sowie die Beziehungen zwischen Menschen und ihren materiellen und geistigen Welten. Der erste Bereich, die zwischenmenschlichen Beziehungen, enthält die Komponenten des täglichen Lebens der Menschen in den untersuchten historischen Epochen oder in ihrem geschichtlichen Verlauf.

Im Mittelpunkt des Interesses stehen dabei die Arten von Lebensmitteln, die Art und Weise der Produktion und Verarbeitung von Lebensmitteln, die Geschmäcker sowie Nahrungsvorlieben im Allgemeinen (also die Ernährungskultur der Menschen), ferner die Vielfalt ihrer Kleidung und die Kleidungskultur, das äußere Erscheinungsbild generell. Darüber hinaus finden Aussagen zu Gewerbe und Berufen, Gerätschaften und Arbeits- sowie Alltagsmittel, Freizeit und Unterhaltung, Spielen, Sport und Wettkämpfen, Familiensystem und Haushalt, Alltagshygiene usw. Berücksichtigung. Der zweite Bereich, die Beziehungen zwischen Menschen und Regierung, umfasst Untersuchungen von administrativen, finanziellen und staatlichen Organisationen sowie Militär- und Strafverfolgungsbehörden wie Justizbehörden, Polizei und Institutionen der städtischen Sicherheit, Gefängnisse und dergleichen. Der dritte Bereich, die Beziehungen zwischen Menschen und ihrer Lebenswelt, gliedert sich in zwei Hauptteile: 1) die Beziehungen der Menschen zur materiellen Welt, einschließlich der materiellen Bestandteile des Lebensstils, wie das städtische Leben und die Urbanisierung. Beispiele hierfür sind die Verfasstheit der Bevölkerung und deren Aufteilung in Gruppen und soziale Schichten einschließlich der herrschenden Klasse und des Volkes, die Aufteilung

von Menschen in Oberschicht, Unterschicht und Subsistenzgruppen wie Landwirte, Händler, Handwerker, Geistliche und Soldaten, geschlechtsspezifische Aufteilungen usw., ferner religiöse Architektur, Diskussionen über den Umgang der Menschen mit der Natur und den Naturkräften, der Umwelt und dergleichen; 2) die Beziehungen der Menschen zur geistigen Welt, die ihre Überzeugungen, Sitten, ihrem religiösen Glauben und ihre diesbezüglichen Praktiken sowie Probleme in Bezug auf Kultur, Bildung und den Transfer von Wissenschaft und Traditionen auf verschiedene Arten umfassen.

Der Zweck dieses Artikels ist es, eine der Quellen zu untersuchen, die für historische Forschungen nützlich sein könnte. Wie werden historische Angaben aus Texten und Werken der islamischen Rechtswissenschaft gesammelt und nach welchen Kriterien kann ihr Wahrheitsgehalt festgestellt werden? In der historischen Forschung gibt es zwei Möglichkeiten, den Wert solcher Texte zu veranschaulichen: erstens, indem für jede Frage oder jedes Thema, das historisch oder sozialhistorisch bedeutend ist, ein Beispiel aus diesen Texten gefunden wird; zweitens, indem ein Text auf ein bestimmtes Thema hin durchkämmt wird. In diesem Artikel haben wir beide Methoden berücksichtigt, um ihre jeweiligen Mängel zu identifizieren und einen Vorschlag zur Gestaltung einer dritten Methode der Datensammlung aus *fiqh*-Texten zu unterbreiten.

B Über *Al-Ḥāwī li-l-Fatāwī*

Al-Ḥāwī li-l-Fatāwī fi-l-Fiqh wa-ʿUlūm at-Tafsīr wa-l-Ḥadīṭ wa-l-Uṣūl wa-n-Naḥw wa-l-Iʿrāb wa-Sāʾir al-Funūn (Fatāwā über Rechtswissenschaft, Exegese, Ḥadīṭ, Grundlagen von Islam, Grammatik, Syntax-

analyse und anderen Künsten) ist ein Buch von Ġalāl ad-Dīn as-Suyūṭī,¹⁸ das er durch die Auswahl eines Teils seiner *fatāwā*, die er im Laufe der Jahre als Antworten auf Fragen aus den islamischen Ländern (insbesondere aus Ägypten und den umliegenden Gebieten) gesammelt hatte, verfasst hat. Es enthält seiner Meinung nach seine wichtigsten *fatāwā*, die herangezogen werden können, um seine Ideen für die Praxis zu verstehen oder aber – Theologiestudenten betreffend – um seine Methode anzuwenden. Das Buch wurde 1959 von Moḥammed Moḥyildīn Abdilḥamid ediert und in der ägyptischen Druckerei As-Sa‘adī veröffentlicht. Sein Werk unterteilte as-Suyūṭī wie folgt: *fiqh*, *tafsīr*,¹⁹ *ḥadīṭ*,²⁰ *uṣūl al-fiqh*,²¹ Syntax und Diakritika sowie verschiedene andere Wissenschaften. Im Folgenden untergliederte er den Inhalt in *kitāb*²² und *bāb*²³, wobei er bei der Benennung jedes Kapitels eine Form der Reimprosa verwendete. Die Struktur des Textes hat die Form von Frage und Antwort, d. h. es wird eine Frage gestellt, und as-Suyūṭī versucht anschließend, sie zu beantworten. Da es sich hier um eine Auswahl von Briefen und Fragen handelt, die der Gelehrte im

Laufe der Zeit erhalten hat, kann das Buch als eine kategorisierende Sammlung aus dem wissenschaftlichen Archiv as-Suyūṭīs betrachtet werden. Der Inhalt des Buches ist in Form von Poesie und Prosa verfasst, und wo as-Suyūṭī in poetischer Form gefragt worden war, versuchte er gleichsam, in Form von Poesie zu antworten. Angepasst an die Kürze oder Länge der Frage gab as-Suyūṭī zudem entsprechend kurze und lange Antworten, und wo der Fragesteller eine Frage über ein Thema in verschiedenen Religionen stellte, erwähnte der Gelehrte die verschiedenen interreligiösen Gesichtspunkte und bezog sich auch auf den historischen Hintergrund der Diskussion. Die von ihm zur Beantwortung einer Frage herangezogenen Quellen betrachtete er kritisch, worauf später noch einzugehen sein wird. Dabei ist es grundsätzlich notwendig, aus der Frage des Fragestellers das eigentliche, realitätsbezogene Anliegen herauszulesen, das der Fragesteller in der Regel versuchte, kurz und knapp darzustellen. Die Antwort des Gelehrten wiederum enthält den normativ wertenden Aspekt für die betreffende Situation.²⁴

¹⁸ Ġalāl ad-Dīn ‘Abdurrahmān ibn Abī Bakr Suyūṭī ist ein sunnitische Gelehrter und Autor vieler Werke zu den Themenbereichen *ḥadīṭ*, Geschichte und anderen Wissenschaften. Er wurde 849 n. H. / 1445 n. Chr. in Ägypten geboren und starb im Jahr 911 n. H. / 1505 n. Chr. Er reiste in viele Gebiete wie Syrien, den Hiġāz, den Jemen, Indien und Marokko um zu studieren, und war mit vielen Ältesten und Professoren verbunden. As-Suyūṭī war unter schiitischen und sunnitischen Gelehrten weithin bekannt und beherrschte die Fächer *tafsīr*, *ḥadīṭ*, *fiqh*, Literatur, *qirā’āt*, Geschichte und Medizin. Seine zahlreichen Werke umfassen unter anderem *Iḥyā’ al-Mayyit* (*Wiederbelebung des Toten*), *Tafsīr ad-Durr al-Mantūr*, *Tadrib ar-Rāwī fi Šarḥ Taqrib an-Nawāwī* (*ḥadīṭ*), *At-Ta’zīm wa-l-Minna fi anna Aba-*

wai an-Nabī fi l-Ġanna (*Verherrlichung und Dankbarkeit, dass die Eltern des Propheten im Himmel sind*) und weitere.

¹⁹ Interpretation des Korans.

²⁰ Überlieferungen der Aussprüche und Handlungen des Propheten Muḥammad.

²¹ Quellen und Methoden der islamischen Rechtswissenschaft.

²² Buch.

²³ Kapitel.

²⁴ Ḥāfiz Ġalāl ad-Dīn ‘Abdurrahmān ibn Abī Bakr as-Suyūṭī: *Al-Ḥāwī li-l-Fatāwī fi l-Fiqh wa-‘Ulūm at-Tafsīr wa-l-Ḥadīṭ wa-l-Uṣūl wa-n-Naḥw wa-l-I’rāb wa-Sā’ir al-Funūn* (*Fatwas über Rechtswissenschaft, Exegese, Hadith, Grundlagen von Islam, Grammatik, Syntexanalyse und anderen Künsten*), Beirut (s. d.), Bd. 1, S. 292.

C Beachtung der menschlichen Grundbedürfnisse

Jedes der in *Al-Ḥāwī* behandelten Themen könnte sich für eine einzelne, umfassende Analyse und Besprechung als fruchtbar erweisen. Für diesen Aufsatz haben wir den Schwerpunkt auf einige der im Kapitel *mu‘āmalāt* („Rechtsgeschäfte“) aufgeworfenen Fragen gelegt, die wichtige Themen in der Sozialgeschichte aufzeigen und den Kern der zwischenmenschlichen Beziehungen ausmachen. Diese Themen verdienen deshalb eine besondere Betrachtung, da sie in den Fragen und Antworten häufiger erwähnt wurden.

Nachfolgend werden zunächst historische Informationen zu den drei Grundbedürfnissen des Menschen gemäß der Darstellung in *Al-Ḥāwī* besprochen, anschließend soll der Wert dieses Werkes für sozialgeschichtliche Studien anhand des Beispiels *Der Brief von Takrūr* aufgezeigt werden.

D Bekleidung

Eines der Grundbedürfnisse der Menschheit beim Schutz vor Hitze und Kälte ist die Bekleidung. In jeder Gesellschaft beeinflussen verschiedene Faktoren die Art der Kleidung: Historisch betrachtet waren es der Zugang zu Tierhäuten, die Vielfalt der Tiere, die zur Herstellung von Kleidungsstücken verwendet werden konnten, die Zugehörigkeit zur sozialen Schicht, die geografische Lage sowie die Religionszugehörigkeit. Für Muslim*innen etwa ist bis heute die Einhaltung der Vorschriften der *šarī‘a* in Bezug auf Kleidung besonders wichtig. In *Al-Ḥāwī* gibt es verschiedene Fragen zu Kleidung, die in zwei Kategorien unterteilt werden können: Die erste Kategorie betrifft das Material oder den Rohstoff von Kleidung sowie die Frage, ob diese *ḥarām* (verboten) oder *ḥalāl* (er-

laubt) seien. Die andere Kategorie betrifft die Frage, wie verschiedene Kleidungen bei unterschiedlichen Anlässen und an verschiedenen Orten zu verwenden seien. Das sei exemplarisch an folgender Frage dargestellt:

Die Frage bzw. das Problem:

شخص من أبناء العرب يلبس الفروج، والزنت الأحمَر، وعمامة العرب، اشتغل بالعلم وفضل وخالط الفقهاء فأمره أمر أن يلبس لباس الفقهاء؛ لأن في ذلك خرما لمروءته، فهل الأولى له ذلك أو الاستمرار على هيئة عشيرته؟ وما جنس ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يلبس تحت عمامته؟ وما مقدار عمامته؟ وهل لبس أحد من الصحابة في عهده صلى الله عليه وسلم الزنت والفروج.

Šaḥs min abnā‘ al-‘arab yalbasu al-farrūḡ, wa-z-zunṭ al-aḥmar, wa-‘imāmat al-‘arab, ištaḡala bi-l-‘ilm wa-faḍūla wa-ḥālaṭa al-fuqahā‘ fa-amarahu āmir an yalbasa libās al-fuqahā‘, li-anna fī ḍālik ḥarman li-murū‘atihi, fa-hal al-aulā lahu ḍālik au al-istimrār ‘alā hai‘at ašrātihi? Wa-mā ġins mā kāna an-nabī [...] yalbasu taḥta ‘imāmatihi? Wa-hal labisa aḥad min aṣ-ṣaḥāba fī ‘ahdihi [...] az-zunṭ wa-l-farrūḡ.

Eine Person aus den arabischen Stämmen trug ein zerrissenes Gewand, eine Scheitelkappe und einen arabischen Turban; er war Wissenschaftler und verkehrte oft mit islamischen Rechtsgelehrten (*fuqahā‘*). Der *muḥtasib*²⁵ warnte ihn, die üblichen Kleider der *fuqahā‘* zu tragen, da dies nicht seiner Würde entspreche. Ist es richtig für ihn, seine Kleidung zu ändern oder soll er sich auf die gleiche Weise, wie sein Stamm, kleiden? Was trug der Prophet [...] unter seinem Turban? Trugen die Gefährten des Propheten [...] Scheitelkappe und zerrissene Gewänder?

Die Antwort:

لا إنكار عليه في لباسه ذلك ولا خرم لمروءته؛ لأن ذلك لباس عشيرته وطائفته، ولو غيره أيضا إلى لباس الفقهاء لم يخرم مروءته، فكل حسن، ذلك لمناسبته أهل جنسه وهذا لمناسبة أهل وصفه²⁶

²⁵ Jemand, der der religiösen Pflicht zum Gebieten des Rechten und Verbieten des Verwerflichen nachkommt.

²⁶ As-Suyūṭī, Bd. 1, S. 103.

Lā inkār ‘alaihi fi libāsihi dālīka wa-lā ḥarma li-murū’atihi, li-anna dālīka libās ‘ašratīhi wa-tā’i-fatihi, wa-lau ḡayyarahū aiḡan ilā libās al-fuqahā’ lam yaḡrim murū’atahu, fa-kull ḡasan, dālīka li-munāsabatihi ahl ḡinsihi wa-hādā li-munāsabat ahl waḡfihi

Es gibt keine Einwände gegen seine Kleidung und es führt nicht dazu, dass er seine Würde verliert, weil er Kleidung nach dem Brauch seines Stammes trägt, und wenn er seine Kleidung auf die übliche Weise der *fuqahā’* wechselt, wird es immer noch kein Verlust seiner Würde sein, und es kann für ihn besser sein, weil er zu seinen Gefährten passt.

Aus der Frage und der Antwort können folgende Kernaspekte herausgelesen werden: Die Berücksichtigung der ethnischen Zugehörigkeit der Person, die Art der Kleidung, die Arbeit und der Sozialstatus der Person, die Anwesenheit einer Person, die ihn wegen der Kleidung ermahnt, die Beziehung der Kleidung zum Volksstamm,²⁷ dem eine Person angehört und die Spezifik der Bekleidung jedes Volksstamms, die Bitte um eine Antwort bezüglich der Art und Weise des Verhaltens des Propheten und seiner Gefährten und der Auswirkung der Kleidung auf die gesellschaftliche Akzeptanz.

E Behausung und Städtebau

Für die Behausung können neben ihrer Schutzfunktion zwei Grundfunktionen genannt werden: Die soziale und die psychologische Funktion. Die soziale Funktion der Behausung ist eine ihrer wichtigsten Funktionen, so dass ihre Unangemessenheit oder ihr Fehlen nicht nur auf die unmittelbar Betroffenen, sondern auch auf die Gesellschaft

eine verheerende Auswirkung haben kann. In der psychologischen Funktion gilt die Behausung als ein Ort zur Entspannung, Erholung, Befreiung von Stress und Stabilisierung der Gesundheit von Körper und Seele. Wegen der beiden letztgenannten Funktionen hat die Behausung für das menschliche Leben eine große Bedeutung. Mit einer Behausung sind jedoch auch Fragen der Ansprüche auf Besitz und Eigentum verbunden, die jeweils besonderen Regeln und Vorschriften unterliegen.

Fragen zur Behausung und die damit verbundenen Regeln befinden sich in *Al-Ḥāwī* im Kapitel *Bāb al-bai’* (Kapitel über den Kauf). Beispielhaft seien hier as-Suyūṭī’s Antworten in den Fällen *Al-Ġahr bi-man’ al-Burūz ‘alā Šāṭī’ an-Nahr* (Bemühungen, die Erweiterungen am Flussufer zu stoppen) und *Al-Bāri’ fi iqtā’ aš-Šāri’* (Überwinden des Besitzes von Straßen) zum Wohnbau und seinen Grenzen angeführt.

So habe ein Mann ein Haus an der Nil-Küste besessen, das ungefähr an die Mauer der Nachbarhäuser grenzte. Vor 17 Jahren habe er die Mauer von seinem Haus 20 Cubit²⁸ lang in Richtung See verlängert. Neulich habe er sein Haus wieder vergrößert und die Mauer in Richtung See verlängert. Zu diesem Zweck habe er eine 16 Cubit lange Basis in Richtung See gegraben, d. h. insgesamt eine 36 Cubit lange Mauer, die im Flussbett und in der Küste des Nils stehe, wo die Wasserstraße ist.

لا يحل لك ذلك باتفاق المذاهب الأربعة فشنع علي في البلد أني أفنتيت بهدم بيوت الروضة، وهذا كذب محض وإشاعة باطلية، فإن البيوت القديمة الباقية علي أصولها لا يحل التعرض لها وإنما الكلام في البروز الحادث وما يراد إحدائه الآن، وكثير من الناس يظنون أن مذهب الشافعي: جواز البروز مطلقاً،

²⁷ Unter ‚Volksstamm‘ bzw. ‚Volksstämme‘ werden im Rahmen dieses Beitrages ethnische Stämme gemeint, die in zwei religiösen Gruppen (Muslime und Ungläubige) unterteilt sind. Es geht dabei nicht nur um Religion, sondern auch um Völkerschaft allgemein. So sind etwa Lam-

lam, Tamim und Damdam Völkerschaften, die auch ungläubig sind. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um Sekten.

²⁸ Hierbei handelt es sich um Längenmaß, dem jedoch unterschiedliche Bemessungsgrundlagen zugrunde lagen.

وليس كذلك، بل شرطه أن لا يكون في شارع، ولا في حريم نهر، ولا نحو ذلك مما هو مبين في كتب الفقه، وقد وقع في حياة شيوخنا أن أبيك الخاصكي بنى بيتا بمصر تجاه جامع الرئيس وبرز فيه على شاطئ النهر فاستفتى الشيخ الإمام العلامة المحقق جلال الدين المحلي الشافعي فأفتى بمنعه من ذلك، وعلمه بأن شطوط الأنهار لا تملك ولا يجوز إحيائها ولا البناء فيها.

Lā yaḥillu lak ḏālik bi-ittifāq al-maḏāhib fa-šanna'a 'alaiyya fi-l-balad annī aftaitu bi-hadm buyūt ar-rauḏa, wa-hāḏā kaḏib maḥḏ wa-išā'a bāṭila, fa-in al-buyūt al-qadīma al-bāqīya 'alā uṣūlihā lā yaḥillu at-ta'arruḏ lahā wa-innamā l-kalām fi-l-burūz al-ḥādiṭ wa-mā yurād iḥḏātuḥu al-ān, wa-kaṭīr min an-nās yaẓunnun anna maḏhab aš-Šāfi'i: ḡawāz al-burūz muṭlaqan, wa-laisa ka-ḏālika, bal šarṭahu an lā yakuna fi šāri', wa-lā fi ḥarīm nahr, wa-lā naḥw ḏālika mim mā huwa mubayyan fi kutub al-fiqh, wa-qad waqa'a fi ḥayāt šuyūḥinā anna Aibak al-Ḥašiki banā baitan bi-Miṣr tuḡāha ḡāmi' ar-rayis wa-baraza fihi 'alā šāṭi' an-nahr fa-istaftā aš-šaiḥ al-imām al-'alāma al-muḥaqqiq Ḡalāl ad-Dīn al-Maḥallī aš-Šāfi'i fa-aftā bi-man'ihī min ḏālika, wa-'allalahu bi-anna šuṭūṭ al-anahār lā tumalaku wa-lā yaḡūzu iḥyā'uhā wa-lā al-binā' fiḥā

Also sagte ich [= as-Suyūṭī] ihm, dass seine Tat in den Rechtsschulen nicht zulässig sei; dann hat er mich in der Stadt verleumdet und behauptet, dass ich angeordnet habe, die Häuser auf der Rauḏa-Insel (im Nil)²⁹ zu zerstören. Es ist aber eine Lüge und eine falsche Information. Die alten Häuser mit richtigen Grenzen können unberührt bleiben, mein Urteil betrifft jedoch die neuen Erweiterungen der Häuser. Viele Leute denken, dass die Erweiterung der Häuser in der šāfi'itischen Rechtsschule zulässig ist, während dies nicht der Fall ist, und es gibt Bedingungen, die in den fiqh-Büchern klagestellt wurden. Zur Zeit unserer šuyūḥ baute Aibik al-

Ḥāsiki ein Haus in Ägypten gegenüber der Moschee ar-Ra'īs und erweiterte das Haus in Richtung des Flusses. Später meldete er sich beim šaiḥ al-Imām al-'Allāma³⁰ al-Muḥaqqiq³¹ Ḡalāl ad-Dīn al-Maḥallī aš-Šāfi'i (der Imam العلامة) und bat um ein Urteil. Der šaiḥ verbot es, weil man die Flussbetten nicht besitzen dürfe, daher sei jedwedes Bauen dort verboten.³²

Die Frage nach den Bauregeln gibt hier Auskunft über die widerrechtlichen Baulichkeiten. As-Suyūṭī's Antwort betraf gemeinschaftliches Grundeigentum, Versuche der Menschen, legitime Eigentümer besitzerloser Immobilien zu werden, die Beachtung der Flussbetten, öffentlichen Orte und Rechte der Menschen, die Berücksichtigung der umliegenden Gebiete des Nils, die Genauigkeit der Einzelheiten und deren Dokumentation, um ein Urteil abzugeben, sowie Einstellungen und Einwände gegen unerlaubtes Bauen. Diese im untersuchten Fall angesprochenen Aspekte zeigen, dass der Übertreter einflussreich gewesen sein könnte, weil as-Suyūṭī zunächst versuchte, seine Einwände zu betreffender Angelegenheit auf Grundlage der vier Rechtsschulen des sunnitischen Islams anzubringen. Anscheinend jedoch versuchte der Übertretende, den Gelehrten in Verruf zu bringen, indem er ihn diskreditierte und den Eindruck erweckte, die öffentliche Meinung der Einheimischen stehe gegen ihn. Dagegen zitiert as-Suyūṭī als authentisch angesehene Personen,³³ um sich und seine Antwort zu erklären. Die widerrechtlichen Baulichkeiten auf den Straßen und in der Nähe der Moscheen zu dieser Zeit waren einer der Schwerpunkte von unerlaubten Bauarbeiten. So war es

²⁹ Diese Insel liegt im Nil.

³⁰ Al-'Allāma ist ein islamischer Ehrentitel für einen großen Gelehrten oder einen Mann mit großem Wissen und ebensolcher Gelehrsamkeit.

³¹ Al-Muḥaqqiq ist jemand, der viele Studien durchgeführt hat, ein Forscher.

³² As-Suyūṭī, Bd. 1, S. 192.

³³ Das heißt: die fuqahā' (islamische Gelehrte'), die vor as-Suyūṭī über solche Fragen eine fatwā oder eine Antwort gegeben haben und einen besonderen Platz unter den Menschen hatten.

verboten, auf der Straße einen Stand zu bauen, auch wenn dieser niemandem schadete³⁴ und jeder konnte verlangen, ihn abzureißen oder seinen Bau zu verhindern.³⁵

F Nahrung

Verschiedene Faktoren beeinflussen die Art der Nahrung der Gesellschaften, so etwa deren Verfügbarkeit, geografische Lage und ferner wirtschaftliche Faktoren. Auch religiöse Normen können hier dazugerechnet werden, die in islamischen Gesellschaften zudem in direktem Zusammenhang mit der Ausübung des Gottesdienstes stehen. Von großem Interesse war daher bereits damals, was zum Beispiel der Prophet gegessen und getrunken hat,³⁶ um sicherzustellen, dass man sich hier an Religion und Tradition hielt.³⁷ Andererseits hat die Betonung der Einflüsse von Nahrung auf religiöse Entdeckungen und Intuitionen (von as-Suyūṭī als *shuhūdāt* [شهودات] bezeichnet), sowohl spiritueller als auch mystischer Art,³⁸ dazu geführt, dass Muslime die prophetische Tradition³⁹ als die beste Quelle betrachten, die ihnen zeigt, was sie essen und trinken sollten, um Spiritualität zu erreichen. Daher stellten sie Fragen zur Ernährung des Propheten, um die Genehmigung zum Essen und Trinken zu erhalten. So konnten die Menschen durch das Thematisieren der Ernährungsweise des Propheten⁴⁰ psycholo-

gisch über das Leben nach dem Tod belehrt werden. Zwei Beispiele hierzu sind die Darstellung der Beziehung zwischen der diesseitigen Welt und dem Jenseits durch das Benennen von Entsprechungen wie dem Wasser der Quelle Zamzam⁴¹ und dem Wasser des Kautar⁴²-Teichs⁴³ oder der Ausdruck, dass der weltliche Bedarf des Menschen an Essen und Trinken mit dem zusammenhängen, was ihm im Grab und im Jenseits entsprechend seinen Taten gegeben werde.⁴⁴

Eine andere *fatwā* von as-Suyūṭī betrifft die Frage nach den finanziellen Erleichterungen, die die Regierung den Bedürftigen zur Verfügung gestellt habe. Wie im Fragetext angegeben, habe die Regierung eine monatliche Menge von Brot für jede(n) Bedürftige(n) festgelegt, die sie/er täglich, wöchentlich oder monatlich von bestimmten Bäckereien bekommen könne. Jedoch hätten die Bäcker auf verschiedene Weise versucht, die Mengen zu manipulieren und die Brote zu verkaufen.⁴⁵

Die Antwort bzw. *fatwā* von as-Suyūṭī:

وأقول: إن كان أخذها على جهة الشراء من أربابها فهذا اشتراء فاسد لأنه شراء لما لم يوجد بعد، فحكمه في البيع والقبض حكم المبيع الفاسد فيضمنه بقيمته من النقود، وإن كان على جهة أنه وكيل عن أربابها في البيع فهو وكيل يجعل فيبيعه وقبضه صحيح، ثم إن جعل ثمن نصيب كل واحد على حدة ولم يخلطه بغيره ولا تصرف فيه دفعه إليه برمته، وله منه القدر الذي شرط له كالثالث مثلا، وإن تصرف فيه فهو متعد بالتصرف، فالقدر الذي تصرف فيه يضمنه بمثله والباقي يدفعه بعينه، وإن خلطه ضمنه أيضا بمثله.⁴⁶

³⁴ Ibid., S. 188.

³⁵ Ibid., S. 200.

³⁶ Ibid., Bd. 3, S. 73.

³⁷ Sauvaget (1943), S. 74.

³⁸ As-Suyūṭī, Bd. 3, S. 380.

³⁹ Ibid., S. 467.

⁴⁰ Ibid., S. 467.

⁴¹ Zamzam ist ein Brunnen in der Moschee al-Ḥarām in Mekka, Saudi-Arabien, östlich der Ka'ba, dem heiligsten Ort im Islam. Dabei handelt es sich um eine auf wunderbare Weise von Gott erzeugte Wasserquelle, die entstand,

als Ibrāhīms Sohn Ismā'īl mit seiner Mutter Haḡar in der Wüste zurückgelassen wurde.

⁴² Im Islam bezieht sich der Kautar-Teich auf einen Teich oder Fluss, der im Paradies existiert. Dem muslimischen Glauben entsprechend werden sich der Prophet und die Muslime am Tag des Gerichts neben diesem Teich treffen.

⁴³ Ibid., S. 468.

⁴⁴ Ibid., S. 223.

⁴⁵ As-Suyūṭī, Bd. 1, S. 144.

⁴⁶ Ibid.

Wa-aqūlu: In kāna aḥḍuhu lahā ‘alā ḡihat as-sirā’ min arbābihā fa-hādā ištirā’ fāsīd li-annahū širā’ li-mā lam yūḡad ba‘du, fa-ḥukmuhu fi-l-bai‘ wa-l-qabḍ ḥukmu al-mabi‘ al-fāsīd fa-yaḍmanuhu bi-qīmatihi min an-nuqūd, wa-in kāna ‘alā ḡiha annahu wakīl ‘an arbābihā fi-l-bai‘ fa-huwa wakīl yuḡ‘alu fa-bai‘uhu wa-qabḍuhu ṣaḥīḥ, tumma in ḡū‘ila ṭamanu naṣīb kull wāḥid ‘alā ḥida wa-lam yaḥliṭahu bi-ḡairihi wa-lā taṣarrafa fihi dafa‘ahu ilaihi bi-rummatihi, wa-lahu minhu al-qadr alladī šaraṭa lahu ka-t-tuluṭ maṭalan, wa-in taṣarrafa fihi fa-huwa muta‘add bi-t-taṣarruf, fa-l-qadr alladī taṣarrafa fihi yaḍmanuhu bi-miṭlihi wa-l-bāqī yadfa‘uhu bi‘ainih, wa-in ḥalaṭahu ḍaminahu aiḍan bi-miṭlihi.

Und ich sage: Wenn er es genommen hat, um es von seinem Meister zu kaufen, dann ist dieser Kauf grundsätzlich ungültig, da der Kauf noch nicht existierte, so dass das Urteil über diesen Verkauf und die Übernahme ist, sie seien ungültig und widerrechtlich. Dann muss er ihm den Wert seines Geldes garantieren. Aber wenn er es seinen Herren als Vertreter abgenommen hat, ist dieser Verkauf gültig. Deshalb wenn er einen Preis für jede Menge festlegt und es mit nichts anderem vermischt und den gesamten Betrag auf einmal zahlt, gilt das gleiche für ihn, worauf sie sich bereits geeinigt haben, zum Beispiel ein Drittel. Und wenn er in sie eingreift, hat er das Recht seines Besitzers verletzt, und er muss den Betrag, in den er eingegriffen hat, garantieren und an seinen Besitzer zurückgeben.

G Soziale und kulturelle Lage von Takrūr

In diesem Abschnitt soll zunächst die Region Takrūr⁴⁷ anhand von Informationen aus historischen und geografischen Quellen vorgestellt und anschließend mit einem Brief aus *Al-Ḥāwī*, in dem diese Region erwähnt worden ist, verglichen werden. Bei diesem Vorgehen zeigte sich, dass trotz dem hohen Informationsgehalt der geografischen und historischen Quellen die in as-Suyūṭis Buch enthaltenen Informationen noch andere Aspekte des kulturellen und sozialen Lebens der Menschen in dieser Region enthielten.

In den geografischen Werken der Muslime, die vor und nach *Al-Ḥāwī* geschrieben worden sind, gibt es wenige Informationen über Takrūr und seine Bewohner. Sogar diejenigen, die in die Region gereist sind, haben nicht viel über die soziale Lage und den Lebensstil der Menschen aufgeschrieben.⁴⁸ In der Biografie eines der *riḡāl*⁴⁹-Werke aus der Region Maḡrib al-Aqsā wurde erwähnt, dass Takrūr erobert und große Kriegsbeute gemacht worden sei, darüber hinaus seien die ersten Siedler Muslime aus Ägypten gewesen.⁵⁰ Ebenfalls wurde über die Konversion der Einwohner dieser Region zum Islam und ihre Verbindung zu den Almoraviden⁵¹ berichtet. In den Quellen wurde ferner die Vielfalt der Bevölkerung betont und erwähnt, dass die Einwohner je zur Hälfte Muslime und Nicht-Muslime seien.⁵² Ein Charakteristikum dieses Landes, das für die Muslime sehr be-

⁴⁷ Takrūr ist der Name einer mittelalterlichen Stadt, eines königlichen und ethnischen Landes in Westafrika, das später als Teil des muslimischen Westafrikas bezeichnet wurde. Z. Musavi: Takrūr, in: *Encyclopaedia Islamica* 16, Teheran 2008; J. A. Hanwik: Takrūr, in: *Enzyklopädie der islamischen Welt* 8, Teheran 2014.

⁴⁸ Ibn al-Ḥaṭīb as-Salmānī: *Mi‘yār al-Iḥtiyār fi Dīkr al-Ma‘āhid wa-d-Diyār (Auswahlkriterium bei der Erwähnung von Instituten und Heimen)*, Kairo 2002, S. 77.

⁴⁹ Gelehrte (Männer)

⁵⁰ Ibn al-Ḥaṭīb as-Salmānī: *Al-Iḥāṭa fi Aḥbār Ḡurnāta (Kenntnis über die Geschichte Granadas)* 2, Beirut 2003, S. 117.

⁵¹ Abū ‘Uбайд ‘Abd Allāh ibn ‘Abd al-‘Aziz al-Bakrī: *Kiṭāb al-Masālik wa-l-Mamālik (Buch der Gebiete und Königreiche)* 2, Beirut 1992, S. 862, 868.

⁵² Abū Yahyā Zakariyā ibn Muḥammad al-Qazwīnī: *Āṭār al-Bilād wa-Aḥbār al-‘Ibād (Altertümer des Landes und Nachrichten von Menschen)*, Teheran 1994, S. 64; al-‘Umārī (2002), Bd. 5, S. 186.

deutend war, sei seine geografische Lage gewesen, die es ermöglicht habe, in verschiedene Regionen und Städte zu reisen, was wiederum den Muslimen (insbesondere denjenigen aus Ägypten)⁵³ ermöglicht habe, für Geschäftszwecke dorthin zu reisen.⁵⁴ Wegen ihres Handelsverkehrs, ihres Wohlstands, der Goldbergwerke ihres Landes,⁵⁵ der Spenden, die sie den muslimischen Herrschern von anderen islamischen Ländern erbrachten, ihrer Geldausgaben für die Pilgerfahrt nach Mekka (*ḥaǧǧ*) sowie wegen des Baus von islamischen Schulen seien die Einwohner von Taktūr bekannt gewesen für ihre Großzügigkeit.⁵⁶ Die Menschen von Taktūr hätten jedes Jahr viel Geld und eine große Menge von Gütern an die Schulverwaltung von Ibn Rašiq geschickt, die 647 n. H. / 1250 n. Chr. gegründet worden sei.⁵⁷

Um nach Mekka zu fahren und die *ḥaǧǧ* durchzuführen, seien sie über Ägypten gereist und hätten in al-ǧuḥfa angehalten, um in den Weihezustand (*iḥrām*) eintreten zu können.⁵⁸ Bisweilen hätten sie in den Gebieten, durch die sie gereist waren, auch die Ereignisse beeinflusst. Dies sei bspw. im Jahr 1198 n. H. / 1784 n. Chr. geschehen, als sie die Armee von Aḥmad Bāšā begleiteten oder als sie im Jahr 1218 n. H. / 1803 n. Chr. am Krieg teilnahmen.⁵⁹ Am Donnerstag, den 10. Ğumāda I 1098 n. H. / 1687 n. Chr., habe aš-Šarīf Aḥmad ihnen befohlen, Mekka für bis zu drei Tage zu verlassen, da ihm Nachrichten über Korruption, Diebstahl und Hexerei unter den Einwohnern von Taktūr in Mekka überbracht worden seien.⁶⁰

Viele Gelehrte islamischer Städte und Länder wie Mekka⁶¹ und Andalusien⁶² seien in die Gegend

⁵³ Taqī ad-Dīn al-Maqrīzī: *Al-Mawāʿiẓ wa-l-ʿIṭbār bi-Dīkr al-Ḥiṭāṭ wa-l-Āṭār* (Unterrichten und Lektionen mit Erinnerungen an Länder und Daten) 4, Beirut 1997, S. 260; aš-Šaʿrānī (1973), S. 154.

⁵⁴ Šams ad-Dīn al-Anṣārī ad-Dimašqī: *Nuḥbat ad-Dahr fī ʿAǧāʾib al-Barr wa-l-Baḥr* (Auszüge über die Wunder von Land und Meer), Tehran 2003, S. 33; Abū Abdullah Muḥammad al-Idrīsī: *Nuzhat al-Muštāq* (Tabula Rogeriana) 1, Beirut 1988, S. 18; Kātib Marākīšī: *Al-Ibtīšār fī ʿAǧāʾib al-Amsār* (Die Wunder der Länder kennen), Bagdad 1989, S. 217; Šalāh ad-Dīn aš-Šafādī: *Aʿyān al-ʿAsr wa-Aʿwān an-Našr* (Die Persönlichkeiten der Zeit und die Gefährten des Sieges) 1, Damaskus 1998, S. 488.

⁵⁵ Ismāʿīl ibn ʿAlī ibn Maḥmūd al-Malik al-Muʿayyad ʿImād ad-Dīn Abū l-Fidā: *Taʾrīḥ al-Muḥtaṣar fī Aḥbār al-Bašar* (Eine Zusammenfassung der Geschichte der Menschheit) 1, Beirut 1997, S. 61; Šihāb ad-Dīn Abū l-ʿAbbās Aḥmad al-Qalqašandī: *Šubḥ al-Aʿšā* (Das Licht der Augen der Blinden) 3, Kairo 2004, S. 533.

⁵⁶ Abdulmalik ibn Ḥusain al-ʿUṣāmī: *Samṭ an-Nuḡum al-ʿAwālī fī Anbāʾ al-Awāʾil wa-t-Tawālī* (Die Ketten der Sterne in der Frühgeschichte und in aufeinanderfolgenden Zeiten) 9, Kairo 1960, S. 173; Ibn Faḍl Allāh al-ʿUmarī: *Masālik al-Absār fī Mamālik al-Amsār* (Sichtwege in den Reichen der Regionen) 27, Abu Dhabi 2002, S. 532; ad-Dimašqī (2003), S. 77; Muḥammad ibn ʿAbd al-Munʿim al-Ḥumairī: *Kitāb*

ar-Rauḍ al-Miʿtār (Duftende Gärten in der Geschichte der Länder), Beirut 1984, S. 134; Šams ad-Dīn Abū ʿAbdallāh Muḥammad ad-Dahabī: *Al-ʿIbar fī Ḥabar min Ğabar* (Lehren aus der Geschichte des überlebenden Leidens) 1, Kuwait 1960, S. 286; Ibn Ḥaǧar al-ʿAsqalānī: *Ibnāʾ al-Ğumr bi-Abnāʾ al-ʿUmr* (Verstreute Nachrichten über die Toten der Āra) 2, Hyderabad 1970, S. 85; Taqī ad-Dīn al-Maqrīzī: *As-Sulūk li-Maʿrifat Duwal al-Mulūk* (Die Weise, Königreiche zu kennen) 3, Kairo 1970, S. 193.

⁵⁷ Al-Maqrīzī (1997), Bd. 3, S. 111.

⁵⁸ Ḥalīl ibn Ishāq al-Ğundī: *Mawāhib al-Ğalīl li-Šarḥ Muḥtaṣar Ḥalīl* (Wertvolle Gaben im Ausdruck von Ḥalīl) 7, Tripoli 1969, S. 365.

⁵⁹ ʿAbd ar-Raḥmān al-Ğabartī: *ʿAǧāʾib al-Aṭār fī-t-Tarāǧim wa-l-Aḥbār* (Die Wunder in Übersetzungen und Nachrichten) 2, Beirut (s. d.), S. 529, 565.

⁶⁰ Al-ʿUṣāmī (1960), Bd. 3, S. 85.

⁶¹ Al-ʿAsqalānī (1970), Bd. 1, S. 295.

⁶² *Ibid.*, Bd. 1, S. 297; Muḥammad ibn Abdurrahmān as-Saḥāwī: *Aḍ-Ḍauʾ al-Lāmiʿ li-Ahl al-Qarn at-Tāsiʿ* (Ein strahlendes Licht für die Menschen des 9. Jahrhunderts n. H.) 3, Kairo 1934, S. 195; Muḥammad ibn Muḥammad al-Ğazzī: *Al-Kawākib as-Sāʾira bi-Aʿyān al-Miʾa al-ʿĀšira* (Bewegende Sterne über die Persönlichkeiten des 10. Jahrhunderts n. H.) 1, Beirut 1949, S. 43.

gereist, um die Menschen zu missionieren,⁶³ und einige Gelehrte aus Takrūr seien wiederum in andere Länder gereist.⁶⁴ As-Suyūṭī war einer der prominenten Gelehrten seiner Zeit, so dass die Gelehrten der Region Takrūr in ständigem Kontakt mit ihm standen und seine Werke unter ihnen bekannt waren. Ägypten war auch ein Grenzübergang für Muslime in der Region Takrūr, die nach Saudi-Arabien und Mekka reisten, um auf Pilgerfahrt zu gehen. Dies bot ihm eine Plattform für persönliche Begegnungen mit den Menschen von Takrūr. Bei as-Suyūṭī habe sich ein Buch mit dem Titel *Al-Ālī' al-Maṣnū'a fī l-Aḥādīṭ al-Mawḍū'a* (*Perlen des ḥadīṭ*) befunden, von dem mehrere Kopien in die islamische Welt geschickt worden seien, einschließlich Takrūr; darüber sei as-Suyūṭī im Jahr 905 n. H. / 1499 n. Chr. informiert worden.⁶⁵ Aš-Ša'ranī (gest. 973 n. H. / 1565 n. Chr.) habe ebenso ein umfassendes Buch über die Prinzipien der Religionen verfasst und es nach Takrūr gesendet, weil er über das Fehlen von *ḥadīṭ*-Büchern informiert worden sei – so hätten sich die meisten Bücher in Takrūr mit dem mālikitischen *fiqh* befasst.⁶⁶

1047 n. H. / 1637 n. Chr. schrieb 'Abd as-Salām al-Laḳānī sein Buch *Ithāf al-Murīd bi-Ġauharat at-Tauḥīd* (*Die Einheit der Jünger im Wesen des Monotheismus*) als Antwort auf das Schreiben eines Gelehrten aus Takrūr.⁶⁷ Die Herrscher von Takrūr

hätten sich der Verbreitung des Islam in anderen Ländern⁶⁸ gewidmet und seien bekannt gewesen als *rukn al-umma* (,die Säule der Gesellschaft'), *saiḥ al-ḥilāfa* (,das Schwert der Nachfolge'), *ḡahīr al-imāma* (,der Unterstützer des Imamats'), *'izz al-islām* (,der Stolz des Islam'), *nāṣir al-ḡuzāt wa-l-muḡāhidīn* (,der Sieger der Kriege und der Märtyrer').⁶⁹ Einige von ihnen seien verdorbene Menschen gewesen,⁷⁰ wie Abū Bakr at-Takrūrī, der als *ṣāḥib at-Takrūr* (,der Besitzer von Takrūr') bekannt gewesen und 776 n. H. / 1374 n. Chr. gestorben sei. Im Gegensatz zu ihm sei sein Sohn Manša Mūsā für seine Gerechtigkeit und seinen Intellekt bekannt gewesen.⁷¹ Während des Aufstands, den Sa'd ad-Dīn ibn Abī al-Ġaiṭ 785 n. H. / 1383 n. Chr. mit Unterstützung des marokkanischen Volkes und der Bewohner von Takrūr durchgeführt habe, hätten die Araber (Muslime) ihnen widerstanden, viele Marokkaner und Einwohner von Takrūr getötet und ihnen ihren Reichtum geraubt.⁷² Das Gebiet sei so ein sicherer Zufluchtsort für diejenigen gewesen, die vor der Regierung geflohen seien.⁷³

Über die Sprache der Einwohner von Takrūr liegen nur wenige Berichte vor, die existierenden wiederum beschränken sich auf die Aussprache arabischer Wörter oder die Namen einiger Pflanzen.⁷⁴ Zudem seien die Einwohner von Takrūr für ihre Fußbekleidungen bekannt gewesen, die in der

⁶³ Ibn Ḥaḡar al-ʿAsqalānī: *Ad-Durar al-Kāmina fī A'yān al-Mi'a at-Tāmina* (*Versteckte Perlen über die Persönlichkeiten des 8. Jahrhunderts n. H.*) 1, Hyderabad 1929, S. 326; as-Saḡāwī (1934), Bd. 2, S. 440; Ḥairuddīn ibn Maḡmūd al-Ziriklī: *Al-A'lām: Qāmūs Tarāḡīm li-Aṣḡur al-Riḡāl wa-n-Niṣā' min al-ʿArab wa-l-Musta'ribīn wa-l-Mustaṣriqīn* (*Al-A'lām: Ein Wörterbuch über die Biografien berühmter arabischer Männer und Frauen und Orientalisten*) 4, Beirut 1996, S. 68.

⁶⁴ As-Saḡāwī (1934), Bd. 5, S. 423.

⁶⁵ As-Suyūṭī, Bd. 1, S. 9.

⁶⁶ 'Abd al-Waḡḡāb Aš-Ša'ranī: *Lawāqīḡ al-Anwār al-Qudṣiyya* (*Heilige Früchte in der Beschreibung der Bündnisse mit Muhammadan*) 1, s. l. 1973, S. 9.

⁶⁷ Ibrāḡim al-Laḳānī: *Ittiḡāf al-Murīd bi-Ġauharat at-Tauḥīd* (*Der Aspirant im Juwel von Tauḥīd*) 1, Egypt 1693, S. 5.

⁶⁸ Abū Ḥayyān Aṭīr ad-Dīn al-Ġarnānī: *Tafsīr al-Baḡr al-Muḡīṭ* (*Ein Ozean in Tafsīr*) 10, Beirut 1999, S. 92.

⁶⁹ Al-Qalqaṣandī (2004), Bd. 6, S. 51, 56, 60, 61, 73.

⁷⁰ *Ibid.*, S. 23.

⁷¹ Al-ʿAsqalānī (1970), Bd. 1, S. 129.

⁷² *Ibid.*, S. 104.

⁷³ Al-ʿAsqalānī (1929), Bd. 1, S. 402; al-Maqrīzī (1970), Bd. 2, S. 329.

⁷⁴ Šihāb ad-Dīn Aḡmad an-Nuwaitī: *Niḡāyat al-ʿArab fī Fūnūn al-Adab* (*Weisheit in literarischen Fähigkeiten*) 5, Kairo 1994, S. 227.

islamischen Welt mit dem Namen *ni‘āl at-Takrūr* („die Schuhe von Takrūr“) berühmt gewesen seien.⁷⁵ Die Hautfarbe der Menschen in dieser Region wurde in den arabischen Quellen mit „die Leute sehen wie die Einwohner Sansibars aus“ beschrieben.⁷⁶

Bereits vor as-Suyūṭī hatte es über die Bewohner von Takrūr einen umfassenden Bericht gegeben, der von Šams ad-Dīn ad-Dimašqī in seinem *Nuḥbat ad-Dahr* verfasst worden war. Darin schrieb er:

وأما السودان فطوائف كثيرة ونبدأ منهم بمكان مساكنهم
الوصلة في الجنوب ويطلق عليهم التكرور وليس هذا الاسم
مما يعم طوائفهم وإنما يطلق على طائفة منهم يسكنون بلدا
يسمي بهذا الاسم وكلهم يرمعون إلى مغراوة وسفارة وينقسمون
إلى كفار ومسلمين فالمسلمون يسكنون المدن ويلبسون الخيط
والكفار طوائف وهم لملم وتميم ودمدم فمن قارب المسلمين
يسترون فروجهم بجلود ومن بعد منهم يأكلون من وقع إليهم
من الناس من غير جنسهم لشدة توحشهم من الناس وهم دمدم
والذهب في بلادهم كثير لكنهم لا يستعملونه وإنما يستعملون
النحاس يحمل إليهم فيترك علي أطراف أرضهم فإذا رأوه
إشتغلوا بنهبه والقتال عليه فيأخذ جاليوه ما قدروا عليه من
الذهب ويهربون.

*Wa-ammā as-sawādīn fa-ṭawāʿif kaṭīra wa-nab-
daʿu minhum bi-makān masākīnihim al-wuṣla fi-l-
ḡanūb wa-yuṭlaqu ʿalaihim at-Takrūr wa-laisa hā-
dā al-ism mimma yaʿummu ṭawāʿifahum wa-inna-
mā yuṭlaqu ʿalā ṭāʿifa minhum yaskunūn baladan
yusammā bi-hādā al-ism wa-kulluhum yarmaʿūn
ilā Miḡrāwa wa-sifāra wa-yanqasimūn ilā kuffār
wa-muslimīn fa-l-muslimūn yaskunūn al-mudun
wa-yalbasūn al-ḡaiṭ wa-l-kuffār ṭawāʿif wa-hum
li-Mulim wa-Tamīm wa-Damdam fa-man qāraba
al-muslimīn yasturūn furūḡahum bi-ḡulūd wa-man
baʿd minhum yaʿkulūn man waqqaʿa ilaihim min
an-nās min ḡair ḡinsihim li-šiddat tuwaḡḡuṣihim
min an-nās wa-hum damdum wa-ḡ-ḡahab fi bilā-
dihim kaṭīr lakinnahum lā yastaʿlamūnahu wa-in-
namā yastaʿmilūna an-nuḡās yuḡmalu ilaihim fa-
yatruku ʿalā aṭrāf arḡihim fa-idā rāʿuhu iṣṭaḡilū
bi-nahbihi wa-l-qitāl ʿalaihi fa-yaʿḡuḡu ḡālibūhu
mā qadarū ʿalaihi min aḡ-ḡahab wa-yahribūn.*

Der Sudan besteht aus vielen Volksstämmen. Wir beginnen mit denjenigen, die im Süden gesiedelt haben und Takrūr heißen. Dieser Name umfasst nicht alle sudanesischen Volkstämme, sondern bezieht sich nur auf einen Stamm, der in der Stadt Takrūr lebt. Alle Stämme des Sudan stammen aus Maḡrawā und Safarā, und werden in zwei Gruppen unterteilt, in Muslime und Ungläubige. Muslime sind urbanisiert und gut gekleidet. Die Ungläubigen gehören zu den Stämmen wie Lamlam, Tamīm und Damdam. Diejenigen, die in der Nähe von Muslimen leben, bedecken ihren Körper mit Tierhäuten und diejenigen, die weit weg leben, haben Angst vor anderen Menschen, und wenn sie jemanden außerhalb ihres eigenen Stammes begegnen, verzehren sie ihn. Dieser ungläubige Stamm heißt Damdam, dessen Land viele Goldbergwerke hat, die er aber nicht verwendet. Er bevorzugt und verwendet stattdessen Kupfer. Die Bewohner der Städte bringen ihm Kupfer und lassen ihn in der Nähe der Gebiete liegen, in denen er sich niedergelassen hat. Daher, wenn dann die Leute das Kupfer sehen und einander bekämpfen und töten, nutzen diejenigen, die das Kupfer gebracht haben, die Gelegenheit, Gold zu sammeln und zu fliehen.⁷⁷

Bei der Lektüre dieses Berichts ist zu beachten, dass sich in den früheren islamischen Texten der Begriff ‚Sudan‘ auf dunkelhäutige Menschen in allen Teilen Afrikas mit Ausnahme von Ägypten und den nördlichen Regionen bezieht. Diese Bezeichnung darf daher nicht mit dem im Westen liegenden Wohnort der Takrūrī-Stämme verwechselt werden. Der Begriff ‚Takrūrī‘ bezieht sich auf

⁷⁵ Al-Ġundī (1969), Bd. 8, S. 215.

⁷⁶ Šafī ad-Dīn ibn ʿAbd al-Ḥaqq al-Baḡdādī: *Marāsīd al-Itlāʿ ʿalā Asmāʿ al-Amkina wa-l-Baqāʿ* (Informationen zu den Namen von Ländern und Städten)¹, Beirut 1991,

S. 268; Šams ad-Dīn Abū ʿAbdallāh Muḡammad aḡ-Ḍahabī: *Sīyar Aʿlām an-Nubalāʿ* (Biografie der Persönlichkeiten) 2, Beirut 1992, S. 168.

⁷⁷ Ad-Dimašqī (2003), S. 418.

westafrikanische muslimische Menschen oder Gemeinschaften. Seit dem 14. Jahrhundert n. H. / 20. Jahrhundert n. Chr. gibt es in den *riğāl*-Büchern zahlreiche Einträge für Menschen mit dem Namen Takrūrī.⁷⁸

H Die Angaben im *Al-Ḥāwī li-l-Fatāwī* über Takrūr

Der Titel *As'ila wārīda min at-Takrūr fi Ṣawwāl sanat tamān wa-tis'īn wa-tamānīmī'a* (أسئلة واردة من = أسئلة واردة من ثمانمائة وتسعين وثمانمئة; *Häufige Fragen, erhalten von Takrūr im Ṣawwāl*, 898 n. H. / Juli 1493 n. Chr.)⁷⁹ gehört zu dem Kapitel, in dem as-Suyūṭī auf Fragen aus Takrūr antwortete und anschließend den Titel in *Fath al-maṭlab al-mabrūr wa-barād al-kabīd al-mahrūr fi-l-ğawāb 'an al-as'ilat al-wārīda min at-Takrūr* (فتح المطلب المبرور; ويرد الكبد المحرور في الجواب عن الأسئلة الواردة من التكرور; *Die Eröffnung einer berechtigten Anfrage und Erleichterung einer verbrannten Leber in der Antwort auf Fragen von Takrūr*)⁸⁰ änderte. Muḥammad ibn Muḥammad ibn 'Alī al-Lamṭūnī war in Takrūr ansässig und hat versucht, in Form von Fragen, die durch den Begriff *faṣl* (Kapitel) voneinander getrennt sind, Antwort von as-Suyūṭī zu erhalten. In dem folgenden Brief finden sich demnach kategorisierte Angaben über die Gesellschaft und Menschen von Takrūr.

Als bemerkenswerte Merkmale dieses Kapitels lassen sich die nachfolgenden festhalten: Erstens ist dieses Kapitel datiert. As-Suyūṭī erwähnt, dass dieser Brief 898 n. H. / 1493 n. Chr. aus Takrūr geschickt worden sei. Diese Angaben können uns helfen, einerseits den Gedankengang von as-Suyūṭī zeitlich einzuordnen und andererseits die

Geschichte der intellektuellen und religiösen Entwicklungen von Takrūr zu verstehen. Ebenfalls haben beide, sowohl as-Suyūṭī als auch der Absender der Fragen, die Antworten und Fragen betitelt und für die Wahl der Titel Gründe dargelegt. So lieferte der Fragesteller Beweise aus den Koranversen für seine Argumentation, die eine andere Interpretation als diejenigen in den Interpretationstexten lieferten.⁸¹

Die Fragen betreffen verschiedene Gruppen eines Volkstammes oder eines Landes, und der Fragesteller weist während der Fragen auf ihre unterschiedlichen Merkmale hin und kategorisiert sie. Die Fragen haben mehrere Hauptachsen oder -themen: 1. Über die Behandlung des Volkes durch die Herrscher, 2. die religiöse Einteilung des Volkes, 3. die Stellung der Frau in der Gesellschaft sowie 4. Geschäftsvorgänge.

1) Dieser Abschnitt enthält ein Beispiel für das Verhalten der Herrscher von Takrūr gegenüber den Menschen, das in historischen Quellen nicht nachvollzogen werden kann. Eines der wichtigsten Probleme in jeder Gesellschaft, das zu Streitigkeiten zwischen den Herrschenden und dem Volk führt, ist das Thema Steuern und *ḥarāğ* (Bodensteuer), die die Regierung bestimmt, um ihren Bedürfnissen gerecht zu werden. Die Herrscher von Takrūr sind bezüglich des Einnehmens dieser Steuern sowohl in Bezug auf die Zeit als auch auf die Vielfalt der Waren, die sie erhalten haben, in diesem Text beachtet worden. Der Verfasser des Textes bzw. der Fragesteller hat auf die Traditionen dieser Region Bezug genommen und as-Suyūṭī aufgefordert, auf Grundlage der *šarī'a* bezüglich ihrer Richtigkeit oder Falschheit zu argumentieren. Beispielsweise mussten die Menschen zu

⁷⁸ Al-'Asqalānī (1929), Bd. 2, S. 362; as-Saḥāwī (1934), Bd. 3, S. 173, Bd. 7, S. 2.

⁷⁹ Die folgenden Informationen stammen aus dem Inhalt dieses Abschnitts von Band 1, S. 420–429.

⁸⁰ As-Suyūṭī, Bd. 1, S. 429–434.

⁸¹ Siehe auch Naṣīr ad-Dīn al-Baiḍāwī: *Anwār at-Tanzīl wa-Asrār at-Ṭa'wīl* (Koranlichter und Geheimnisse der Ṭa'wīl) 1, Beirut 1997, S. 70; As-Suyūṭī (1995), S. 324.

bestimmten Zeiten des Jahres und wenn die Plejaden erschienen, dem Herrscher Geschenke als Tribut anbieten und bei der Auswahl dieser Geschenke sowohl die Jahreszeit als auch ihre Präferenz für den Herrscher berücksichtigen. Die Herrscher haben versucht, ihre finanziellen Ziele zu erreichen, indem sie Bedingungen zwischen den Stammesältesten und sich selbst festgelegt haben, damit sie Strafen wie das Exil oder die Beschlagnahmung von Eigentum als Verstöße gegen den Bund verhängen konnten. Dies war die Grundlage für den Aufbau der Beziehung zwischen dem Volk und dem Herrscher, die von den Ältesten des Volkes oder des Landes vermittelt wurde. Diese Klasse präsentierte sich als die Verwalter der Gesellschaft und nahm dem Volk sein Eigentum auf verschiedene Weise weg, um ihr eigenes Eigentum, das sie den Herrschern gegeben hatten, wieder auszugleichen. Dazu zählte auch, dass sie das Volk versklavten und es als Sklaven verkauften, die Steuern erhöhten und das Erbe nicht unter den Berechtigten aufteilten.

2) Die Gesellschaft von Takrūr bestand aus zwei großen religiösen Gruppen: einer muslimischen und einer nicht-muslimischen Gruppe. Einige Herrscher arbeiteten mit Nicht-Muslimen (Ungläubigen) zusammen und achteten nicht besonders auf den Schutz der Rechte von Muslimen, es sei denn, dass die Muslime ihnen etwas gaben. Die Herrscher zogen es demnach vor, mit Nicht-Muslimen Handel zu treiben, weil sie von Geschäften mit ihnen mehr profitierten. In historischen Quellen gibt es kaum Berichte über die Interaktion der Könige mit Nicht-Muslimen, während viel über ihre Beteiligung an einigen Kriegen in Ägypten und ihre weitverbreitete Präsenz berichtet wurde. Manche Herrscher siedelten sogar einige Nicht-Muslime in ihrem Land an, weil sie familiäre Beziehungen zu ihnen unterhielten. Einige Muslime lebten in einer nichtmuslimischen

Familie, ohne dass dieser religiöse Unterschied der Beziehung einen Abbruch getan hätte. Einige von ihnen verehrten auch Götzen, folgten ansonsten jedoch der *šarīʿa*, nannten sich Muslime, trieben den Bau von Moscheen voran, vollzogen die *ḥağğ* und rezitierten den Qurʾān. Diese Art von Verhalten kann als Zeichen für das gleichzeitige Fortbestehen der alten, vorislamischen Traditionen in dieser Region angesehen werden, was zur Entstehung eines religiösen Synkretismus führte. Beispiele für diesen Synkretismus sind der Glaube der Menschen von Takrūr an alle Arten von Talismanen, die Ablehnung bestimmter islamischer Glaubenssätze wie Auferstehung, Paradies und Hölle, das Erzählen von wahren oder unwahren Geschichten und Mythen zur Unterhaltung sowie die teilweise Missachtung der Gesetze der *šarīʿa* und die Umsetzung der einheimischen Traditionen. Die besondere Form der Religiosität der Menschen in dieser Region trat vor allem durch die Antworten vonseiten islamischer Rechts- und Religionsgelehrter zutage. Darüber hinaus weiß man durch sie vom Wissensstand und der Qualität der Ausbildung der islamischen Juristen in dieser Region; welche Quellen sie studierten, wohin sie reisten, um die Religion zu lehren, welche Rolle sie in religiösen und sozialen Fragen spielten. Darüber hinaus legte der Autor dar, wie sich die Beziehungen zwischen islamischen Rechts- und Religionsgelehrten gestaltete, wie sie mit den Menschen umgingen und wie stark ihre Worte die Menschen beeinflussten. Damit unterzog der Autor seine Gesellschaft und die darin vertretenen vorislamischen Ansichten einer genauen Untersuchung.

3) Die Fragen im Text zeigen die Stellung der Frau in der Gesellschaft. Themen wie die Nichtzahlung von Brautgabe oder Alimenten, das Heiraten wohlhabender Frauen zum Wohle ihres Eigentums, außereheliche Affären, der Anstieg von

Scheidungen und wie dies zur Entstehung der Position des *muḥallil*⁸² führte, werden von ihm ebenso aufgezeigt wie die allgemeine Unruhe, die in den Familien herrschte.

4) Auch in Bezug auf die geschäftlichen Transaktionen in der Gesellschaft von Takrūr ist der Brief sehr aufschlussreich. So wird über den Niedergang moralischer Werte bei Geschäften berichtet; auch das Mischen von Wasser und Milch, von gutem Fleisch und schlechtem (also: verdorbenem) Fleisch, der Betrug bei Verkäufen, Konflikte aufgrund der Unzufriedenheit der Kunden mit der Qualität und Beschaffenheit der Waren, das Fälschen von Namen und Titeln, um mit der Regierung in Kontakt zu treten, sowie das Zahlen und Annehmen von Bestechungsgeldern werden thematisiert.

I Schlussfolgerung

Unsere erste Frage betrifft den historiografischen Wert von Texten aus dem Bereich der islamischen Rechtswissenschaft, um historische und soziale Fragen und Aspekte des sozialen Lebens von Muslimen zu verstehen. Durch die Analyse eines der *fiqh*-Texte des 9. Jahrhunderts n. H. / 15. Jahrhundert n. Chr., *Al-Ḥāwī li-l-Fatāwī*, und die Untersuchung seiner Informationen im Vergleich zu anderen historischen Daten aus historischen und geografischen Quellen sind wir zu folgendem Schluss gekommen:

1) Die Menge an Informationen in historischen und geografischen Texten über das soziale Leben der Menschen von Takrūr ist im Vergleich zu den Angaben in *Al-Ḥāwī* sehr gering. Deshalb ist es notwendig, den *fiqh*-Texten mehr Aufmerksamkeit

zu schenken, um die Informationen zu vervollständigen.

2) Die Informationen aus historischen und geografischen Texten über das Volk und die Region Takrūr entspringen hauptsächlich einer externen Sicht, während der Brief Informationen aus der Innenperspektive enthält.

3) Dem vorherigen Punkt folgend, finden sich im Brief von Takrūr weitere Einzelheiten über das Leben der dort lebenden Menschen, wohingegen die Autoren historischer und geografischer Texte lediglich Allgemeines dargelegt und am Rande anderer Ereignisse über die Menschen in Takrūr berichtet haben.

4) Wenn wir in historischen oder geografischen Quellen einen Punkt über den Islam in Takrūr finden, geht es eher um die politische Ausbreitung des Islam, während das, was im Brief von Takrūr angegeben ist, den religiösen Alltag des Autors aufzeigt.

5) In Anbetracht des oben Erwähnten können wir den Brief von Takrūr verwenden, um die ‚dunklen‘ und aus Sicht der Historiker verborgenen Aspekte über die Wechselwirkungen zwischen Muslimen und den indigenen Völkern dieser Region zu verdeutlichen.

6) *Fatwā*-Sammlungen können zur historischen und sozialen Rekonstruktion von Takrūr verwendet werden; besonders in der Zeit des erwähnten Briefes. Da es keine vollständige Quelle für die Geschichte von Takrūr im 9. Jahrhundert n. H. / 15. Jahrhundert n. Chr. gibt, können dieser Brief oder ähnliche Quellen sehr entscheidend sein.

7) Zweifellos sind die Artefakte und handgemachte Objekte jedes Volkes die besten Quellen zum Verstehen eines Teiles ihrer Kultur, aber die

⁸² Ein *muḥallil* ist ein Mann, der eine Frau heiratet, die sich dreimal von ihrem Mann scheiden lassen hat, damit sie sich erneut scheiden lässt und ihren früheren Ehemann wieder heiraten kann.

Weiterführende Literatur: Šihāb ad-Dīn Sayyid Maḥmūd ibn ‘Abd Allāh Al-Alūsī: *Tafsīr al-Alūsī*, Beirut 1994; Abū al-Maḥāsīn Yūsuf ibn Taḡribirdī: *Nuḡūm az-Zāhira fī Mulūk Miṣr wa-l-Qāhira (Helle Sterne im Königreich von Ägypten und Kairo)*, Kairo 1956; *Kātib Marākīšī* (1989).

Beachtung der spirituellen Kultur, die im Hintergrund verschiedener historischer, geografischer und religiöser Texte steht, hilft uns, die materielle Kultur besser zu verstehen. Durch die Interpretation der Elemente der materiellen Kultur erkennen wir einige der Merkmale der spirituellen Kultur, aber die Kenntnis der aufgezeichneten spirituellen Kultur hilft uns auch, die Funktionen der materiellen Kultur genauer zu interpretieren und sollte daher nicht übersehen werden.

Der historiografische Aspekt der Texte hilft uns, die Probleme jeder Epoche der Geschichte

besser zu verstehen, auf eine Vielzahl von Quellen zu verweisen und ihre Informationen zusammenzustellen, um von den Gesamtzusammenhängen ein klareres Bild zu erhalten. Darüber hinaus unterscheidet sich der Inhalt der Informationen, die aus *fiqh*-Texten zum Verständnis des täglichen Lebens der Menschen gewonnen werden, von demjenigen – beispielsweise – aus historischen Quellen. Unabhängig vom politischen Aspekt werden diese Informationen – teils beabsichtigt, teils unbeabsichtigt – zwischen den Zeilen der Bücher platziert und können so Rückschlüsse auf viele noch offene Fragen geben.

Mina Moazzeni, Graduate Student of Iranian Studies at Shahid Beheshti University

S. Kamal Keshiknevis Razavi, Ph. D. Candidate of History and Civilization of the Muslims Department, Ferdowsi University

Abbas Ahmadvand, Associate Professor of History and Civilization of the Muslims Department, Shahid Beheshti University

Ibn Ḥazm's Refutations of Causality in Islamic Law (*ibṭāl at-ta'īl fī aḥkām ad-dīn*)

Rana Alsoufi

Introduction

The controversy over the nature of Islamic law left Muslim scholars in an unsettled state of disagreement, namely, whether the use of juristic inferential reasoning by means of analogy (*qiyās*) is permitted in Islamic law. In allowing reason to penetrate the divine law of God, the question arose: To what extent can the inferential *qiyās* be permitted in the law-making process? The ability of Muslim jurists to determine the *ratio legis* behind God's legislations offered them the chance to expand the scope of the finite law in an attempt to incorporate the novel legal cases to the already established law of God. This did empower the jurists to develop an infinite range of legislations which eventually acquired the value of the divine norms. To derive norms from the authoritative sources this has required meticulous care, particularly when treating the language of the Qur'ān and the Prophetic *ḥadīth*, as these fall short

in addressing emerging demands of the Muslim community.

In the field of Islamic law and its legal theory, the common view of modern scholars holds Muḥammad b. Idrīs aš-Šāfi'ī (d. 204/820)¹ accountable for the final structure and the hierarchy of the fundamental sources of Sunnī law.² The fundamentals of the law are the Qur'ān, the Prophetic tradition (*ḥadīth*), the consensus (*iğmā'*), and reasoning by *qiyās*.³ The latter is viewed as a method of inference rather than an independent source of authority.⁴ Sunnī schools of law held the opinion that every law is to be incorporated in both the Book of God and the narrations attributed to Muḥammad and that the recourse to *qiyās*, as a method of discovering (*ibāna*) the law, remains necessary to extend the norms to new emerging cases which the sanctioning sources left unregulated.⁵ Muslim scholars who allowed *qiyās* as a valid method of inference went on elaborating a sophisticated theory of *qiyās*, this is manifested in its peak in the 5th / 11th century of al-Ġazālī.⁶

¹ E. Chaumont: al-Shāfi'ī, in: *EP²* [Encyclopaedia of Islam], ezproxy.unilu.ch:2385/entries/encyclopaedia-of-islam-2/al-shafii-COM_1020?s.num=0&s.f.s2_parent=s.f.book.encyclopaedia-of-islam-2&s.q=al-shāfi%27i (last access 09. 02. 2018).

² Muḥammad b. Idrīs aš-Šāfi'ī: *Ar-Risāla*, ed. by M. Kailānī, Cairo 1969.

³ As to the term *qiyās* being translated to analogy, Hallaq writes: "The subsumption of analogy under *qiyās* is not only beyond dispute; but has been so predominant that the great majority of modern scholar conceive of *qiyās* as a term which exclusively denotes analogy. Though unjustified, this conception is to a certain degree understandable, for analogy is the single argument that was unqualifiedly accepted by all mainstream Sunnī jurists. That other arguments were not universally embraced in medi-

eval jurisprudence must neither lessen from their importance not be cause for their neglect." Wael Hallaq: *Non-Analogical Arguments*, in: *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam*, Ashgate 2000, p. 288.

⁴ Hallaq explains the tendency toward the consideration of *qiyās* as a source of law: "The characterization of this method as a source must not, however, be taken in literal sense. It is a source only on the basis of the revealed texts and of consensus." Hallaq: *A History of Islamic Legal Theories*, Cambridge 1997, p. 83.

⁵ 'Alā' ad-Dīn as-Samarqandī: *Mizān al-Uṣūl fī Nitāğ al-Uqūl*, Cairo 1997, p. 554:

القياس إبانة مثل حكم أحد المذكورين بمثل علته في الآخر
al-qiyās ibāna miṭl ḥukm aḥad al-maḍkūrāin bi-miṭl 'illatihi fī-l-āḥir

⁶ Muḥammad al-Ġazālī: *Šifā' al-Ġalīl fī Bayān aš-Šabah wa-l-Muḥīl wa-Masālik at-Ta'īl*, Baġdād 1971.

To this advanced stage of legal theory, Hallaq writes, “discovering the law of God through a highly systematic and logically sophisticated methodology was therefore considered by Muslims the primary, if not the only, function of legal theory.”⁷

In the process of expanding the law to include new emerging cases, mainstream Sunnī *uṣūlī* scholars sat their demands high. To them, expanding God's legislations (*at-taṣrīḥ*) seemed possible only by a heavy reliance on the literal meaning of the Qur'ān (*ẓāhir an-naṣṣ*) and the Prophetic tradition of *ḥadīth*. Alongside these sanctioning sources of authority, the practice of the companions (*aṣ-ṣaḥāba*) and the generation of the successors (*at-tābi'ūn*) came to be regarded as the third source of law which “represented the ultimate sanctioning authority which guaranteed the infallibility of those positive legal rulings and methodological principles that are universally agreed upon by Sunnī scholars”.⁸

At an earlier stage, the use of personal judgment (*ra'y*)⁹ was not yet stigmatized, to the contrary, it was viewed as the norm and was permitted as a valid practice which had legal implications.¹⁰ This practice was especially dominant among jurists of the Ḥanafī School of law.¹¹ To this stage, the use of *ra'y* had not reached the status

of a fully developed legal term. It is aṣ-Ṣāfi'ī who is famous to have put an end to this type of arbitrary practice by replacing it with a restricted form of *qiyās*.¹²

The rapid expansion of Islam beyond the boundaries of the Arabian Peninsula brought with it new circumstances which were wholly foreign to Muslims. Out of practical necessity, Muslim jurists expanded the law by recourse to *qiyās* to extend existing norms to emerging novel cases that befall Muslims (*an-nawāzil*).¹³ To Muslim scholars everything ought to be regulated in accordance with the spirit of the law.¹⁴ Yet the novel cases are to be regulated by reliance on the method of *qiyās*.

Qiyās as a vital method of inference is employed to legitimize new emerging cases which are left unregulated. Yet it was not permitted without restrictions. The early generation of Muslim jurists, who allowed the use of *qiyās* in the law, sought to defend its legitimacy in the authoritative sources. One observes the voluminous bulk of writings devoted to issues of controversies related to the discourse on *qiyās* both in praise and condemnation, yet the legal discourse on causality in the law receives less attention to that of *qiyās*.¹⁵

⁷ Hallaq writes: “Considerations on the Function and Character of Sunnī Legal Theory”, in: *Journal of the American Oriental Society* 104.4 (Oct.–Dec. 1984), p. 681.

⁸ Hallaq: *A History of Islamic Legal Theories*, p. 75.

⁹ Jeanette Wakin / Aron Zysow: *Ra'y*, in: *EL*², ezproxy.unilu.ch:2385/entries/encyclopaedia-of-islam-2/ray-SIM-8869?s.num=0&s.f.s2_parent=s.f.book.encyclopaedia-of-islam-2&s.q=Ra%27y (last access 09. 02. 2018).

¹⁰ Hallaq describes the term *ra'y* as an umbrella term which included “[...] a wide variety of legal arguments, and it remained for nearly a century thereafter the standard term that designated legal inferences.” Wael Hallaq: *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge 2005, p. 113.

¹¹ W. Heffening / J. Schacht: *Ḥanafīyya*, in: *EL*², ezproxy.unilu.ch:2385/entries/encyclopaedia-of-islam-2/hanafiy

[ya-SIM 2703?s.num=0&s.f.s2_parent=s.f.book.encyclopaedia-of-islam-2&s.q=Hanafiyya](https://ezproxy.unilu.ch:2385/entries/encyclopaedia-of-islam-2&s.q=Hanafiyya) (last access 09. 02. 2018).

¹² Wael Hallaq: *The Function and Character of Sunnī Legal Theory*, in: *Journal of the American Oriental Society* 104.4 (1984), p. 681.

¹³ Ed.: *Nāzila*, in: *EL*², ezproxy.unilu.ch:2385/entries/encyclopaedia-of-islam-2/nazila-SIM-5873?s.num=0&s.f.s2_parent=s.f.book.encyclopaedia-of-islam-2&s.q=Nāzila (last access 09. 02. 2018).

¹⁴ Bernard Weiss: *The Search for God's Law: Islamic Jurisprudence in the Writings of Sayf al-Dīn al-Āmidī*, Michigan 2010.

¹⁵ 'Īsā Manūn: *Nibrās al-'Uqūl fī Tahqīq al-Qiyās 'Inda 'Ulamā' al-Uṣūl*, Cairo 1345/1927.

Our eponym figure, Ibn Ḥazm, witnessed a fully developed legal theory of *qiyās* and causality in the law. The highly celebrated scholar Abū Muḥammad 'Alī b. Ḥazm al-Andalusī born at Córdoba (b. 384/994, d. 465/1064),¹⁶ a very staunch rejecter of *qiyās* and causality in the law, is known for his sharp critique of the Sunnī legal theory of causality. He is famous as the Andalusian poet, historian, philosopher, theologian and jurist. To him is attributed the codification of the Zāhirī school of law.¹⁷

As a leading critic of Sunnī legal theory, especially when the divine law of God is allowed to be expanded by the use of *qiyās*, Ibn Ḥazm is not the first jurist to launch attacks against the use of *qiyās*. His predecessors of the anti-*qiyās* tendency were actually a “disparate group” who appeared to have rejected *qiyās* for epistemological concerns rather than for issues related to the technical formulations of the method of *qiyās*.¹⁸ What distinguishes him from other critics of *qiyās* is his impressive systematic approach applied in negating *qiyās*. Ibn Ḥazm's rejection of *qiyās* stems mostly from his rejection of the theory of causality in the law. In his *al-Iḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām*, he attacks the principle of causality in the law by resting his arguments on extensive references to both scriptural and rational arguments.

In his massive campaign against the use of *qiyās* in the law and the principle of causation (“*ta'īl al-aḥkām*”), Ibn Ḥazm puts forth a systematic account on the negation of causality in the law.

He appears very distinguished from his counterparts of the anti-*qiyās* jurists in that he is consistent of the system he advances and the impressive work of legal theory composed in: *al-Iḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām*.¹⁹ His critique is directed especially at the adherents of the Ḥanafī and the Mālikī schools of law.²⁰ The critique contains disparaging statements, here Ibn Ḥazm shows no hesitation in announcing the pro-causality jurists (*al-qā'ilīn bi-ta'īl*) as infidels.²¹

How does Ibn Ḥazm justify his sharp critique against causality in the law? What type of arguments does he employ in negating causality as one of the major principles of Sunnī legal theory? The present article seeks to shed light on the systematic approach and arguments Ibn Ḥazm employs when refuting the principle of causality in the law. It unfolds Ibn Ḥazm's arguments and stances and sheds light on the repercussions of negating causality in the law. Moreover, this article draws from a wide range of arguments which Ibn Ḥazm employs in his major and comprehensive work on legal theory: *al-Iḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām*.

I. Ibn Ḥazm in the Context of Zāhirism

A brief entry into Ibn Ḥazm's position in the Zāhirī tradition is indispensable to appreciate his stance on *qiyās* and causality in the law. Zāhirism is known for its devout theological and juridical approach, that is, its preferential tendency toward a literal reading of the sacred texts (*zāhir*

¹⁶ An entry on Ibn Ḥazm is provided by R. Arnaldez: Ibn Ḥazm, in: *EP*², ezproxy.unilu.ch:2385/entries/encyclopaedia-of-islam-2/ibn-hazm COM 0325?s.num=0&s.f.s2_parent=s.f.book.encyclopaedia-of-islam-2&s.q=Ibn+Hazm (last access 09. 02. 2018).

¹⁷ Abdel-Magid Turki: al-Zāhirīyya, in: *EP*², ezproxy.unilu.ch:2385/entries/encyclopaedia-of-islam-2/al-zahiriyya

SIM.8086?s.num=0&s.f.s2_parent=s.f.book.encyclopaedia-of-islam-2&s.q=ZAHIRIYYA (last access 09. 02. 2018).

¹⁸ Aron Zysow: *The Economy of Certainty*, p. 168.

¹⁹ *Ibid.*, p. 184.

²⁰ On Ibn Ḥazm's critiques of the use of *qiyās* see Aron Zysow: *the Economy of Certainty*, pp. 184–187.

²¹ Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām*, Cairo 2005, p. 1185.

an-nuṣūṣ)²² of the Qur'ān and the Prophetic tradition of *ḥadīth*. Some modern scholars are inclined to label Zāhirism as a method, rather than a school of law.²³ The early formation of Zāhirism began with Dāwūd b. 'Alī al-Iṣbahānī (d. 270/884), who was located in Baġdād. The early Zāhirī approach tended towards a literal reading of the Qur'ān and *ḥadīth* with less interest in legal work which Muslim jurists developed (*fiqh*). Their approach aimed at ridding the law “of any traces of subjectivity, confining it within the narrow limits of the evident meaning of the sacred texts”.²⁴ This approach leads to, as Gleave writes, “freeing the legal meaning of the revelatory texts from any need to conform to reason, and made possible a sort of literalist hermeneutic.”²⁵

Aron Zysow speaks of classical Zāhirism, a school which is characterized by its ethical non-cognitivism which results in denying that the faculty of reason alone is not dependent of revelation to perceive ethical value. This implies that the knowledge of the divine law depends entirely on the revealed information transmitted to the Prophet via an angel (*wahy*).²⁶ To Zāhirī jurists, both the revelation and the Prophetic reports constitute the only legitimate sources of legislation in Islam. Modern scholars of Islamic legal theory place Ibn Ḥazm in the second generation of Zāhirism. The latter advanced away from the anti-rationalism of the founder Dāwūd to that school of theological sophistication of the second generation of Zāhirism.²⁷

In his approach to the authoritative sources of the law, Ibn Ḥazm recognized two types of norms: The first type contains norms (*al-aḥkām*) which are determined explicitly in the scripture. While the second type contains norms which were left unregulated, to Zāhirī jurists, this implies that what is not regulated “is permitted by the virtue of the fact that it is not prohibited. This is permission in the weak sense”.²⁸

The law in the eyes of Zāhirī scholars is limited only to the dictates of the texts, more precisely, as Zysow observes, “for the Zāhirī, the law is atomistic [...] (they) denied that the law has bases at any but verbal level”.²⁹ Placing Ibn Ḥazm's stance within the Zāhirī tradition enables a better understanding of his rigorous defense of the law of God as revealed in the Qur'ān and practised by the Prophet. The immunization of the law from the intruding attempts of Muslim jurists in expanding the law by recourse to human reason, explains the attacks Ibn Ḥazm launched against *qiyās* and causality in the law. His legal writings indicate a limited scope of law in that the approach employed “(...) attempts to curtail the claims made by Muslim jurists to speak on behalf of God's Law. This method leads him to support rationalism, individualism, and anti-clericalism.”³⁰

II. Rejecting *qiyās* as a Method of Inference

The vehement attack launched against the proponents of *qiyās* is traced back to the early stages of Islamic legal theory. The earliest attack on *qiyās*

²² (ظاهر النصوص).

²³ Adam Sabra attributes this view to Y. Linant de Bellefonds, who, according to Sabra, “undertakes a systematic exposition of the medieval thinker's legal method.” Adam Sabra: *Ibn Ḥazm's Literalism*, p. 10.

²⁴ See: al-Zāhiriyya, in: *Et*², ezproxy.unilu.ch:2385/entries/encyclopaedia-of-islam-2/al-zahiriyya-SIM_8086?s_num=0&s.f.s2_parent=s.f.book.encyclopaedia-of-islam-2&s.q=ZĀHIRIYYA (last access 09.02.2018).

²⁵ Robert Gleave: *Islam and Literalism: Literal Meaning and Interpretation in Islamic Legal Theory*, p. 147.

²⁶ Zysow: *The Economy of Certainty*, p. 181.

²⁷ *Ibid.*, p. 169.

²⁸ *Ibid.*, p. 182.

²⁹ *Ibid.*, p. 186.

³⁰ Adam Sabra: *Ibn Ḥazm's Literalism: A Critique of Islamic Legal Theory (I)*, in: *al-Qanṭara* XXVIII.1 (enero-junio 2007), p. 7.

is attributed to the Mu'tazilī theologian Abū Ishāq Ibrāhīm an-Nazzām (d. 220/835, 230/845).³¹ An-Nazzām is famous for both his attack on the companions and his rejection of *qiyās*. The writings of Sunnī *uṣūl al-fiqh* show that the proponents of *qiyās* formed various groups of different theological and juridical affiliations. These include famous *ḥadīth* scholars, Zāhiri jurists, some Mu'tazilī such as Ḡa'far b. Mubaššir (d. 234/848) and Ḡa'far b. Ḥarb (d. 236/850), most Ḥārīḡī and Šī'ī scholars.³² An explanation of what could have brought these disparate groups together in their rejection of *qiyās* is found in Zysow's analysis: "what links these disparate groups in their rejection of *qiyās* is not their suspicion of a particular technical procedure, but the epistemological standards they demanded of any law that they claim to be truly Islamic".³³

The concerns of the proponents of *qiyās* (*al-qā'ilūn bi-l-qiyās*) were different to their counterparts of the opponents of *qiyās*. To the former, the major concern revolved around the limitedness of the texts which fell short in providing Muslims with all the possible norms which may befall them. Therefore, and out of practical necessity, *qiyās* became essential to Muslim jurists to regulate emerging cases by basing them on that of the regulated norms established in the authoritative sources. The proponents of *qiyās* held that they apply *qiyās* to novel cases which the texts and the consensus left unregulated, in that they determined the cause (*'illa*) which generates the norm

(*"naḥkum fīmā lā naṣṣa fīhi wa-lā iḡmā' bi-miṭl al-ḥukm al-wārid bi-naẓrihi fi-n-naṣṣ wa-l-iḡmā' [...] li-itifāqihimā fī 'illat al-ḥukm"*).³⁴ This is precisely what Ibn Ḥazm and the adherents of the Zāhiri School (*aṣḥāb aẓ-ẓāhir*) rejected. To Ibn Ḥazm, it is not permissible to establish norms as binding unless these are defined in the words of God, and what has been proved as the words and deeds of His Messenger and that of the consensus of the scholars (*"lā yaḡūz al-ḥukm al-batta fī ṣai' min al-aṣyā' kullihā illā bi-naṣṣ kalām Allāh au naṣṣ kalām an-nabī au bimā ṣaḥḥa 'anhu min fi'l au iqrār au iḡmā' min ḡamī' 'ulamā' al-umma"*).³⁵

Ibn Ḥazm argues that the religion of Islam, in its early stages, contained neither prohibition nor permission, but then by the eve of Islam, God revealed His legislations (*"kāna ad-dīn wa-l-Islām lā taḥrīm fīhi wa-lā iḡāb tumma anzal Allāh aṣ-ṣarā'i'"*). What God decreed is rendered obligatory and what He forbade is declared forbidden. However, what is made neither obligatory nor forbidden is rendered unrestrictedly permissible (*"fa-mā amara bihi fa-huwa wāḡib wa-mā nahā 'anhu fa-huwa muḥarram wa-mā lam ya'mur bihi wa-lā nahā 'anhu mubāḥ muṭlaq, ḥalāl ka-mā kāna ḥadā amr ma'rūf ḍarūra bi-fiṭrat al-'uqūl min kull aḥad fa-fī māḍā yuḥtāḡ ilā al-qiyās wa-r-ra'y?"*)³⁶ Furthermore, Ibn Ḥazm argues that the negation of the legitimacy of *qiyās* requires no proof. In other words, to negate *qiyās* this is a task which requires no defense on the parts of the anti-*qiyās* jurists. The burden of proof rests entirely on those who claim it legitimate.³⁷

³¹ J. Van Ess: al-Nazzām, in: *Et*², ezproxy.unilu.ch:2385/entries/encyclopaedia-of-islam-2/al-nazzam-SIM_5883?s.num=0&s.f.s2.parent=s.f.book.encyclopaedia-of-islam-2&s.q=%27%27al-Nazzām (last access 09.02.2018).

³² Muḥammad al-Ḡazālī: *Kitāb al-Mustaṣfā min 'Ilm al-Uṣūl* 2, p. 234.

³³ Aron Zysow: *The Economy of Certainty*, p. 168.

³⁴ Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām* (2005), p. 972:

نحکم فيما لا نص فيه ولا إجماع بمثل الحكم الوارد بنظيره في النص والإجماع [...] لاتفاقهما في علة الحكم

³⁵ *Ibid.*, pp. 974 f.:

لا يجوز الحكم البتة في شيء من الأشياء كلها إلا بنص كلام الله أو نص كلام النبي أو بما صح عنه من فعل أو إقرار أو إجماع من جميع علماء الأمة

³⁶ *Ibid.*, p. 1091:

فما أمر به فهو واجب وما نهى عنه فهو محرم وما لم يأمر به ولا نهى عنه مباح مطلق، حلال كما كان هذا أمر معروف ضرورة بفطرة العقول من كل أحد ففي ماذا يحتاج إلى القياس والرأي

³⁷ Zysow: *The Economy of Certainty*, p. 171.

Ibn Ḥazm embarks on the task of systematically negating causal analogy (*qiyās al-illa*). This is the type of *qiyās* which was widespread in his lifetime, particularly by his contemporaries of the Ḥanafī and Mālikī schools of law (“*aṣḥāb Mālik wa-Abī Ḥanīfa hum al-muḡallibūn li-l-qiyās ‘alā nuṣūṣ al-Qur’ān wa-l-ḥadīṭ fī kaṭīr min aqwālihīm*”).³⁸ He advances a lengthy chapter which consists of citations from the Qur’ān, *ḥadīṭ* and *iḡmā’*, as well as theological and rational arguments. His intensive reliance on citations from the Qur’ān and the *ḥadīṭ* demonstrates his eagerness in basing his rejection of *qiyās* by relying on the same authoritative sources which the advocates of *qiyās* employed to legitimize *qiyās* in extending the law. The rejection of *qiyās* whether based on rational methods or by sole reference to the Qur’ānic and Prophetic texts should be regarded, as Zysow writes, “(...) a matter of emphasis rather than an exclusive dichotomy.”³⁹

Ibn Ḥazm argues for a literal hermeneutic (*an-naṣṣ aḡ-ḡāhir*), which rests more value on the apparent norm (*ḡāhir al-ḥukm*) which is determined by the explicit dictate of the texts. What became a well-established matter in Sunnī law is that in the law there are two categories of norms, namely, that of the original ruling (*uṣūl*), which indicates the ‘roots’ and that of the novel cases, which indicates the branches (*furū’*).⁴⁰ This distinction between the norms Ibn Ḥazm refuses to recognize.

He argues that there are only the texts and the consensus which form “the roots of the law” (“*Lā aṣl illā naṣṣ wa-iḡmā’*”).⁴¹ Everything is regulated in the texts and there is no need to recourse to *qiyās* (“*lā ṣai’ min ad-dīn wa-ḡamī’ aḥkāmihī illā wa-qad nuṣṣa ‘alaihi fa-lā ḡāḡa bi-aḡad li-l-qiyās*”).⁴² Sunnī *uṣūlis’* distinction between the original norm (*al-ḥukm al-aṣlī*) and the novel case (*al-far’*), to Ibn Ḥazm, there is no distinction made, all legal norms are *uṣūl* (“*ṣaḡḡa anna ḡamī’ aḥkām aṣ-ṣarī’a kulluhā sawā’ wa-uṣūl wa-lā yūḡad ṣai’ minhā illā ‘an Qur’ān au ‘an ar-rasūl au ‘an iḡmā’*”).⁴³

How is one to determine the legal matters? Ibn Ḥazm explains that the text either refers to a legal matter by an explicit reference or by an indicator (*dalīl*) which indicates the norm (“*an-naṣṣ wa-l-bayān yanqasim illā qismain: an-naṣṣ ‘alā aṣ-ṣai’ bi-ismihi, naṣṣa ‘alaihi bi-d-dalāla wa-huwa at-tanbīh ‘alā al-ḥukm*”).⁴⁴ He confirms that some of the decreed norms are known in the texts, and others are known by means of indicators (“*yūḡad ḥukm ba’d an-nawāzil naṣṣan wa-ba’duhā bi-d-dalīl*”). Yet, he demands that the indicator be in a form of another explicit text which clarifies the intention of God (“*yūḡad ḥukm ba’d an-nawāzil naṣṣa wa-ba’duhā bi-d-dalīl [...] ad-dalīl immā an yakūn hu-nāk naṣṣ aḡar yubayyin murād Allāh im-mā ḡaliyān au iḡmā’*”).⁴⁵

³⁸ Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām* (2005), p. 1151:

أصحاب مالك وأبي حنيفة هم المغلبون للقياس على نصوص القرآن والحديث في كثير من أقوالهم

³⁹ Zysow: *The Economy of Certainty*, p. 169.

⁴⁰ N. Calder: *Uṣūl al-Fiqh*, in: *EF*², ezproxy.unilu.ch:2385/entries/encyclopaedia-of-islam-2/usul-al-fikh-SIM_7761?s.num=0&s.f.s2_parent=s.f.book.encyclopaedia-of-islam-2&s.q=Uṣūl+al-Fiqh (last access 09. 02. 2018).

⁴¹ Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām* (2005), p. 1092:

لا أصل إلا نص وإجماع

⁴² *Ibid.*, p. 1092:

لا شيء من الدين وجميع أحكامه إلا وقد نص عليه فلا حاجة بأحد للقياس

⁴³ Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām* 8, ed. by Aḡmad Shākir, Beirut 2008, p. 115:

صح أن جميع أحكام الشريعة كلها سواء وأصول ولا يوجد شيء منها إلا عن قرآن أو عن الرسول أو عن إجماع

⁴⁴ *Ibid.*

النص والبيان ينقسم الا قسمين النص على الشيء باسمه، نص عليه بالدلالة وهو التنبيه على الحكم

⁴⁵ Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām* (2005), p. 1094:

يوجد حكم بعض النوازل نصا وبعضها بالدليل [...] الدليل إما أن يكون هناك نص آخر يبين مراد الله إما جليا أو إجماع

Referring to an earlier authority has been the practice of Sunnī *uṣūlis*, yet Ibn Ḥazm refuses to accept the claim that the founders of the two schools, namely, Abū Ḥanīfa and Mālik to have legitimized the use of causal analogy (“*wa-haḍān ar-raḡū-lān lam yaʿrifā qaṭṭ al-qiyās al-laḍī yanṣuruhu aṣ-ḥāb al-qiyās, wa-mīn istiḥrāḡ al-ʿilal, wa-lakin qiyā-sahumā kāna bi-maʿnā ar-raʿy al-laḍī lam yaqṭaʿā ʿalā ṣiḥḥatihī*”).⁴⁶ In this Ibn Ḥazm traces this type of widespread *qiyās* to the 4th/10th century. He writes: “*qiyās* is a matter emerged in the fourth century, at a time where traditional imitation (*taqlīd*) of legal practice had emerged. However, *qiyās* emerged among the successors of the early community as forming their uncertain personal opinion and not as authoritative and binding, they (the successors) did not allow their use of *qiyās* to be written.” In his reference to the successors he refers to Abū Ḥanīfa (d. 150 / 775) and Mālik b. Anas (d. 179 / 795) (“*wa-hāḍā amr innamā ṣahar fi-l-qarn ar-rābiʿ faqṭ maʿa ṣuhūr at-taqlīd, wa-innamā ṣahar al-qiyās fi-t-tābiʿīn ʿalā ṣabīl ar-raʿy wa-l-iḥtiyāt wa-ḡ-ḡann lā ʿalā iḡāb ḥukm bihi wa-lā annahu ḥaqq maqṭūʿ bihi wa-lā kānū yubīḥūn kitā-bahu ʿanhum*”).⁴⁷ One of the narrations Ibn Ḥazm cites in disfavour of *qiyās* is the narration attributed to a man named Yaizī b. ʿAbd Rābiḥ in which he narrates that he heard Abū Ḥanīfa saying: “Pissing in the mosque is better than some of their *qiyās*” (“*al-baul fi-l-masḡid aḥsan min baʿḍ qiyāsihim*!”).⁴⁸

Only the Qurʾānic revelation and the Prophetic *ḥadīth* renders certain knowledge (*al-ʿilm al-ya-qīnī*). The matter of legislating remains a pure issue of revelation (“*masʿalat waḥy*”).⁴⁹

Central to Ibn Ḥazm's rejection of *qiyās* is his rejection of the theory of causality in the law. The law, according to Ibn Ḥazm, has no causality. In order to comprehend his severe attack on the causal analogy, one is to understand the rejection of causality in the law. What justifications does Ibn Ḥazm advance when rejecting causality in the law? What repercussions has the rejection of causality on Islamic law?

III. The Negation of Causality in Law (*ibṭāl ta'īl al-aḥkām aṣ-ṣar'iya*)

As previously mentioned, the grim attack Ibn Ḥazm launched is mostly directed at that type of *qiyās* known as causal analogy “*qiyās al-ʿilla*”. His attack extends to other forms of *qiyās*, namely, that of the analogy based on resemblance (*qiyās aṣ-ṣābah*). The latter Ibn Ḥazm views as of having no meaning and that it generates no legal norm (“*al-iṣtibāh lā maʿnā lahu wa-lā yuḡīb ḥukman*”).⁵⁰

To understand Ibn Ḥazm's rejection of causal analogy, one is to view his rejection of causality in the law (“*fi ibṭāl al-qaul bi-t-ta'īl fī ḡamīʿ aḥkām ad-dīn*”).⁵¹ The claim Ibn Ḥazm rejects is the theory the pro-causality defenders hold when arguing for causality in the law. The theory of causality proposes that God, when decreeing His norms, He decrees for a reason that He explicitly dictates in the text (*fi an-naṣṣ*). In identifying the reason wherever it is, this is to be sought in the novel case (*al-farʿ*), which shares the same reason identified in the original case (*al-aṣl*).⁵² The kern of this theory is exactly what Ibn Ḥazm vehemently rejects.

⁴⁶ Ibid., p. 1118:

وهذان الرجلان لم يعرفا قط القياس الذي ينصره أصحاب القياس، ومن استخراج العلال، ولكن قياسهما كان بمعنى الرأي الذي لم يقطعا على صحته

⁴⁷ Ibid., p. 1120:

وهذا أمر إنما ظهر في القرن الرابع فقط مع ظهور التقليد وإنما ظهر القياس في التابعين على سبيل الرأي والاحتياط والظن لا على إيجاب حكم به ولا أنه حق مقطوع به ولا كانوا يبيحون كتابه عنهم

⁴⁸ Ibid., p. 1118: البول في المسجد أحسن من بعض قياسهم

⁴⁹ Ibid., p. 1159: مسألة وحي

⁵⁰ Ibid., p. 1171: لا يجيب حكما

⁵¹ في إبطال القول بالتعليل في جميع أحكام الدين

⁵² Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām* (2005), p. 1150:

لا يفعل الله شيئا من الأحكام وغيرها لعلة أصلا بوجه من الوجوه، فإذا نص الله تعالى أو رسوله على أن أمر كذا لسبب كذا

He holds firmly that God does not act and that He has not ordained any norms for any specific reason. Alone the word of God and the deeds and sayings of His Prophet reveal the norm ordained for us.⁵³ The underlying reasons behind the explicit norms of the Qurʾān and *ḥadīth* are limited only to the literal reading of the norms found in the texts. In other words, the theory of extending textual norms, on the basis of identifying their reasons to novel cases, is absolutely impossible for the reason that God acts and commands for no other reason. Thus, there is no causality in the law as God does what He does not for a cause. The jurists' attempts to anchor the claim of causality in the law led Ibn Ḥazm to attack the essence of causality. The arguments against it in the law are unfolded in a lengthy and detailed chapter he devotes to systematically negate the premise of the nature of the law as having causes. What concerns Ibn Ḥazm in the controversy surrounding the attestation of causality in the law? What arguments does Ibn Ḥazm advance when negating causality in the law?

Ibn Ḥazm seeks to prove the impossibility of causality in the law. This appears throughout the chapter devoted to repudiating major arguments employed by Sunnī jurists for attesting causality in the law. Under the title of the negation of causality of the (divine) norms ("*fī ibtāl al-qaṭl bi-l-īlā fī ḡamī' aḥkām ad-dīn*"), Ibn Ḥazm embarks

on attacking almost every single argument employed in defending the principle of causality in the law.⁵⁴ The conventional methods propounded in the attestation of causality in the law are mostly textual, however, rational arguments are provided. Sunnī jurists defended their stance of the rationality of the divine law which incorporates causes. The authoritative sources of the law, the Qurʾān, *ḥadīth*, and especially that of consensus (*iḡmā'*) support a law whose causes are accessible to jurists through texts and reason. The consensus of the early authoritative scholarship represents the basic element for defending causality in the law.

Ibn Ḥazm confronts the pro-causality jurists with endless quotations of textual proofs to attest the impossibility of causality in the law. To enhance his stance, Ibn Ḥazm provides evidence espoused by the consensus of the Companions (*ṣaḥāba*) in them avoiding exceeding what the literal texts convey. In his words: "the consensus has proven the correctness of our stance on the negation of causality in the law and that we do not exceed by employing the explicit cause to another which is not explicitly mentioned ("*ṭabata al-iḡmā' 'alā ṣiḥḥat qaṭlinā wa-'alā ibtāl at-ta'īl wa allā nata'dā as-sabab al-manṣūṣ 'alaihi ilā mā lam yunaṣṣ 'alaihi*").⁵⁵ Then if this is the consensus of the early authorities against allowing causality in the law, the question remains: how would one interpret the legal judgements attributed to them?

أو من أجل كذا، فإن ذلك كله ندري أنه جعله الله أسبابا لتلك الأشياء في تلك المواضع التي جاء النص بها فيها.

"*idā naṣṣa Allāh 'alā annahu ḡa'ala ṣai'ān li-ḥukm mā faḥaiṭu mā wuḡida ḡalika as-sabab wuḡida ḡalika al-ḥukm*".

⁵³ ("*lā yaf'al Allāh ṣai'ān min al-aḥkām wa-ḡairihā li-'illa aṣlan bi-waḡh min al-wuḡūh fa-idā naṣṣa Allāh wa-rasūluhu 'alā anna amr ka-dā li-sabab ka-dā au min aḡli ka-dā fa-innā ḡalika kulluhu nadri annahu ḡa'alahu Allāh asbāban li-tilka al-aṣyā' fī tilka al-ma-wāḍi' al-latī ḡā'a an-naṣṣ bihā fihā*"). Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām* (2005), p. 1150.

⁵⁴ Hallaq writes: "Through the concept of the *'illa*, the cornerstone of juridical inference, legal theoreticians succeeded to a great extent, from the logical standpoint, to reinterpret and even reconstruct the legal reasoning underlying the already existing judicial rulings. In different words, the *'illa* was the point of departure in rationalizing the controversial parts of positive law." Hallaq: *Considerations on the Function and Character of Sunni Legal Theory*, in: *Journal of the American Society* 104.2 (1984), p. 682.

⁵⁵ Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām* (2005), p. 1155:

قد ثبت الإجماع على صحة قولنا، وعلى إبطال التعليل، وألا نتعدى السبب المنصوص عليه إلى ما لم ينص عليه

Would their practice of *qiyās* render this method valid? Ibn Ḥazm regards the primitive use of *qiyās*, as practised by the companions, to form a mere personal attempt, which was never intended to be binding nor to be any part of the divine legislation. Ibn Ḥazm accuses later generations of jurists “*muta’ahhūrū al-qā’ilīn bi-l-qiyās*”⁵⁶ of having rendered *qiyās* as a binding method of inference, and thus, permitting it as a legitimate method of extending established legislations.

Ibn Ḥazm commences the attack on accepting causality in the law by criticizing a specific group of scholars who were famous for their rejection of *qiyās*. This group, Ibn Ḥazm tells us, allowed *qiyās* only when the reason behind the decreed norms are explicitly indicated in the Qur’ān and the *ḥadīth*. The question arose whether God informs us of a norm for a specific intended reason (*as-sabab*) and whether this reason, when it is identified, allows the jurist to extend the explicitly given norm to a similar novel case left unregulated. Ibn Ḥazm refers to the idea of the indicated reason (*sabab al-ḥukm*) writing: “when God explicitly indicates a reason (*sabab*) for a given norm, then (we know that) whenever the reason behind a norm is determined in the text, then this reason is attributed only to the particular norm ordained, and whenever this reason is found, the norm is established” (“*idā naṣṣa Allāh ‘alā annahu ḡa‘ala ṣai’ān mā sababan li-ḥukm mā fa-ḥaitu mā wuḡida dālīka as-sabab wuḡida dālīka al-ḥukm*”).⁵⁷ This is the opinion of al-Qāsānī, to whom Ibn Ḥazm did not hesitate to show disapproval. However, Ibn Ḥazm does not deny that the law of God includes reasons, he admits that the law, considering its language, reveals to causes of the norms,

yet these remain only as the given reasons limited to the norms defined in the authoritative sources. In his words: “these reasons do not cause the formation of any norms (as to form the divine norms) other than where the texts indicate.” (“*wa-lā tūḡīb tilka al-asbāb ṣai’ān min tilka al-aḥkām fī ḡair tilka al-mawāḍi‘ al-batta*”).⁵⁸ This line of argument is in harmony with the tradition of Zāhirism, as Gleave remarks, “God is not subject to either a *luḡa* or ‘*aql*; He is the source of them both and therefore the defining criterion for their correct employment.”⁵⁹

The textually based arguments in the refutation of causality in the law form the basis of Ibn Ḥazm’s rejection of causality. In the following, two examples are selected to illustrate Ibn Ḥazm’s objection against allowing causality in the law. One of the examples Ibn Ḥazm puts forth is the reference made to the following Qur’ānic verse:

Because of that, We (Allāh) decreed upon the Children of Israel that whoever kills a soul unless for a soul or for corruption [done] in the land – it is as if he had slain mankind entirely. And whoever saves one – it is as if he had saved mankind entirely. And our messengers had certainly come to them with clear proofs. Then indeed many of them, [even] after that, throughout the land, were transgressors. (Q. 5:32)

The pro-causality jurists referred to this Qur’ānic verse to argue for causality. Ibn Ḥazm questions this approach which links the norms and the given reasons behind their decree. To the cited Qur’ānic verse, Ibn Ḥazm limits the norm in this verse as to be only applicable to the children of Israel. In other words, when the acts of transgressors come from other than the Children of Israel the norms defined in this verse do not apply to

⁵⁶ متأخرو القائلين بالقياس

⁵⁷ Ibid., p. 1150:

إذا نص الله على أنه جعل شيئاً ما سبباً لحكم ما فحيث ما وجد ذلك السبب وجد ذلك الحكم

⁵⁸ Ibid.:

ولا توجب تلك الأسباب شيئاً من تلك الأحكام في غير تلك المواضع
البيئة لا توجب تلك الأسباب شيئاً من الأحكام إلا في تلك مواضع
النصوص

⁵⁹ Robert Gleave: *Islam and Literalism: Literal Meaning and Interpretation in Islamic Legal Theory*, Edinburgh 2013, p. 135.

them. As Ibn Ḥazm writes, this verse permits the murder of every transgressor on earth (“*naṣṣ al-āya ibāḥat qatl kull muḥsid fi-l-arḍ*”) and the verse refers only to the children of Israel.⁶⁰ He argues that those who transgress on earth “*al-muḥsidīn fi-l-arḍ*” are not murderers, even when we know they are transgressors, such as the fornicator and the thief.⁶¹

As to the second cited Qurʾānic reference, it is the prohibition of consuming wine (*tahrīm šurb al-ḥamr*).⁶² The Qurʾānic verse reads: “Satan only wants to cause animosity and hatred through intoxicants and gambling and to avert you from the remembrance of Allāh and from prayer. Will you not desist?”⁶³ In response to those who argued for causality by employing this verse, Ibn Ḥazm does not recognize any link between the prohibition of wine (*tahrīm al-ḥamr*) and the aforementioned reasons stipulated in the verse. In other words, the reasons listed in the Qurʾānic verse, including the Satan’s determination of deviating Muslims from praying and the enmity the wine causes among believers, are not to be understood as reasons for prohibiting wine. Ibn Ḥazm writes: God has willed to prohibit wine when it was already permitted in Islam for sixteen years (“*šā’a Allāh an yuḥarimahā id ḥaramahā wa-qad kānat ḥalālan li-muddat sitat ‘aṣar ‘āman fi-l-islām*”).⁶⁴ The consumption of wine was initially permissible, despite its well-known qualities which the verse reveals (“*kānat ḥalālan bi-ḥaḍīhi aṣ-ṣifa fa-baṭul an yakūn iskāruhā ‘illat tahrīmihā au sababan*”).⁶⁵ This, Ibn Ḥazm writes, attests to the failure in identifying a cause behind the exact reason(s) for the prohibition of wine. The characteristic of wine (*ṣifa*) does

not render wine forbidden because consuming wine was allowed, and thus its quality of inebriating is not the reason behind its prohibition.

Ibn Ḥazm reiterates consistently that the divine norms (*al-aḥkām aš-šar‘īya*) are only determined by textual evidence, and thus, there is no room for any recourse to causality (“*faṣaḥa bi-n-naṣṣ anna aš-šai’ idā ḥakama Allāh bihi faqad lazima dūn ta‘līl*”).⁶⁶ Only the unambiguous texts determine the decrees of the law. What Sunnī jurists attempted to establish was that of “deriving more than the *ẓāhir* from these texts, especially in terms as the implicated meaning (“*dalīl al-kitāb*”) and the technical use of *qiyās*, are rebutted as mere fancy and, on occasion, ‘soothsaying’ (*kihāna*)”.⁶⁷

Mainstream Sunnī *uṣūlī* relied heavily on the theory of causality in the law (*al-qā’ilūn bi-ta‘līl al-aḥkām*), the basis of this theory is the claim that God acts and creates for a cause. This argument Ibn Ḥazm refutes vehemently, he writes, “there is nothing in the law such as causality. Nothing of God’s acts and decrees have causes (“*lā yaf‘al Allāh šai’an min al-aḥkām wa-ḡairihā li-‘illa aṣlan*”).⁶⁸ Thus when God, and His Messenger, decreed a norm for a reason (*li-sabab*), which is explicitly indicated in the text, then the reason is relevant and limited to this text.

In Sunnī legal theory, when speaking of the types of norms, Muslim jurists distinguished between two types of categories, namely, the original norm (*al-ḥukm al-aṣlī*) and the norm determined of the novel case (*ḥukm al-far‘*). This classification of the norms to that of *uṣūl* and of *furū‘* is entirely rejected by the *Zāhirī* School of law.

⁶⁰ Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām* (2005), p. 1155.

⁶¹ *Ibid.*: العرض في نص الآية إباحة قتل كل مفسد

⁶² شرب الخمر / تحريم

⁶³ (Q. 5:91).

⁶⁴ Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām* (2005), p. 1159:

شاء الله أن يحرمها إذ حرمها وقد كانت حلالاً مدة ستة عشر عاماً في الإسلام

⁶⁵ *Ibid.*:

كانت حلالاً وهي بهذه الصفة فبطل أن يكون إسكارها علة تحريمها أو سبباً

⁶⁶ *Ibid.*, p. 1107:

فصح بالنص أن الشيء إذا حكم الله به فقد لزم دون تعليل

⁶⁷ Robert Gleave: *Islam and Literalism*, Edinburgh 2013, p. 173.

⁶⁸ Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām* (2005), p. 1150:

لا يفعل الله شيئاً من الأحكام وغيرها لعلّة أصلاً

In accordance with the teachings of the Zāhirī doctrine, the norms of the law, as founded in the texts, are the *uṣūl* (“*ḡamīʿ aḥkām aṣ-ṣarīʿa uṣūl kulluhā sawāʾ wa-uṣūl*”).⁶⁹ Ibn Ḥazm attacks the very fundament of the theory of *qiyās* which resets its claim on the existence of an *aṣl* and *farʿ*. He even went further to announce the establishment of causality in the law as a sinful act (“*at-taʿlīl maʿ-ṣiya*”).⁷⁰ He reminds us of the narrative which narrates that the first to apply *qiyās*, according to the Qurʾān, was Iblīs who refused to prostrate to Adam by drawing analogy of him being created from fire and that Adam of clay and his destiny was that of God’s curse.

Central to the theory of the purpose of the law (*maqāṣid aṣ-ṣarīʿa*) appears the legal concept of *maṣlaḥa*.⁷¹ The latter surfaces in the arguments for the validity of *qiyās* and causality. Ibn Ḥazm rejects the concept of *maṣlaḥa* altogether, and argues that God acts neither for a cause nor for a purpose (“*Allāh lā yafʿal ṣaiʿan illā li-maṣāliḥ* ‘*ibādihī*”), thus to claim that God acts for a reason or for a cause is rejected (“*al-ʿilla kulluhā manfiya ʿan Allāh*”).⁷² Ibn Ḥazm espouses his argument by the following Qurʾānic verse which golds God as being “(...) not questioned for what He does, but they will be questioned.”⁷³

Ibn Ḥazm argues that the need for causes in the law stems only from someone who is in need (“*lā takūn al-ʿilla illā fī muḍṭarr*”).⁷⁴ In other words, the need for causality stems only from someone who is either compelled to do, or someone who is in need.⁷⁵ We, as believers, are informed of God’s intention only by the explicitness of the texts (“*wa-ammā al-ḡaraḍ fī afʿālihi wa-ṣarāʿihī fa-laisa huwa ṣaiʿan ḡair mā ḡahara minhā faqaṭ*”).⁷⁶

Theological premises appear in the defense of causality in the law. A major theme appears in the debate over the divine attributes of God. The attribute of wisdom, God is the Wise. God is wise not because we are able to determine it through inference, rather for He named Himself the Wise (*lam nusamm Allāh taʿālā ḡakīman min ṭariq al-istiḍlāl wa-innamā sammaināhu ḡakīman li-annahu sammā bi-ḡālika nafsahu*).⁷⁷

Ibn Ḥazm is accused of speaking of reasons in the law. To this he responds: “we deny not that some legal norms have reasons, to the contrary, we assert these reasons yet we say that these are where God declares them as reasons and it is not permissible to extend the norms of these reasons to unregulated cases.⁷⁸ We admit the existence of reasons in God’s law, yet we accept this only in the explicit decree of the texts.” (“*nuqirr bi-l-asbāb*

⁶⁹ Ibid., vol. 8. 115.

جميع أحكام الشريعة أصول كلها سواء وأصول

⁷⁰ Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām* (2005), p. 1179: التعليل معصية

⁷¹ Opwis traces the legal concept of *maṣlaḥa* and argues that “*maṣlaḥa* developed out of the concept of *istiṣlāḥ*—Literally considering something good and beneficial— a somewhat amorphous method of law-finding that came to be associated with Mālikī school of law [...] The terms *maṣlaḥa* and *istiṣlāḥ* do not occur in the Qurʾān, and the few times they are mentioned in the major ḡadīth collections are unrelated to legal matters.” Felicitas Opwis: *Maṣlaḥa and the Purpose of the Law: Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century*, Leiden 2010, p. 9.

⁷² Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām* 8 (2008), p. 120:

الله لا يفعل شيئا إلا لمصالح عباده [...] العلة كلها منفية عن الله

⁷³ (Q. 21:23).

⁷⁴ Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām* (2005), p. 1170:

لا تكون العلة إلا في مضطر

⁷⁵ Hans Wehr: *A Dictionary of Modern Written Arabic*, ed. by J. Milton Cowan, Wiesbaden 1979, p. 629.

⁷⁶ Ibn Ḥazm: *Al-Iḥkām* (2005), p. 1170:

وأما الغرض في أفعاله تعالى وشرائعه فليس هو شيئا غير ما ظهر منها فقط

⁷⁷ Ibid., p. 1185:

لم نسم الله تعالى حكيمًا من طريق الاستدلال أصلا ولا لأن العقل أوجب أن يسمى تعالى حكيمًا وإنما سميناه حكيمًا لأنه سمى بذلك نفسه

⁷⁸ Ibid., p. 1166:

ولسنا ننكر وجود أسباب لبعض أحكام الشريعة بل نثبتها ونقول بها لكننا نقول إنها لا تكون أسبابا إلا حيث جعلها الله أسبابا ولا يحل أن يتعدى بها المواضع التي نص فيها على أنها أسباب لما جعلت أسبابا له

al-manšūṣ 'alaihā).⁷⁹ Furthermore, Ibn Ḥazm rejects the claim of viewing the whole *ṣarī'a* as of having reasons, (*"aš-ṣarā'i' kulluhā asbāb"*). He responds writing: "we admit only the reasons which the texts reveal to us" (*"bal naqūl laisa minhā ṣai' li-sabab illā mā naṣṣ minhā annahu as-sabab"*).⁸⁰ In attempting to extend the reasons found in the texts to the unregulated cases this amounts to exceeding the limits which we are not permitted to.⁸¹ Ibn Ḥazm does not deny that the law contains some causes and reasons, yet he refuses to allow these causes to be extended to unregulated cases which the texts left unmentioned.⁸²

Ibn Ḥazm's critique is directed mainly at the followers of Mālik and Abū Ḥanīfa (*"aṣḥāb Mālik wa-Abī Ḥanīfa hum al-muḡallibūn li-l-qiyās 'alā nuṣṣ al-Qur'ān wa-l-aḥādīṭ fī kaṭīr min aqwālīhim"*).⁸³ He argues that to claim that the textual evidence of the Qur'an and the *ḥadīṭ* contain reasons (*"al-qaul bi-wuḡūd al-asbāb"*) led Muslim jurists to assume the causality in the law as having been firmly rooted in textual evidence. As previously mentioned, this is illustrated in the prohibition of wine. In reference to the norms of the law, we

say: Our sole reference is only to the text and not anything else (*"inna al-murā'ā huwa an-naṣṣ lā mā 'adāhu aṣlan"*).⁸⁴

What is prohibited is to speak of what God and His Prophet have not spoken of. In other words, anything outside the literal text (*ẓāhir an-naṣṣ*) Ibn Ḥazm views as invalid, and thus, not binding.

Ibn Ḥazm seeks to explain the confusion which led Muslim jurists to argue for causality in the law. He speaks of, what he calls, "conflating of terminologies", which eventually led to confusion in the terminologies of the jurists. Four major definitions Ibn Ḥazm lists. The first term is that of the cause (*al-illa*), that is, the very incentive and motive behind the norm.⁸⁵ The second is the definition of reason (*as-sabab*) which accompanies the cause. The third is the definition of sign (*al-alāma*) as the quality of the norm, and functions as an indication of the norm. The fourth is the definition of the purpose (*al-ḡaraḍ*), that is, the purpose of the law. To Ibn Ḥazm none of these terminologies prove any causality in the law (*"kull ḥadā lā yuṭbit 'illat aš-ṣarā'i' wa-lā yuḡību qiyāsan"*).⁸⁶

"wa lasnā nunkir wuḡūd asbāb li-ba'ḍ aḥkām aš-ṣarī'a bal nuṭbituhā wa-naqūl bihā lakinnā naqūl innahā lā takūn asbāban illā ḥaiṭu ḡa'alahā Allāh asbāban wa-lā yaḥill an yuta'ddā bihā al-mawāḍi' al-latī nuṣṣa fihā 'alā annahā asbāb limā ḡu'ilat asbāban lahu."

⁷⁹ Ibid., p. 1169: نقر بالأسباب المنصوص عليها:

⁸⁰ Ibid., p. 1158:

الشريعة كلها أسباب [...] بل نقول ليس منها شيء لسبب إلا ما نص منها أنه السبب

⁸¹ Ibid., p. 1169.

⁸² Ibid., p. 1169:

ولسنا نقول إن الشرائع كلها لأسباب، بل نقول: ليس منها شيء لسبب إلا ما نص منها أنه لسبب، وما عدا ذلك فإنما هو شيء أراد الله الذي يفعل ما يشاء، ولا نحرّم ولا نحلل، ولا نزيد ولا ننقص ولا نقول إلا ما قال ربنا ونبينا، ولا نتعدى ما قال، ولا نترك شيئاً منه، وهذا هو الدين المحض الذي لا يحل لأحد خلافه ولا إعتقاد سواه.

"wa-lasnā naqūl inna aš-ṣarā'i' kulluhā li-asbāb, bal naqūl laisa minhā ṣai' li-sabab illā mā nuṣṣa minhā annahu li-sabab, wa-mā 'adā ḡalika fa-'innamā huwa ṣai' arādahu Al-lāh al-laḍī yaf'al mā yašā' wa-lā nuḥarim wa-lā nuḥalil, wa-lā nazīd wa-lā nunqis wa-lā naqūl illā mā qāla rabbunā wa-nabiyunā, wa-lā nata'addā mā qalā, wa-lā natruk ṣai'an minhu, wa-ḥaḍā huwa ad-dīn al-maḥḍ al-laḍī lā yaḥill li-aḥad ḥilāfuhu wa-lā i'tiqād siwāh."

⁸³ Ibn Ḥazm: *al-Iḥkām*, p. 1151:

أصحاب مالك وأبي حنيفة هم المغلبون للقياس على نصوص القرآن والأحاديث في كثير من أقوالهم

⁸⁴ Ibid.: إن المراعى هو النص لا ما عده أصلاً

⁸⁵ Ibid., p. 1167:

اسم لكل صفة توجب أمراً ما إيجاباً ضرورياً والعلة لا تفارق المعلول أبداً

"ism li-kull ṣifa tuḡīb amran mā iḡāban ḍarūriyan wa-l-illa lā tufāriḡ al-ma'lūl abadan".

⁸⁶ Ibid., p. 1168:

كل هذا لا يثبت علة الشرائع ولا يوجب قياساً

Alongside the textual and the theological arguments appear two rational arguments which reflect Ibn Ḥazm's concerns as to the refutations of causality in the law. As rational beings, we think of God as acting with "rational thinking", therefore, He acts and decrees for a cause. Ibn Ḥazm refuses to accept that God acts or decrees for a purpose "*inna Allāh yaf'al mā yašā' illā li-illa*".⁸⁷ The claim that God acts for a purpose Ibn Ḥazm attributes to the later generation of innovators of *qiyās* ("*ibtada' al-qaul muta'ahirū al-qā'ilīn bi-l-qiyās*").⁸⁸

The legal norms of the *šarī'a* represent the divine pronouncements of God and these are not *mu'alala*. Ibn Ḥazm writes: "God acts the way He acts for no cause" ("*inna Allāh yaf'al mā yašā' lā li-illa ašlan bi-wağh min al-wuğūh*").⁸⁹ The difference between God and humans is that God is not questioned for His acts ("*af'āluhu lā yağrī fihā li-mā*").⁹⁰ It is the nature of humans that they need to rely on rationality and causality. Only someone who is in need acts for a cause, and for a purpose ("*lā takūn al-illa illā fī muḍṭarr*").⁹¹ The acts of God and their purposes are revealed to us through the apparent textual evidence, ("*al-ğaraḍ fī af'āl Allāh wa-šarā'ihi fa-laisa huwa šai'an illā mā ḡāhar minhā faqat*").⁹² Ibn Ḥazm refutes the claim that God is creating and legislating for the sole interest of mankind ("*yaf'al Allāh al-ašyā' li-mā-šālīh 'ibādīhi*")⁹³. The juristic notion of God acting in accordance to the *mašlahā* is rejected entirely.

The demands for attaining certainty in every aspect of the law appears in Ibn Ḥazm's negation of causality. He cites the following Prophetic narration in demanding certainty (*al-yaqīn*):

The Prophet ordered the leaders of one of the troops, which he sent on a military campaign. The prophet is reported to have said: "If you land in to a stronghold (*ḥiṣn*) or a city. To those who decide to submit to the rule of God rule them according to your judgement, for the reason that you are not sure if you are conforming to the rule of God. In case they request that you offer them the protection of God and His messenger, do not give them *ḍimmat Allāh* (i. e., under the protection of God) and His messenger but provide them with your protection (*ḍimmatikum*)."⁹⁴

To Ibn Ḥazm epistemology is central to his rejection of the theory of causality in the law. He writes, this is an explicit text (*naṣṣ ḡalī*) from the Prophet which testifies that "to attribute things to Allāh without certainty is not permissible" ("*al-iqdām 'alā nisbat šai' ilā Allāh bi-ğair yaqīn lā yaḥill*").⁹⁵ For Ibn Ḥazm, certain knowledge is attainable only throughout the explicit reference of the authoritative sources.

IV. Conclusion

Qiyās is one of the most debated legal methods of inference, and considered as an indispensable method to the theory of causality in the law. The theory of causation occupied Sunnī legal theorists for centuries. The anti-caution jurists who vehemently rejected the use of *qiyās* in the law did not seem to have lacked any sophistication in their approach when rejecting *qiyās* and causality in the law. Their negation of *qiyās* and causality rests on both textual evidence and rational arguments.

⁸⁷ Ibid., p. 1166: إن الله يفعل ما يشاء إلا لعلة

⁸⁸ Ibid.: ابتدع القول متأخرو القائلين بالقياس

⁸⁹ Ibid.: إن الله يفعل ما يشاء لا لعلة أصلاً بوجه من الوجوه

⁹⁰ Ibid., p. 1169: أفعاله لا يجري فيها لما

⁹¹ Ibid., p. 1170: لا تكون العلة إلا في مضطر

⁹² Ibid.:

الغرض في أفعال الله وشرائعه فليس هو شيئاً إلا ما ظهر منها فقط

⁹³ يفعل الله الأشياء لمصالح عباده

⁹⁴ Ibid., p. 1173.

⁹⁵ Ibid., p. 1173:

الإقدام على نسبة شيء إلى الله بغير يقين لا يحل

The concerns of the opponents of *qiyās* and causality in the law were valid concerns. This is exemplified in the writings of Sunnī *uṣūlīs* who felt the urge to defend *qiyās* by attempting to ground its legitimacy in the authoritative texts of the Qur'ān, *ḥadīth* and *iğmā'*.

Ibn Ḥazm, a devout Zāhirī scholar, sets forth his objections against allowing causality in the law. His systematic approach of refuting *qiyās* and causality shows a comprehensive awareness of his counterparts who sought to ground the legitimacy of causality in the law by reference to the textual evidence and rational arguments. In his refutation of both *qiyās* and causality in the law, Ibn Ḥazm proposes to limit the scope of jurisprudence to the very narrow context of texts. In doing so, he rids the law of any traces of human reason which leads only to probable knowledge. The sources of certain knowledge remain the literal texts of the Qur'ān, the Prophetic tradition of *ḥadīth* and the consensus (*iğmā'*). Whatever is regulated in texts remains the only legitimacy because the Lawgiver ordained it. Thus, one is to submit to the Law of God. Historically observed, the issue of causality in the law was one of the controversial areas of the law throughout the 4th/10th century and probably beyond.⁹⁶ Ibn Ḥazm rests the vehement attack against causal analogy by attacking its essence, namely, the possibility of causality in the law (*ta'īl al-aḥkām*). Ibn Ḥazm recognizes only inspiration as to serve as the fundamental basis for religious law.⁹⁷

Ibn Ḥazm shows no lenience in his attack and does not hesitate to declare those who applied *qi-*

yās as innovators. In his *al-Iḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām*, he seeks to prove the proponents of causality as wrong and inconsistent when applying *qiyās*. As shown in this article, Ibn Ḥazm's critique is directed particularly towards the Mālikī and Ḥanafī schools of law. The negation of causality in the law led Ibn Ḥazm to shake the very basis of the theory of *qiyās*. The law is not meant to be extended, what is regulated is meant to be regulated and what has not been regulated is left to mankind to regulate with what goes with their well-being/interest.

In areas such as Islamic criminal law (particularly that of the severe *ḥudūd Allāh* punishments), rejecting causality, and as a result rejecting *qiyās*, would entail the restriction of these severe punishments only to those offences regulated in the texts.⁹⁸ Ibn Ḥazm's rejection of causality in the law shakes the very essence of Islamic law and by doing so, Ibn Ḥazm proposes to remove from the law precisely those features that made the law comprehensible to jurists. The law as understood by Sunnī jurists form the area of understanding the legislations incorporated in the sources of the law. The latter, as Sunnī *uṣūlī* perceived it, implies that "the law for the jurist only becomes the object of *fiqh* when its structure is grasped".⁹⁹ Ibn Ḥazm shows awareness of the repercussions human reason has on the law of God, that is, to allow the human reason to legislate in the name of God. For Ibn Ḥazm there is no structure to be grasped beyond the language of the Qur'ān and *ḥadīth*. Thus, to him, a given norm in the authoritative texts never serves as the basis for another (*aṣl*).

Dr Rana Alsoufi, junior professor of Islamic law at the Institute for the Study of the Islamic Culture and Religion at the Goethe University, Frankfurt am Main.

⁹⁶ Zysow: *The Economy of Certainty*, p. 256.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 185.

⁹⁸ The Ḥanafī jurists though advocate employ *qiyās*, how-

ever, they restrict its application in the decreed ordinances (known as the *muqaddarāt*).

⁹⁹ Zysow: *The Economy of Certainty*, p. 186.

FORSCHUNGSBERICHT / RESEARCH REPORT

Traditional and Religious Marriages. Research, Practices and Policies in the Netherlands

Susan Rutten

A Introduction

During the past decade, the law faculty of Maastricht University (the Netherlands) was involved in several research projects into marriages that are considered to possibly represent harmful traditional cultural or religious practices and that occur among the population of Dutch society. The research specifically concerned child marriages, forced marriages, polygamous marriages, unregistered marriages, and religious marriages. Both practice as responses from law were investigated. In order to obtain an insight in practice, the studies always included empirical research. Empirical research was conducted through case studies, interviews with professionals, stakeholders and individuals, focus group sessions with various communities, online questionnaires among

professionals and stakeholders, analysing registrations, and assessment by experts. Responses by law were found by studying case law, legislation, law proposals, and policy-documents.

The issues at stake have become an important focus for Dutch policy-makers and legislators, and many cases were brought before Dutch courts.

The following studies are the source of the analyses described in the present article:

- *Forced Marriages, Left behind Family Members, and ‘Marital Captivity’ (Captured in a Religious Marriage) in the Netherlands*, study, commissioned by the Dutch Ministry of Social Affairs and Employment, cited hereinafter as *2014-Study*;¹
- *Child Marriages and Religious Marriages in the Netherlands*, study, commissioned by the Dutch Ministry of Social Affairs and Employment, cited hereinafter as *2015-Study*;²

¹ *2014-Study*. Resulted in the Report E. Smits-van Waesberghe et al.: *Zo zijn we niet getrouwd; Een Onderzoek naar omvang en aard van huwelijksdwang, achterlating en huwelijksgevangenschap*. Research conducted by the Verwey-Jonker Institute, Maastricht University, and the NGO Femmes for Freedom; *2014-Study*: www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2014/09/29/zo-zijn-we-niet-getrouwd-een-onderzoek-naar-omvang-en-aard-van-huwelijksdwang-achterlating-en-huweljkse-gevangenschap (last access 27. 10. 2020).

² *2015-Study*. Resulted in the Report S. Rutten et al.: *Gevoel Getrouwd; Een Onderzoek naar kindhuwelijken en religieuze huwelijken in Nederland*. Research conducted by Maastricht University and the Verwey-Jonker Institute; *2015-Study*: www.verwey-jonker.nl/publicatie/gevoel-getrouwd-een-onderzoek-naar-kindhuwelijken-en-religieuze-huwelijken-in-nederland (last access 27. 10. 2020).

- *Marital Captivity in the Netherlands*, study, funded by the Dutch scientific organization NWO, cited hereinafter as *2013–2018-Study*;³
- *Evaluation Study into the Functioning in Practice of the Dutch Act Combatting Forced Marriages*, study, commissioned by the Dutch Ministry of Justice and Security, cited hereinafter as *2019-Study*.⁴

In the following paragraphs, some of the findings of these research projects will be described and analysed. Paragraphs will be divided by marriage types. Prior to that, in order to better understand the issues, first the Dutch legal and political context will be briefly explained.

B Dutch Context

The Netherlands historically hosts people from several denominations, mainly Christians. Nowadays, more than half of the population (51 %) does not consider themselves as believers or belonging to a faith.⁵ Among the believers, most are Christians,⁶ followed by a relatively small number of Muslims.⁷ Jews nowadays only represent 0,2%.⁸ Due to the colonial history of the Netherlands and its previous composition, quite a large

number of persons from countries like Indonesia, Suriname, and the Netherlands Antilles live in the Netherlands. Since the 1960s, the Netherlands is considered to be a migration state, hosting both refugees as migrants from Africa, the Middle East and South and Central Asia. Most of the Muslims are coming from those regions.⁹ Finally, the effects of globalization resulted in a continuous coming and going of people from all over the world.

The Dutch legal system consists of a uniform set of rules of state law, applicable to all citizens within its jurisdiction. That law is based on secular principles. The only exception can be found in private international law (PIL), since the application of private international law-rules may result in the application or recognition of foreign law. All family law relationships with a transnational component are *ex lege* subjected to the rules of PIL. Although those PIL-rules are applicable to all foreign nationalities, the most pressing issues arise where foreign family law is linked to religious or cultural norms and values that differ from the ones the Netherlands traditionally is familiar with.

³ *2013–2018-Study*. Resulted in two Research Reports: 1. Esther van Eijk: *Wel gescheiden, niet gescheiden? Een Onderzoek naar huwelijkse gevangenschap in Nederland* (2017). 2. Pauline Kruiniger: *Niet langer geketend aan het huwelijk; Juridische instrumenten die huwelijkse gevangenschap kunnen voorkomen of oplossen* (2018); one dissertation: Benedicta Deogratias: *Trapped in a Religious Marriage; A Human Rights Perspective on the Phenomenon of Marital Captivity* (Intersentia 2019); a documentary: *Trapped in a Marriage*, www.maastrichtuniversity.nl/sites/default/files/rapportage_wel_gescheiden_niet_gescheiden_nov2017_0.pdf (last access 27. 10. 2020); and a book: Susan Rutten / Benedicta Deogratias / Pauline Kruiniger (eds.): *Marital Captivity; Divorce, Religion and Human Rights*, The Hague 2019.

⁴ *2019-Study*. Resulted in the Report: S. Rutten et al.:

Verboden huwelijken. Onderzoek naar de werking van de Wet tegengaan huwelijksdwang in de praktijk (with a summary in English: *Research into the Functioning of the Act Combatting Forced Marriages in Practice*). Research conducted by Maastricht University and the Verwey-Jonker Institute; *2019-Study*: www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/3024-evaluatie-wet-tegengaan-huwelijksdwang.aspx (last access 27. 10. 2020).

⁵ Statistics CBS (2018).

⁶ 36 %.

⁷ 5 %.

⁸ Ca. 35 000, compared to 140 000 before the Second World War.

⁹ Other religions are Hinduism (ca. 0.6 %) and Buddhism (ca. 0.4 %); H. Schmeets: *De religieuze kaart van Nederland 2010–015*, CBS 2016, p. 5.

The last decades have shown that people with a non-Dutch cultural or religious background often still adhere to their traditional family norms and values and do recourse to foreign family law. As a consequence, Dutch society is faced with various legal claims that have to be answered. Looking back to the past half century, one may note that two discussions always have influenced and controlled Dutch policies on diversity.¹⁰ Firstly, the discussion on the question whether cultural and religious diversity could or should be accommodated and accepted; and secondly, the discussion on the protection of human rights towards harmful and discriminating cultural or religious norms, traditions, and practices. The research projects that will be described in the present paper stem from the second discussion. Emancipation movements that fought for more equality between men and women, led to the development of state policies in which women were protected against oppressive normative regimes and systems. The *Women's Convention*¹¹ and *Istanbul Convention*¹² have definitely strengthened the urge to take legislative measures to combat practices that are harmful for women, since those practices are considered and classified as harmful and discriminatory. The concept of honour-based violence has been stretched as well. Those conventions prioritize the protection of women against harmful traditional practices above respect for those practices. As we will see in the following sections, both the Dutch legislator as Dutch case law follow this preference. This new policy required

more knowledge of and insight in various cultural and religious marital traditions and practices of minorities and has resulted in new legislation and law-proposals, mainly to combat those practices.

As has been explained above, this paper will restrict to issues concerning marriage. Claims in this respect may come from two sides. On the one hand, citizens claim to be allowed to stick to their own cultural or religious traditional practices in marital affairs; on the other hand, people may claim to be protected against those traditional practices. Among citizens in the Netherlands, those practices may be used either in the Netherlands or abroad, often the country of origin. Therefore, people can become a victim either in the Netherlands or abroad. In managing these issues in law, the legislator or judge turns out to be aware of this extraterritorial aspect that may be at stake on many occasions.

C Child Marriages

The existence of child marriages within the Netherlands for a long time never had been identified as a serious problem. Little was known about an existing need for taking care of child marriages, except in cases of minor girls who were pregnant. It was mainly first signals about marriages of minor Muslim girls, that instigated the Dutch government to investigate child marriages in the Netherlands.¹³ It appears from the *2015-Study* and previous research projects, that child mar-

¹⁰ During the last decade, a third phenomenon has entered the debate, and that is public safety, an existing concern in society, often linked to Islam, about the incompatibility of Western and Islamic ways of life, symptoms of radicalization, and violence as well as other anti-democratic acts.

¹¹ *UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women* (CEDAW), 1979.

¹² *Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence*, Istanbul 2011.

¹³ TK 2013–2014, 32824, nr. 37; Rutten et al.: *2015-Study*, pp. 20 f.

riages occur in the Netherlands for various reasons¹⁴ and among several communities. Only a few regular civil law child marriages, consisting mostly of pregnant girls of 16 or 17 years old, were identified. Most child marriages were irregular marriages, either unregistered or concluded abroad. The total estimated number of child marriages in 2013 and 2014 is 250 a year.¹⁵ One third of those marriages occur among asylum seekers.¹⁶ Child marriages seem to occur among various religious communities: Christian, Muslim, Hindu and Buddhist, and be not uncommon within the Roma community, among Syrian refugees,¹⁷ and among young 16 or 17 year old Muslims, where a marriage enables them to have intimate relationships with the other gender.¹⁸

In 2011 and 2012, two law proposals were submitted to parliament, aimed at a stricter and more severe policy against forced marriages, child marriages, polygamy and female genital mutilation: a criminal law proposal and a civil law proposal. Both law proposals aimed at restricting harmful traditional practices not only in the Netherlands itself, but also when citizens residing in the Netherlands continued to follow those practices in their home countries or elsewhere abroad. The criminal law came into force on the 1st of July 2013.¹⁹ It was in fact the quite serious number of child marriages among the flows of

refugees from Syria, that encouraged the Dutch government to immediately accept the civil law proposal. It was seriously taken into consideration that marriage could be abused to either enable young girls to legitimately flee to Europe, to accompany male refugees, or for economic reasons. The state realized that children could thus be deprived of their families and familiar environment against their will, and subsequently, during the journey to Europe, could not be guaranteed any protection. The civil law came into force on the 5th of December 2015.²⁰

The law sets the marriage age unconditionally at eighteen years. Since pregnancy may come at an earlier age, and cultural or religious traditions may require pregnant couples to marry, some resistance against the introduction of this measure was expressed by religious groups. Furthermore, the law does not provide measures against the conclusion of informal child marriages, and therefore as such does not form a barrier for the continuation of those marriages. Under the new law, foreign child marriages can no longer be recognized in the Netherlands. However, as soon as spouses have reached the age of eighteen, the marriage can be recognized. It follows from the *2019-Study* into the functioning of the Act, four years later, that civil servants in the Netherlands have hardly had anymore requests to conclude

¹⁴ Rutten et al.: *2015-Study*, pp. 106–120. Reasons that were identified: legitimization of relationship, tradition, civil marriage would not be possible, pragmatic reasons (e. g. the marriage enables spouses to travel abroad, or financial reasons), protection of women, pregnancy, forced by the parents. Also see A. Moors, *Motieven om islamitische huwelijken aan te gaan*, FORUM Utrecht 2014.

¹⁵ Rutten et al.: *2015-Study*, p. 99.

¹⁶ *Ibid.*, p. 80.

¹⁷ And, to a lesser extent, Afghanistani, Eritreans, Iraqis, Iranians, and Somalis.

¹⁸ Rutten et al.: *2015-Study*, pp. 61–63. Also see FORUM, *Migrantengemeenschappen over huwelijksdwang*, Utrecht 2014; E. K. Szepietowska / A. Dekker / F. Özgümiş: *De doos*

van pandora. Huwelijksmigratie onder vluchtelingengroepen in Nederland, Amsterdam 2011.

¹⁹ Wet van 7 maart 2013 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht BES met het oog op de verruiming van de mogelijkheden tot strafrechtelijke aanpak van huwelijksdwang, polygamie en vrouwelijke genitale vermindering, in: *Staatsblad* (Official Gazette) 2013, p. 95.

²⁰ Wet van 7 oktober 2015 tot wijziging van Boek 1 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek betreffende de huwelijksleeftijd, de huwelijksbeletselen, de nietigverklaring van een huwelijk en de erkenning van in het buitenland gesloten huwelijken, in: *Staatsblad* (Official Gazette) 2015, p. 354. Entry into force decision: *Staatsblad* 2015, p. 373.

marriages beneath the age of eighteen nor requests to register foreign child marriages.²¹ On the other hand, it regularly occurs that spouses who had entered into a child marriage abroad, requested registration of their marriage in the Netherlands after having both reached the age of eighteen. The number of unregistered marriages was not investigated in the *2019-Study*. Both, communities themselves as state officers who had to apply the Act, suspect that the number of those marriages has increased rather than decreased, and that the Act that intends to prevent child marriages in practice can be – and is – circumvented.²² Minor daughters may enter the Netherlands as part of and with the assistance of their family, although they are in fact minors and are already married. Incidentally, the judge had to assess the recognition of a foreign child marriage.²³ In the area of child marriages, the functioning of the Act has most clearly exerted its influence on migration policy, especially in asylum cases. As from the entry into force of the new Act, foreign marriages are no longer recognized if both spouses have not yet attained the age of eighteen years. In those cases, a (dependent or derivative) residence status as a spouse is no longer granted. From data obtained from immigration officers, it can be deduced that the number of child marriages they had to assess since the entry into force of the Act is approximately 150. However, the number of situations in which there in fact had been a child marriage, which was not or no longer relevant in the assessment of the request for asylum, is higher at 450. The refusal to no longer recognize marriages if one of the spouses is beneath the age of eighteen years, has

not only had positive consequences. It also led to situations in which child brides were left abroad to their own devices and unprotected. This affected girls in a refugee context in particular. Furthermore, non-recognition as a spouse can in migration law result in a separation of the married couple. As the research analysis shows, it can be deduced that this can occur in at least two instances: Married couples can become estranged from each other because one of both spouses cannot be permitted to stay with the other spouse in the context of family reunification. Moreover, it happens that spouses become separated from each other as an outcome of the Dublin procedure. This is often what the spouses involved do not want and it becomes especially problematic if children (of the young bride) are involved. The right to family life can be at stake. As soon as both spouses in a child marriage have reached the age of eighteen, the marriage no longer violates Dutch public policy, and immigration officers could then recognize their marriages. In February 2020, the Dutch government announced its intention to no longer recognize child marriages at all, not even if spouses have reached the age of eighteen.²⁴ This means that spouses who had married in a child marriage, and want to remain married, will have to remarry.

D Forced Marriages

At the end of the 20th century, forced marriages arrived at the political agenda. Various research has been conducted ever since, commissioned by the Dutch government, into both the phenome-

²¹ Rutten et al.: *2019-Study*, pp. 60 f., and 66–69.

²² *Ibid.*, pp. 132, 145 and 160 f.

²³ *Ibid.*, pp. 108–116.

²⁴ Actieagenda schadelijke praktijken TK 2019–2020, 28345, 228 Attachment, p. 7. The Dutch Minister of Legal

Protection intends to propose a bill that will also end the recognition of child marriages once the spouses have reached the age of eighteen, TK 2019–2020, 33836, nr. 47.

non of forced marriages in the Netherlands as into possible legal solutions.²⁵ The *2014-Study* shows that the number of forced marriages presumably is around 350 to 1 000 per year.²⁶ Forced marriages can be explained by various reasons, like it being a traditional practice, in order to guarantee certain family-interests, or to solve a (family) issue, for example to protect or prevent a violated honour.²⁷ It mainly affects young people and occurs both among the less educated as the higher educated, and among different communities. As far as it concerns Muslims, the Turkish, Moroccan, Surinam,²⁸ Iraqi, Afghanistan, Pakistani, and Somalian population are common in statistics.²⁹

The criminal law and civil law, described in the previous paragraph, that came into force in 2013 and 2015, also tried to suppress forced marriages, both in the Netherlands and abroad. The government also deemed it plausible that forced marriages abroad could be used for migration purposes, since marriage with a spouse habitually residing in the Netherlands would open the door to obtaining residence in the Netherlands. Marriages between relatives (e. g. between cousins) and marriages with a minor would be extra vulnerable to

be established with external force. Remarkable novelties that were introduced by those laws were that it became clear and was reaffirmed that forced marriages could be classified as a form of coercion and thus be a crime under Dutch law (art. 284 Criminal Code). Bringing about forced marriages abroad for people with regular residence in the Netherlands, regardless whether or not a forced marriage could be legitimately entered into in the state of celebration, was criminalized as well (art. 285 c Criminal Code). In civil law, marriages between cousins were restricted by subjecting them to an additional declaration of voluntary and non-coercive consent and child marriages were no longer allowed because they both were vulnerable to be forced marriages.³⁰ Foreign marriages could under no circumstances be recognized if free consent of one of the spouses was missing, unless the spouse whose consent was lacking explicitly agrees with the recognition of the marriage (art. 32 par. e book 10 Civil Code).

What was already foreseen and was confirmed by the *2019 Evaluation-Study*, was that it remains difficult to provide evidence of forced marriages.³¹

²⁵ Smits-van Waesberghe et al.: *2014-Study*; A. Cornelisens / J. Kuppens / H. Ferwerda: *Huwelijksdwang. Een verbintenis voor het leven?*, Den Haag 2009; I. Esveldt / F. van Poppel: *Partnerkeuze van Turken en Marokkanen in Nederland*, in: *Genegenheid en gelegenheid. Twee eeuwen partnerkeuze en huwelijk*, ed. by J. Kok and M. H. D. van Leeuwen, Amsterdam 2005, pp. 103–133; FORUM 2014; Hooghiemstra: *Trouwen over de grens. Achtergronden van partnerkeuze van Turken en Marokkanen in Nederland*. Den Haag 2003; M. De Koning / E. Bartels, *Over het huwelijk gesproken: partnerkeuze en gedwongen huwelijken onder Marokkaanse, Turkse en Hindostaanse Nederlanders*, Den Haag 2005; A. Nanhoe et al.: *Eer en partnergeweld onder Hindostanen. Een verkennende studie naar de rol van eer en huwelijksdwang bij partnergeweld onder Hindostanen en de mogelijkheid van preventie*, Rotterdam / Utrecht 2013; G. E. Schmidt: *Juridische aspecten van gedwongen huwelijken*, Den Haag 2005; L. Sterckx et al.: *Huwelijksmigratie in Nederland*.

Achtergronden en leefsituatie van huwelijksmigranten, Den Haag 2014; L. Sterckx / L. Bouw: *Liefde op maat. Partnerkeuze van Turkse en Marokkaanse jongeren*, Amsterdam 2005; O. Storms / E. Bartels: *De keuze van een huwelijks-partner. Een studie naar partnerkeuze onder groepen Amsterdammers*, Amsterdam 2008; Szepietowska (2009).

²⁶ Smits-van Waesberghe et al.: *2014-Study*, p. 71 (674 to 1914 in 2 years).

²⁷ Smits-van Waesberghe et al.: *2014-Study*, pp. 115 f.

²⁸ Next to Muslims, the Surinam population in the Netherlands consists of Hindustani and Christians.

²⁹ Smits-van Waesberghe et al.: *2014-Study*, p. 116.

³⁰ This link between child marriages and force was confirmed by a decision of the Court of Appeal Amsterdam of 19 April 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1507.

³¹ Rutten et al.: *2019-Study*, pp. 52 f., 55 (foreseen) and 91 f., 143, 177–179 (confirmed).

The problem of recognising and determining the existence of forced marriages was considered to be one of the major stumbling blocks in the new Act, not only by professionals and stakeholders in the field, but so do officials who have to apply the Act. The reasons why forced marriages remain unnoticed are diverse. Firstly, forced marriages are not reported by the spouses involved, e. g. because they fear the repercussions this may have, or persons involved may not experience it as a form of coercion on the basis of their own cultural perspective. Secondly because of faulty contact between officials and prospective spouses, as a result of digitalisation, a lack of knowledge, linguistic or cultural communication barriers, and a lack of confidentiality in the authorities. The referred declaration of voluntary and non-coercive consent is not always considered to be effective, since consanguinity between the prospective spouses does not always emerge, and the declaration does not always say much about the use of coercion. Thirdly, social factors opposed to the use of the Act: Social pressure, loyalty to one's family and the social environment, the fact that the honour of the family may be at stake coupled with fear of honour killings, as well as concern about the loss of dependent or derivative residence rights, may influence the use of the Act, both by the users themselves as by officials who have to apply this law.

In an Action Agenda *Harmful Practices*, the Dutch Ministry in 2020 announced several measures to combat harmful traditional practices in general, and measures to combat forced marriages in particular. To the first category belongs setting up targeted information campaigns, for example, an accessible reporting structure, and the promotion of expertise.³² Among the second category are the inclusion of the subject of forced

marriages in integration procedures, the training of civil servants, and the rule to no longer recognize foreign child marriages.³³

E Polygamous Marriages

For a long time, the principle of monogamy and the public policy exception clause in private international law have functioned as adequate tools to protect women and society against polygamous marriages. The call for further protection against those marriages became stronger for two reasons. The first reason has to do with the changing attitude towards and fear for everything that can be linked to *šari'a* and the implications of *šari'a* in the West. Polygamy is considered to be one of those reprehensible and women suppressing phenomena of Islamic Law. According to Dutch civil law, one can be married to only one person at the same time. Moreover, polygamy is criminalized both for the spouses (art. 237 Criminal Code) as for the civil authority that cooperates on such a marriage (art. 379 Criminal Code). The second reason has to do with a fear for irregular practices, especially irregular marriages concluded by imams, in secret, and out of sight of the governance. The Dutch Civil Code states that the law recognizes only civil marriages (art. 1:30 par. 2 Civil Code) and that religious marriage ceremonies can only take place after a civil marriage has been performed (art. 1:68 Civil Code). A priest, imam or other religious leader is even punishable if he cooperates on the establishment of a religious marriage if there has not yet been a preceding civil marriage (art. 449 Criminal Code). However, there were indications that imams neglected this rule and concluded irregular Muslim marriages without requiring the existence of a preceding civil

³² Actieagenda schadelijke praktijken TK 2019–2020, 28345, 228 Attachment, pp. 4 f. www.rijksoverheid.nl/documenten/beleidsnotas/2020/02/18/actieagenda-schadelijke-praktijken (last access 27. 10. 2020).

³³ Actieagenda schadelijke praktijken TK 2019–2020, 28345, 228 Attachment, p. 7.

marriage. If this practice occurred, it could well be that in this way also polygamous marriages were established.

The criminal law and civil law, described in the previous paragraph, that came into force in 2013 and 2015, only affect regular polygamous marriages. Irregular marriages were disregarded. The Act tried to discourage polygamous marriages abroad, by regulating more specific and strict requirements for recognition of those marriages and by also criminalizing polygamy entered into abroad, while having regular residence in the Netherlands (art. 7 par. 3 in conjunction with par. 2 sub a Dutch Criminal Code). This means that not only people with Dutch citizenship but also people with foreign nationality will be punishable under Dutch law if they validly enter into a second marriage in the state of their nationality. Even more, if the first marriage had been divorced in the state of origin, in a way that it will not be recognized in the Netherlands, a subsequent marriage will presumably considered to be a criminal act as well. This not only results in a far-reaching involvement with one's family life and involvement with foreign sovereignty, one may wonder whether the Dutch government could provide convincing arguments to justify this law and possible prosecutions that might follow from this law. Another remarkable outcome of this law is that a polygamous marriage entered into abroad under civil law might be recognizable in the Netherlands but at the same time result in a criminal act for the involved spouse(s).

It follows from the *2019 Evaluation-Study* that the question whether a foreign polygamous marriage could be recognised was not dealt with on the basis of its own merits but rather as part of another legal question, like in immigration law whether a derivative residence permit can be

granted. The non-recognition of a foreign marriage due to it being contrary to Dutch public policy has furthermore meant that the (legal) paternity of the husband is not accepted, children do not derive Dutch nationality from their father, divorce cannot be petitioned in the Netherlands, nor can maintenance be determined or matrimonial property be divided. The Act, which only regulates the marriage itself, therefore permeates and affects many other areas of law.

Also, with regard to polygamous marriages, authorities suspect, and people themselves do confirm this suspicion, that the law is circumvented.³⁴ Spouses who want to get residence in the Netherlands, can remain silent with regard to the existence of a previous marriage. If a second marriage in the Netherlands is prohibited by law, people may resort to alternative solutions and choose to marry informally or to marry abroad. Both stakeholders and authorities express their concern about those unprotected situations that remain out of the public eye.³⁵

F Unregistered and Religious Marriages

While family law in the distant past in the Netherlands for a long time has been the domain of the Church, in the meantime it has completely become secular law, governed by secular authorities. Canonical and rabbinical courts and authorities can continue their family law practices, however without being recognized by law. The Netherlands host no *šari'a* courts. However, informal *šari'a* dispute resolution mechanisms do exist.³⁶ For a long time those religious and cultural norms and practices in family law issues, if brought to secular courts at all, only reached the courts via secular law, the freedom of religion, or via private international law. It is only quite recently that

³⁴ Rutten et al.: *2019-Study*, pp. 93 and 139.

³⁵ *Ibid.*, p. 176.

³⁶ See for example: L. G. H. Bakker et al.: *Sharia in Nederland. studie naar islamitische advisering en geschilbeslechting bij moslims in Nederland*, Nijmegen 2010.

believers seek recourse to secular Dutch courts and authorities for the protection of or protection against religious family law and practices.

Ever since the introduction of secular family law, religious and traditional marriages have continued to exist, despite the fact that, according to the Dutch Civil Code, only civil marriages are recognized (art. 1:68 Civil Code) and religious authorities who cooperate with the conclusion of a religious marriage without preceding civil marriage are punishable (art. 449 Criminal Code). Since the beginning of the 21st century, concerned voices were heard that irregular marriages were concluded among young Muslims. As a response, the government initiated several research-projects, among which the *2015-Study* into child marriages and religious marriages, to get a better view of marriages that were brought about in an informal way, outside the view of civil authorities, and without preceding civil marriage.³⁷ It follows from those research projects that no exact numbers of unregistered marriages can be given. However, it is clear that they exist in several varieties and within several communities. Traditional cultural marriages are still the usual marriages among the Roma and the Sinti³⁸ and among a few specific sects and movements;³⁹ Muslim marriages among Muslims of various nationalities still occur in order to enable young people to have relationships with one another; and religious marriages among various religions, e. g. Muslim, Hindu, Christian and Jewish⁴⁰ are entered into either without realizing, and sometimes even without knowing, that Dutch state law states otherwise, or to enable marriages that were forbidden by Dutch law, to enable a marriage

where a civil marriage was no option, or to safeguard certain interests, like social benefits.⁴¹

At the same time that it became clear that irregular marriages occurred outside the official legal order, the realization dawned that these marriages were not without risks. If there was no state control, minors could be given in marriage, and forced and polygamous marriages could take place without any hindrance. Moreover, as a result of an irregular marriage, the married couple would end up in an unprotected position. From 2013 to 2018 Maastricht University conducted a thorough research into, what has come to be called '*marital captivity*' over time. Both the existence of marital captivity in the Netherlands, its possible legal remedies as well as its human rights violations were studied. Marital captivity refers to a situation wherein someone (usually a woman) is unable to terminate her religious marriage, keeping a spouse trapped in a marriage against her will. This situation may, for example, arise because the religious doctrine does not acknowledge divorce or because the co-operation of the other spouse with a divorce is lacking. It follows from this *2013–2018-Study* that marital captivity in the Netherlands occurs within Christian, Hindu, Jewish, and Muslim communities, especially within the more orthodox and conservative circles.⁴² Although it has proven difficult to find precise figures, it follows from the *2014-Study* that the number of situations of marital captivity presumably is around 225 to 845 per year.⁴³ If one is left with only an invalid irregular marriage, spouses can get caught up in deplorable situations where they cannot profit from spousal benefits, cannot

³⁷ Rutten et al.: *2015-Study*, pp. 21 f. Also see: J. van der Leun / A. Leupen: *Informeel huwelijken in Nederland; een exploratieve studie*, Leiden 2009.

³⁸ Rutten et al.: *2015-Study*, pp. 80 f.

³⁹ Van der Leun / Leupen (2009), pp. 14–16.

⁴⁰ Rutten et al.: *2015-Study*, pp. 74–83.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 105–120; Moors (2014); van der Leun / Leupen (2009).

⁴² Van Eijk (2017), pp. 24–49.

⁴³ Smits-van Waesberghe et al.: *2014-Study*, pp. 72 f. (447 to 1687 in 2 years, 2011–2012).

claim maintenance from the other spouse, positions between parents and children can be insecure, and there are no ways to bring about a judicial divorce if a spouse wants to separate.⁴⁴ Furthermore, the *2013–2018-Study* reveals that several human rights may be at stake in situations of marital captivity, like the right to remarry, the right to private life, the freedom of movement, and the right to the highest attainable standard of health.⁴⁵ Thus, where on the one hand informal marriages seem to fulfil an existing need, and many of those marriages seem to run smoothly, on the other hand voices were expressed to take hard judicial and legislative actions against irregular religious marriages.

The responses in law to those voices were twofold: a more severe policy in criminal law and more protection offered by civil law. With regard to the first category, two tensions are worth mentioning. Firstly, imams became maddened by a stricter investigation and prosecution policy. Media disclosed that there could be indications that imams in the Netherlands would conclude polygamous marriages in their mosques. Taken together with relatively little but loud societal and political concerns about existing informal Muslim marriages in general, the public prosecutor started to actively track down and prosecute imams who possibly entered those informal marriages. The first conviction of an imam who had concluded irregular Muslim marriages in a mosque dates from 2013 and 2014,⁴⁶ and culminated in a decision of the Supreme Court in 2016, that partly confirmed the conviction.⁴⁷ Secondly, a few members of a political party (the Liberals, *Volkspartij voor Vrijheid en Democratie* [VVD]) requested the

Minister to come up with a law-proposal to expand the punishability of irregular marriages to the spouses themselves and to other witnesses. The minister rejected this request, referring to the freedom of religion and considering that such a provision would be inconsistent with the way in which the principle of church and state has been interpreted in the field of marriage.⁴⁸ Furthermore, criminalizing religious marriages would weaken the position of women in marital captivity situations since she would have to reveal her punishable marriage when seeking for help to get out of her marriage.⁴⁹ Apart from that, a penal provision would affect large communities in their autonomy to organize their family and private life according to their own rituals and wishes, like the Roma communities, even if one deliberately opts to not yet enter into a valid marriage, like Muslim young people may prefer. Irregular marriages would thereby be completely banned to the criminal circuit.

With regard to the civil law, apart from the existing provision that religious marriages are not allowed without preceding civil marriage (art. 1:68 Civil Code), the legislator did not take measures nor initiatives to further tackle irregular marriages as such in civil law. The protection of spouses in marital captivity who are left with an informal religious marriage is the only exception. In 1982 the Dutch Supreme Court already allowed a spouse who was trapped in her religious marriage, to ask for a court order that would condemn and compel the ex-husband to cooperate in a religious divorce.⁵⁰ During the last decades, those judicial proceedings have become regular practice and established case law. In this way, many Mus-

⁴⁴ *2013–2018-Study*: Van Eijk (2017), pp. 68–76; Kruijger (2018), pp. 35 f.; Deogratias (2019), pp. 12–17.

⁴⁵ *2013–2018-Study*: Deogratias (2019).

⁴⁶ Court of 1st Instance The Hague 4 November 2013 and Court of Appeal The Hague 14 November 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3848.

⁴⁷ SC 1 November 2016, ECLI:NL:HR:2016:2455.

⁴⁸ TK 2019–2010, 35348, nr. 7.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ SC 22 January 1982, Netherlands Jurisprudence (NJ) 1982, p. 489.

lim women and a few Jewish ones have successfully found their way to the secular courts to solve their religious problems. The *2013–2018-Study* comes with a number of recommendations for legal provisions to protect spouses and future spouses against marital captivity.⁵¹ Two proposals were picked up by the legislator and in November 2019 have led to a law proposal firstly introducing, in the Civil Code,⁵² an obligation for parties to a religious marriage to also cooperate on a religious divorce, on request of one of the spouses, and secondly adding an explicit provision in the Code of Civil Procedure involving a right to ask for an order to cooperate with a religious divorce as an ancillary provision in a divorce procedure.⁵³

An important issue in the discussion of this and other proposals is whether the state is allowed to intervene in religious affairs, and if so, to what extent. Even if secular legislation would contain provisions that regulate religious issues, what has not yet been solved is how ex-spouses in fact can realize the required religious divorce. Secular authorities are incapable nor authorized to establish religious divorces themselves. These can only be obtained by following religious divorce procedures and involvement of religious authorities. Nowadays in this way, Dutch authorities are asked to take position in the state-and-religion relation: Are secular state authorities allowed, or should they maybe even be obliged, to interfere in religious affairs, or, on the contrary, should they abstain from such an interference? Is it acceptable to leave people subject to the discretion of the norms and practices of their religion, or should secular law always offer a last resort? Case law of the European Court on Human Rights provides indications that resort to secular

courts and secular law should be open, at least if human rights would otherwise not be respected or religious law would be discriminatory.⁵⁴ Finally, if the state will feel responsible to also protect religiously inspired claims, how to offer this protection in a neutral way, and keeping secular norms separated from the religious ones? Those are actual questions both Dutch courts as the Dutch legislator are struggling with.

Conclusion

The attention for harmful traditional practices has increased enormously in recent times, not only in the Netherlands but also at an international level. Since those practices are defined in a broad sense, many marriages that are common within migrant communities have been identified as such harmful practices. Recent studies conducted at Maastricht University into traditional and religious marriages reveal existing practices of child marriages, forced marriages, polygamous marriages and unregistered marriages. Those marriages are an important point of attention for both the legislator, the judge, and policymakers. There has been a tendency to be increasingly rigorous and severe to combat those practices. However, not all measures taken have proven effective and adequate. A few points that could still be improved and need further attention are: Firstly, the classification of practices as harmful and the consequences of such a classification. By classifying traditional practices in general as harmful practices, without leaving the option to investigate whether the practice is actually harmful in specific cases, not harmful acceptable practices are unnecessarily affected. The proposal of a few Dutch

⁵¹ *2013–2018-Study*: Kruiniger (2018), pp. 2–18, Recommendations, pp. 109–112.

⁵² Introducing a second paragraph in article 68 book 1 Civil Code.

⁵³ TK 2019–2020, 35348, nr. 2. The law proposal will be discussed in parliament on 9 November 2020.

⁵⁴ E. g. ECtHR 20 October 2001, appl. 30882/96, *Pellegrini v. Italy* and ECtHR 19 December 2018, appl. 20452/14, *Molla Sali v Greece*.

political party members to criminalize all traditional marriages for example, would imply a fundamental rejection of those practices that goes beyond what is necessary. By forbidding and criminalizing traditional marital practices too easily, there is a risk that people will alienate from the host society. Laws are no longer in line with people's perception, and people will look for other ways to continue to exercise their own traditions. At the same time, it has become clear

that major interests may be at stake which may require that certain practices should not be tolerated and be eliminated. The challenge is to find the right balance and to develop more tailor-made solutions: To tackle those practices that are harmful, while tolerating and preserving harmless traditions where possible. Secondly, such a right balance and more tailor-made solutions, may lead to a rethinking of the church–state relationship.

Susan Rutten, Professor of Islamic Family Law in a European Context, Maastricht University

REZENSIONEN / REVIEWS

Review: Ahmed Abd-Elsalam: *Das beduinische Rechtssystem: Konzepte – Modelle – Transformationen*, Beirut Texts and Studies 136, Würzburg: Ergon Verlag 2015

Sebastian Maisel

Although slightly outdated (the book was published in 2015 and is based on fieldwork conducted until 2013), it is very timely and necessary to look at Ahmed Abd-Elsalam's book *The Bedouin Legal System: Concepts – Models – Transformations*.

A major reason is because it contributes to the current debate on legal pluralism in the Middle East, which compares and analyses the three dominant legal systems, religious law, state law, and customary/tribal law. His main research question is two-folded: Can the law of the Bedouin tribes be regarded as a separate, independent branch of law, and what type of dynamics unfolded over time. He strongly favours the notion that tribal law does not conform to the other two forms and thus, it would be appropriate to call it a unique form of the law.

Here, the author uses legal samples from Saudi Arabia, Egypt, Jordan, and Israel/Palestine from the past three hundred years that show how tribal groups from these areas used various strategies in the application of tribal law in light of concurrent interactions with the other two legal systems (state, religion). These strategies represent three models of legal transformation that the tribal law underwent over time. Special attention is given to the office of the judges and its institutionalization.

Based on lengthy fieldwork in the region, interviews, and an analysis of original sources, Abd-Elsalam provides a lively legal history of the tribal community as well as a theoretical framework for its incorporation into the larger judicial world.

The book is structured thematically starting with chapters on definitions and fundamental explanations about tribal law as well as the tribal society. The introduction describes the main principles of tribal law, while chapter 1 defines the types and sources of the law. In chapter 2, the author outlines the structural bases of tribal legal understanding such as the relation between individual rights and collective duties and the legal status of women. Chapter 3 looks into modern times and the institutional transformations that the tribal law underwent. Contract law as a model of these transformations is discussed in chapter 4, and the office of the judge with its various functions, classifications, and terminology is described in chapter 5. Another model, the sovereignty of law, is the gist of chapter 6, while mechanisms as a model of institutional legal transformation is discussed in chapter 7.

The book is partly based on and adapted from his PhD thesis: *Das Verhältnis des beduinischen zum islamischen Recht in sozialem und historischem*

Kontext: Rechtskonzept, Institutionen und Praxis [The Relationship between Bedouin and Islamic Law in the Social and Historical Context: Legal Concept, Institutions, and Practice], Martin-Luther-University, Halle-Wittenberg 2010. In this version, he worked more comparatively according to the theories of comparing and classifying legal systems as discussed by David¹ and Constantinsco². A jurist and Islamic scholar by training, Abd-Elsalam approaches the topic of Bedouin law from this angle, unlike most other authors in the field who write about it from the anthropological perspective.

This allows him to build his theological framework about the structural foundations of the tribal legal understanding and to quantify on their standing *vis-à-vis* the other established forms of the law. Describing the detailed and multi-levelled legal system of the Bedouin tribes enhances its credibility and legitimacy. Depicting the transformations over a long historical period proves that the system is flexible and able to adapt to new challenges and influences. And while we consider the Bedouin law a very old, if not an ancient legal system that has endured and survived over millennia, it is one of the important conclusions of the book that it is still valid today.

Abd-Elsalam shows this in his analysis of the legal practice and understanding from among the Aulād ‘Alī tribe who mainly live in the Cyrenaica Region. The tribe leads a confederation of several associated groups, and they have built administrative and judicial structures that represent the legislative and executive power of the tribe and coordinate the interaction with the government and the religious establishment. These sophisticated measures are also shown in a written document that constitutes a legal code of behaviour, the *Dirbat Aulād ‘Alī*. Customary and tribal law

used to be transmitted orally and relied on very few written sources. The *Dirba*, as portrayed by Abd-Elsalam, represents the transformation of those norms and the adaptation towards the pluralistic legal situation and heterodox society of our time (p. 81).

Another way of responding to the growing incursions of national and religious legal forces was by institutionalizing the tribal legal sector. Examples from the Central Region (Northern Arabian Peninsula) are discussed by the author who introduced judicial cooperatives formed by judges from several tribes. Judges were appointed for specific cases, and a hierarchic court system that allowed for certain appellate procedures was established. Additional judges operated outside the court system and served as the first instance of the trial. While this practice was common among the tribes in the Central Region, many different names and titles were used to describe these functions. We have to give credit to the author for bringing some clarity to this terminological conundrum.

What else can we gain from this book? Of course, the answer to the opening question. Abd-Elsalam describes tribal law as part of the Bedouin’s identity (p. 167). As such it was able to govern all aspects of tribal life and legal questions. But how can we imagine that tribal law is still a separate system in today’s world with clear boundaries to state law and/or Islamic law? In the world of legal pluralism that we live in, all three sectors can and do exploit, integrate, or tolerate provisions from the other side, which leads to certain hybrid forms of the law.

Some issues and questions however remain unanswered and hopefully in light of recent developments, the book inspires others to continue

¹ Rene David: *Traité élémentaire de droit civil comparé: Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative* (1950).

² Leontin-Jean Constantinsco: *Rechtsvergleichung III: Die rechtsvergleichende Wissenschaft* (1983).

with the exploration of this sensitive topic. In case of missing or lacking governmental/religious authority, this can be an important tool to solve conflicts. For example, how tribal legal concepts of conflict resolution are working can be studied in the areas liberated from the so-called Islamic State.

However, the original idea of comparing tribal with Islamic law fell short. The latter's understanding of *urf* and *diya* merits a closer look that the author might pursue in the future. He touched on it only briefly toward the end of the book. Another scholar, Aharon Layish, filled the gap for the tribes of the Judean Desert (the Westbank) in his book *Legal Documents from the Judean Desert: The Impact of the Shari'a Law on Bedouin Customary Law* (Brill 2011).

Still, Abd-Elsalam offers a useful companion reader to help understand the mechanisms of tribal law and how it was able to transform and adapt in present times. His narrative is profound scholarship integrating both empirical anthropological fieldwork and strong theoretical analysis of the legal discourse. It bridges a significant gap

in our knowledge about the recognition of tribal law among jurists and Islamic scholars. For those interested in the other side, the anthropologic view, I recommend other books, for example Clinton Bailey's *Bedouin Law from Sinai and the Negev: Justice without Government* (Yale 2009). The three books work very well as reading companions, with Abd-Elsalam providing a theoretical framework and geographical focus on the Aulād 'Alī and the Central Region, Layish offering textual evidence from primary sources and Bailey providing the larger, combined picture for the Sinai and Negev Region.

As the reading of *Das beduinische Rechtssystem* reveals, Bedouin/tribal law has still not been fully endorsed or at least taken seriously by many legal scholars, political decision-makers, and religious leaders. The legal stories of the tribes, although existent forever, need to be told by knowledgeable people – tribals and non-tribals – with the intention to improve its standing in the modern legal world. Ahmed Abd-Elsalam's book does this in a recommendable way.

Sebastian Maisel, Leipzig University, is professor for Arabic Language and Translations. He studies transformation processes among social and religious minorities in the Middle East, among them the Yezidis and Bedouin tribes in Arabia. His publications include *Das Gewohnheitsrecht der Beduinen* (2006) and *Yezidis in Syria: Identity Building among a Double Minority* (2017).

Review: Shaheen Sardar Ali: *Modern Challenges to Islamic Law*. Cambridge: Cambridge University Press 2016

Björn Bentlage

Das 2016 erschienene *Modern Challenges to Islamic Law* ist ein bemerkenswertes und entschieden eigenwilliges Buch. Es umfasst sieben thematische Kapitel (Kap. 2–8), die die Suche nach zeitgemäßen islamischen Antworten in so unterschiedlichen Bereichen wie Verfassungsrecht (Kap. 2), Familienrecht (Kap. 3), Finanzwesen (Kap. 4), internationale Abkommen (Kap. 5 und 6), britische Sharia Councils (Kap. 7) sowie Internet-Fatwas (Kap. 8) erörtern. Die thematischen Kapitel können als eigenständige Aufsätze gelesen werden. Durch die Rahmung aus Einleitung (S. 1–19), programmatischem Kapitel 1 (*Sharia: The Flowing Stream*, S. 20–40) und Fazit (S. 262–270) gewinnt der Band darüber hinaus Zusammenhang und einen stimmigen Gesamteindruck.

Stärke und Originalität des Buches rühren auch von der außergewöhnlichen Sprecherposition der Autorin her. Professor Ali schreibt mit akademischer Präzision und Tiefe über eine Problematik, mit der sie auch als Politikerin in Pakistan und auf internationaler Ebene befasst war und die für sie als polyglotte sunnitische Muslimin und Aktivistin für Frauenrechte (S. 5) außerdem von persönlicher Bedeutung ist: In *Modern Challenges to Islamic Law* geht es um Geltungs- und Entwicklungsmöglichkeiten islamischer Normativität in der globalisierten Moderne der Gegenwart.

Im Folgenden stelle ich ein Kapitel näher vor, um Charakter und Argumentation des Buches beispielhaft zu illustrieren. Kapitel 5 und 6 behandeln beide unterschiedliche Aspekte des CEDAW, dem 1979 von der UN-Vollversammlung verabschiedeten Übereinkommen zur Beseitigung je-

der Form von Diskriminierung der Frau (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women).

Kapitel 5 (*Muslim Women's Contributions to Drafting CEDAW: An Untold Narrative*) beginnt – wie alle anderen Kapitel – mit einem einführenden Unterkapitel (5.1), in dem Thema, Ansatz und Aufbau des Kapitels vorgestellt werden; die umfangreichen Fußnoten präsentieren ausführlich den Forschungsstand. Ali beschreibt CEDAW als Beispiel für die Herausforderungen, die für die Entwicklung islamischer Normativität aus der Auseinandersetzung mit internationalem Recht und Menschenrechten entstehen. Während die bisherige Forschung zur CEDAW die Vorbehalte vieler muslimischer Staaten fokussierte, hinterfragt Ali den Eindruck eines wesentlichen Antagonismus von Islam und Menschenrechten. So weist sie zunächst auf die ebenfalls hohe Zahl von Vorbehalten nicht-muslimischer Staaten hin und untersucht dann anhand von UN-Archivmaterial die Beiträge von Vertreterinnen muslimischer Staaten im Entwurfsprozess. Zwar wiesen diese auch während der Ausarbeitungsphase wiederholt auf Spannungen zwischen Formulierungen der Übereinkunft und der Lage in ihren Heimatländern hin. Doch taten sie das meist mit Verweis auf nationales Recht und Kultur, während Islam und islamisches Recht ein Randthema in den Diskussionen der Delegierten blieben. Darüber hinaus verließen die Delegierten nicht nur dem Status Quo der von ihnen vertretenen Staaten Ausdruck, sondern traten auch als Förderinnen von Frauenrechten auf, die die Übereinkunft als Instrument

des Wandels betrachteten, wie Ali herausarbeitet. Diese Beiträge setzt Ali schließlich in Bezug zu den zur Verabschiedung der Übereinkunft eingereichten Vorbehalten zahlreicher muslimischer Staaten (24 von 58), von denen sich viele (16) ausdrücklich auf Scharia oder Islam beriefen. Im Resultat bestätigt Ali, dass von vielen Seiten ein Gegensatz zwischen Islam und Menschenrechten postuliert wird. Doch ihre Untersuchung eines bislang vernachlässigten Aspekts trägt zu einem stärker nuancierten Verständnis der Genese dieses Gegensatzes bei und lässt ihn weniger zwangsläufig als politisch erscheinen. Und vor allem lenkt Alis Aufarbeitung und Interpretation der laut Kapitelbezeichnung *Untold Narrative* die Aufmerksamkeit auf Personen und Ansätze, deren Verständnis von staatlicher Gesetzgebung, Islam und Menschenrechten andere, liberalere Entwicklungsmöglichkeiten denkbar machen.

Dieser Zug – die Ausarbeitung alternativer islamisch fundierter Ansätze – kommt im Laufe des Buches immer wieder zum Tragen. So widmet sich Kapitel 6 der zögerlichen Umsetzung von CEDAW in Pakistan, wobei Ali auf persönliche Einblicke aus ihrer politischen Laufbahn zurückgreifen kann und auf die kaum genutzten unstrittigen Übereinstimmungen zwischen CEDAW und nationalem Recht hinweist. In Kapitel 4 ergänzt sie eine pointierte Analyse der Herausbildung des modernen islamischen Finanzwesens mit Ausführungen zu gerade den koranischen Anweisungen, die bislang weniger Beachtung fanden, nämlich zum wohltätigen und gemeinnützigen Einsatz von Geld und Reichtum. Und Kapitel 7 verbindet Analyse und Kritik britischer Sharia Councils mit dem Appell, die islamrechtliche Akzeptabilität regulärer britischer Institutionen zu fördern und zu kommunizieren. Dabei gleitet *Modern Challenges* keineswegs in die Seichtheit einiger Plädoyer-Literatur ab, sondern entwickelt Anregungen immer aus der im Vordergrund stehenden Analyse und

Kritik. Mehrere Kapitel gehen auf frühere Vorträge oder Arbeiten von Ali zurück, was zusammen mit der langen Liste von Unterstützern und Diskussionspartnerinnen in den Danksagungen dazu beiträgt, den Umfang der zugrundeliegenden Literatur und die Ausgewogenheit der Argumentation zu erklären.

Zusammengefügt zu einem einheitlichen Buch wird der Band wie gesagt durch Einleitung, programmatisches Kapitel 1 und Schlussfolgerung. Einleitung und Schlussfolgerung nutzen das Bild des *dihliz*, also des ‚Vorraums‘ oder ‚Korridors‘, um über die besondere Perspektive der Autorin zu reflektieren und den Ansatz des vorliegenden Buches mit ihrer Biographie zu verbinden. Auch das gut zwanzig Seiten lange Kapitel 1 (*Sharia: The Flowing Stream*) baut auf einer Metapher auf, diesmal um Alis vielschichtiges Verständnis von Scharia, *fiqh* und Recht in Verbindung mit einer ganzen Reihe anderer hier definierter Termini (*iğmaʿ*, *qiyās*, *iğtihād*, *taqlid*, *ihtilāf*, *taḥayyur*, *talfiq*, *maṣlaḥa*, *ḍarūra*, *maqāṣid aš-šarīʿa*, *ʿurf*) Ausdruck zu verleihen. Das Kapitel versucht keine Nacherzählung der Geschichte des islamischen Rechts. Stattdessen wird eine gegenwartsbezogene Konzeption islamischer Normativität skizziert, in der historische Entwicklungen und Einschnitte, der diskursive Charakter des *fiqh* und die inhärente Pluralität und Kontingenz islamischer Rechtspraxis berücksichtigt werden. Interessanterweise legt Ali dabei ein stark auf den Koran zentriertes Verständnis davon vor, was den wesentlichen Charakter des islamischen Rechts ausmacht. Das ist nicht selbstverständlich und könnte Ansatzpunkt für einen spannenden Vergleich mit anderen aktuellen Stimmen sein.

Alis *Modern Challenges to Islamic Law* ist ein substantieller und origineller Beitrag zur Erforschung des islamischen Rechts in der Gegenwart. Die nuancierte und kontextbewusste Herangehensweise bedeutet zwar auch, dass der resultierende

Text nicht immer leicht zu lesen und eher nicht als Einführungsliteratur geeignet ist. Auch sind nicht alle Beiträge von gleich hoher Qualität, Kapitel 8 zu Internet-Fatwas wirkt im Vergleich methodisch und inhaltlich zum Beispiel weniger gut durchdacht. Doch vor allem für Leser*innen mit

einschlägigem Interesse wird die kapitelweise oder komplette Lektüre von *Modern Challenges* eine erhellende und spannende Erfahrung sein, die hoffentlich weiten Fachkreisen zuteil und Diskussionen über die Ver- und Entwicklungen islamischer Normativität in der Moderne bereichern wird.

Dr. Björn Bentlage (Mitglied der GAIR) ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Seminar für Arabistik und Islamwissenschaft der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Er hatte zudem im Sommersemester 2020 die Lehrstuhlvertretung für Islamisches Recht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster inne.

Rezension zu Olaf Köndgen: *The Codification of Islamic Criminal Law in the Sudan – Penal Codes and Supreme Court Case Law under Numayri and al-Bashir, Studies in Islamic Law and Society 43*, Leiden/Boston: Brill 2018

Silvia Tellenbach

Die vorliegende Arbeit, die 2013 von der Universität Amsterdam als Doktorarbeit angenommen, 2014 mit dem DAVO-Dissertationspreis ausgezeichnet und 2018 in überarbeiteter Form veröffentlicht wurde, ist ein ungewöhnliches Werk. Nachdem der Autor bereits seine Magisterarbeit 1992 dem sudanesischen Strafrecht gewidmet hatte,¹ ist er seinen Berufsweg gegangen, aber das Thema des sudanesischen Strafrechts hat ihn offensichtlich nicht losgelassen. So hat er jetzt eine Monographie vorgelegt, wie es keine zweite über das islamische Strafrecht in einem heutigen Staat gibt. Er vergleicht die sudanesischen Strafgesetzbücher von 1983 und 1991 in Theorie und Praxis, in ihrem Verhältnis zum *fiqh* und in ihrer Interpretation durch die höchstrichterliche Rechtsprechung, alles eingebettet in eine Fülle von Bezügen zu Geschichte, Politik, Recht und sudanesischem Alltag. So ergibt sich ein dichtes, differenziertes und anschauliches Bild von einer Materie, die auf den ersten Blick eher spröde erscheint.

Ausgehend von der Behauptung ihrer sudanesischen Befürworter, eine Einführung der *šari‘a* würde die ursprüngliche, durch die Kolonisierung beseitigte Geltung des islamischen Rechts wiederherstellen, gibt Köndgen einen Abriss der sudanesischen Rechtsgeschichte von den Sultanaten von Fünj (1504–1821) und Dār Fūr (1640–1916) bis heute (Kap. 2, S. 29–105). Daraus ergibt sich, dass das sudanesische Recht auch in diesen Jahrhunderten vor der Kolonialzeit keineswegs nur isla-

misch, sondern von vielfältigen anderen Einflüssen mitgeprägt war, so vor allem dem Gewohnheitsrecht, und selbst, wo es islamisch war, doch in einer sehr anderen Art als im Sudan seit 1983.

Die Auseinandersetzung mit dem modernen islamischen Strafrecht im Sudan beginnt der Autor mit einem Kapitel über Rechtsquellen, Strukturen, Prozess-, insbesondere Beweisrecht, und allgemeine Prinzipien des Strafrechts (Kap. 3, S. 106–178). Hier werden also Fragen vor die Klammer gezogen, die für das Strafrecht insgesamt von Bedeutung sind, nicht nur für einzelne Delikte. Dabei geht es etwa um die Gesetzesbegründung der Strafgesetzbücher von 1983 und 1991, um die Quellen, die diese Gesetze beeinflusst haben, und die dabei angewandte Gesetzestechnik. Wichtig zum Verständnis ist auch eine Erläuterung des Aufbaus der sudanesischen Gerichtsbarkeit und des Strafverfahrens, insbesondere des Beweisrechts, das ja gerade für das islamische Kernstrafrecht von höchster Bedeutung und im Sudan in zwei Beweisgesetzen von 1983 und 1993 niedergelegt ist. Unter dem Stichwort *Allgemeine Prinzipien im sudanesischen Strafrecht* wird die im multireligiösen Sudan besonders brisante Frage des Geltungsbereichs des Strafgesetzes behandelt, ferner Fragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach Alter und Geisteszustand sowie Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, Versuch und Mittäterschaft. Den Abschluss des Kapitels bildet eine Darstellung der möglichen Strafen.

¹ Olaf Köndgen: *Das islamisierte Strafrecht des Sudan. Von seiner Einführung bis 1992*, Hamburg 1992.

Die Kapitel 4 bis 11 (S. 179–372) gehen auf die einzelnen Taten ein, die mit *ḥadd*-Strafen sowie *qiṣāṣ* oder *diyya* oder schließlich *taʿzīr*-Strafen geahndet werden. Dabei ist der typische Aufbau eines Kapitels, dass zuerst die Behandlung einer Straftat in den vier großen Rechtsschulen des sunnitischen *fiqhs* geschildert wird, dann die Regelungen des Strafgesetzbuchs von 1983 und von 1991 mit dem *fiqh*, aber auch untereinander verglichen werden. Dabei nimmt auch die Weiterentwicklung des Rechts durch die Zirkulare des Chief Justice, also des Präsidenten des Supreme Courts und Leiters der Justiz, und die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs einen wichtigen Raum ein. Sie war besonders in den Jahren von 1983 bis 1991 bedeutsam, denn wie der Verfasser hier plastisch herausarbeitet, enthält das Strafgesetzbuch von 1983 eine Reihe von Regelungen, die mit dem islamischen Recht nicht vereinbar sind. So werden, wie noch näher auszuführen ist, für Straftaten, die nach keiner Rechtsschule mit *ḥadd*-Strafen zu bestrafen sind, *ḥadd*-Strafen vorgesehen, Begriffe, die für ein islamisches Strafrecht unverzichtbar scheinen, fehlen dagegen. Zirkulare des Chief Justice, die noch nach englischer Rechtstradition vorschreiben können, wie bestimmte Begriffe zu interpretieren und Gesetzeslücken zu schließen sind, konnten hier an einer Reihe von Stellen Klarheit schaffen. Häufig hat der Supreme Court durch eine behutsame Rechtsprechung die Verurteilung zu *ḥadd*-Strafen eingeschränkt, die in den unteren Instanzen öfter praktiziert wurde. Das Strafgesetzbuch von 1991 hat dann viele der Schwachstellen des Gesetzes von 1983 beseitigt und steht mit den Regeln des *fiqh* deutlich mehr im Einklang.

Im Folgenden seien einige Beispiele genannt, wobei die Auswahl notwendigerweise subjektiv und beschränkt ist. Bei *zināʿ*, dem unerlaubten Geschlechtsverkehr, wird herausgearbeitet, wie die

Strafe, die in der Theorie für beide Geschlechter gleich ist, in der Praxis fast durchweg Frauen trifft. Ein wichtiger Grund hierfür sei das Beweisrecht. Die sudanesishe Strafgesetzgebung folge hier dem im Sudan besonders bedeutsamen mālikitischen Recht, das als einziges auch die Schwangerschaft einer unverheirateten Frau als Beweis für *zināʿ* zulasse, Geständnis und Zeugen seien dann nicht erforderlich. Gravierend sei auch, dass die Abgrenzung zur Vergewaltigung höchst unklar ist. Das Strafgesetzbuch von 1983 habe überhaupt keinen Straftatbestand der Vergewaltigung einer volljährigen Frau vorgesehen, erst das Strafgesetzbuch von 1991 enthalte einen solchen. Und hier wirke sich das Beweisrecht besonders zu Ungunsten der Frau aus. Ein Geständnis des Täters liege in der Regel nicht vor, ebenso wenig das Zeugnis der notwendigen rechtschaffenen muslimischen männlichen Zeugen, dagegen oft eine Schwangerschaft des Opfers, durch die es Gefahr laufe, nicht nur als Täterin von *zināʿ*, sondern auch von *qadf* (verleumderischer Vorwurf des unerlaubten Geschlechtsverkehrs) gegenüber dem Vergewaltiger bestraft zu werden. Der Supreme Court habe diese Situation durch die Entscheidung abgemildert, dass die Behauptung der Frau, sie sei vergewaltigt worden, zumindest eine *ṣubḥa*, einen Zweifel, begründe, die die *ḥadd*-Strafe entfallen lässt, nicht aber eine etwaige *taʿzīr*-Strafe. Wichtig ist hier auch der Hinweis auf die erhebliche praktische Bedeutung der Public Order Laws, die erst kürzlich abgeschafft worden seien. Häufig habe die Sittenpolizei Frauen festgenommen, denen *zināʿ* vorgeworfen worden sei, ein Public Order Court habe sie mit Auspeitschung bestraft, in einem kurzen summarischen Verfahren ohne Rechtsmittel und rechtsstaatliche Garantien.

Kein anderes *ḥadd*-Delikt werde so oft bestraft wie der Alkoholgenuss. Die *ḥadd*-Strafe für den Konsum von Alkohol, die nur für Muslime gelte,

sei ergänzt worden durch Straftatbestände, die einerseits auch Produktion und Verkauf von Alkoholika unter Strafe stellten, andererseits auch für Nichtmuslime nicht nur das Trinken an öffentlichen Orten oder das Auftreten in der Öffentlichkeit in trunkenem Zustand für strafbar erklärten, sondern auch dann, wenn sie damit Ärgernis erregten oder die Gefühle anderer verletzten. Das aber habe ihnen unter Umständen auch den Alkoholkonsum in ihren eigenen vier Wänden verboten, was den *fiqh* nie interessiert habe. Und auch hier seien viele derartige Verstöße nicht von den ordentlichen Gerichten, sondern von den Public Order Courts bestraft worden. Insgesamt gehe die Zahl der Auspeitschungen in die Tausende. Wieder seien hier oft Frauen die Betroffenen, nämlich Frauen aus dem Südsudan, die versuchten, mit dem Brauen von *marissa*, dem traditionellen Bier, ihren Lebensunterhalt zu sichern.

Beim *ḥadd*-Diebstahl würde besonders deutlich, wie der sudanesischer Gesetzgeber von 1983 vom *fiqh* abwich. Dem Tatbestand fehlten zwei Merkmale, die für einen *ḥadd*-Diebstahl wesentlich sind: das Erfordernis, dass der gestohlene Gegenstand aus einem *ḥirz* entnommen und dass die Tat heimlich begangen worden sein muss. Damit fielen hier zahlreiche Taten unter den *ḥadd*-Diebstahl mit seinen Amputationsstrafen, die nach dem *fiqh* keineswegs ein *ḥadd*-Diebstahl sind, sondern mit *taʿzīr*-Strafen zu ahnden sind: Diebstahl von Gegenständen außerhalb eines *ḥirz*, Unterschlagung, Raub. Diese Ausweitungen würden nur durch Entscheidungen des Supreme Court etwas eingedämmt, bevor das Strafgesetzbuch von 1991 den Tatbestand neufasste und das Erfordernis des Bruchs des *ḥirz* sowie zumindest die Heimlichkeit der Entnahme des gestohlenen Gegenstands (allerdings nicht der gesamten Tat) ins Gesetz aufnahm. Das Gesetz von 1991 erkläre wohl aus politischen Gründen auch öffentliches Eigentum als möglichen Gegenstand eines *ḥadd*-Diebstahls, was im *fiqh*

nur von den Mālikiten vertreten wird. Das Gesetzbuch von 1983 erkannte nur eine geringe Zahl von Umständen als *ṣubḥa an*, die eine *ḥadd*-Strafe entfallen ließ. Hier habe einer der Fälle vorgelegen, bei denen wiederum der Erlass eines Zirkulars des Chief Justice und bindender Präzedenzentscheidungen des Supreme Courts eine wichtige Lückenfüllungsfunktion hatten, bis das Gesetz von 1991 die meisten dieser Mängel beseitigte. Von praktischer Bedeutung sei die Erweiterung der möglichen Zeugen: Zwei Frauen können das Zeugnis eines Mannes ersetzen, auch Nichtmuslime können Zeugen sein, wobei letzteres aufgrund der ethnischen Zusammensetzung des Sudans von besonderer Bedeutung ist. Der Gesetzgeber fürchtete nämlich laut Köndgen, dass anderenfalls zahlreiche Diebstähle, bei denen nur nichtmuslimische Zeugen vorhanden waren, sonst unbestraft bleiben würden.

Weitere gravierende Abweichungen vom *fiqh* fänden sich bei der *ḥadd*-Straftat des Straßenraubes, *ḥirāba* oder *qatʿ at-ṭariq*, der in das Strafgesetzbuch von 1983 nicht aufgenommen wurde. Wohl aber seien für aus dem Strafgesetzbuch von 1974 übernommene Raubdelikte, die völlig andere Tatbestandsmerkmale als die *ḥirāba* umfassten, die schweren *ḥadd*-Strafen für *ḥirāba* (Amputation von rechter Hand und linkem Fuß, Tötung, Kreuzigung) vorgesehen worden. Mit anderen Worten: *taʿzīr*-Delikte sollten auch hier mit *ḥadd*-Strafen bestraft werden. Es sei eine schwierige Aufgabe für den Supreme Court geblieben, mit dieser Gesetzeslage sinnvoll umzugehen, was angesichts der inneren Widersprüche des Gesetzes kaum möglich war. Zu erwähnen sei jedoch eine mutige Entscheidung des Supreme Court im Falle eines nächtlichen Einbruchsdiebstahls, der gemäß Art. 496 StGB von 1983 mit den *ḥadd*-Strafen für *ḥirāba* bedroht war. Das Gericht stellte fest, dass die konkrete Tat zwar alle Tatbestandsmerkmale des Art. 496 erfüllte, aber nicht die Voraussetzungen

einer *ḥirāba* nach islamischem Recht. Es argumentierte, dass Straftat und Strafe genau im Qurʾān festgelegt und ein Gericht nicht berechtigt sei, *ḥadd*-Strafen zu schärfen, zu mildern oder gar eine *ḥadd*-Strafe für eine Tat zu verhängen, für die keine *ḥadd*-Strafe vorgesehen sei. Dabei konnte sich das Gericht unter anderem auf eine Vorschrift des Strafgesetzbuchs (Art. 458) stützen, der zufolge keine Vorschrift des Strafgesetzbuchs in einer Art interpretiert werden darf, die irgendeinem Prinzip der *šariʿa* zuwiderläuft. Damit machte das Gericht einen Fehler des Gesetzgebers deutlich und gab den Untergerichten eine wichtige Richtlinie für ihre Rechtsprechung vor.

Auch im Bereich der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte, die nach islamischem Recht mit *qiṣāṣ* und *diya* zu bestrafen sind, hätten sich im Gesetz von 1983 viele Regelungen gezeigt, die mit dem *fiqh* nicht vereinbar waren und erst im Gesetzbuch von 1991 wieder mehr an den *fiqh* angepasst wurden. So unterschied es zwar zwischen vorsätzlicher und quasi-vorsätzlicher Tat, legte aber für beide die gleiche schwere Strafe, nämlich die Todesstrafe, ersatzweise *diya* fest. Die Todesstrafe war auch nicht als Talionsstrafe ausgestaltet, über deren Vollstreckung die Bluträcher entschieden, sondern sozusagen als rein staatliche Todesstrafe (*iʿdām*). Im Bereich der Körperverletzung waren dagegen quasi-vorsätzliche Taten überhaupt nicht vorgesehen. Auch Umstände, die zum Wegfall der Todesstrafe führten, waren im Gesetz von 1983 ungenügend geregelt, eine Lücke, die wiederum durch ein Zirkular des Chief Justice gefüllt wurde. Festzuhalten sei, dass auch die 1991 eingeführte *qiṣāṣ*-Strafe bei Tötungen durch Erhängen erfolgt; von der Möglichkeit, dass das Gericht verfügt, die Strafe als Spiegelstrafe zu vollstrecken, sei, soweit feststellbar, bisher nie Gebrauch gemacht worden. Ebenso sei kein Fall bekannt, in dem bei Körperverletzungen eine *qiṣāṣ*-Strafe vollstreckt wurde.

Bei Tötungs- und Körperverletzungsdelikten seien Männer und Frauen, Muslime und Nichtmuslime gleichgestellt. Auch im Beweisrecht sei keine Mindestanzahl von Zeugen vorgeschrieben und Geschlecht und Religion spielten keine Rolle. Das Erfordernis der Unbescholtenheit (*ʿadāla*) sei in den beiden Beweisgesetzen von 1983 und 1993 unklar, wurde aber bei Bedarf vom Supreme Court ausgelegt, und zwar weit. Das habe dazu geführt, dass z. B. selbst ein Betrunkener vom Supreme Court noch als rechtschaffen anerkannt wurde und Zeugnis ablegen konnte.

Ein Kapitel über Menschenrechte und das islamische Strafrecht im Sudan (Kap. 12, S. 373–392) betrachtet zunächst noch einmal die gesetzlichen Regelungen der beiden Strafgesetzbücher unter dem Gesichtspunkt von Verstößen gegen Gleichheitsgrundsatz und Diskriminierungsverbot, Religionsfreiheit, Kinderrechte und das Verbot von grausamen, unmenschlichen und erniedrigenden Strafen. Dann wird die Praxis ins Auge gefasst. So seien in den Jahrzehnten seit der Geltung des islamischen Strafrechts im Sudan *qiṣāṣ* bei Körperverletzung und Steinigung bei *zināʿ* nicht nachweisbar und Amputationen abgesehen von der Zeit von 1983 bis 1985 unter Ġaʿfar Muḥammad an-Numairī sehr selten. Die Apostasie sei nur ein einziges Mal mit dem Tode bestraft worden, in dem berühmten Fall des Führers der Republikanischen Brüder Maḥmūd Muḥammad Ṭāhā 1985. Dagegen seien Hinrichtungen und Auspeitschungen häufig, letztere besonders im Zusammenhang mit Alkoholgenuß, -produktion oder -verkauf, Verstöße gegen Bekleidungsnormen und *zināʿ*. In allen Fällen seien vorwiegend Frauen betroffen. Dass der Sudan eine katastrophale Menschenrechtsbilanz aufzuweisen hat, sei aber nur zu einem kleinen Teil dem islamischen Strafrecht geschuldet.

In einem Schlusskapitel (Kap. 13, S. 393–416) fasst der Autor die wichtigsten Entwicklungen in

Strafrecht und Strafprozessrecht, insbesondere Beweisrecht zusammen und arbeitet noch einmal die wichtige Rolle des Supreme Court heraus. Er stellt fest, dass man von einer nationalen sudanesischen *šarī'a* sprechen kann, die – aufgepfropft auf das noch vielfach weiterwirkende Common Law – sich durch ein hohes Maß an Selektivität bei Methoden und Lösungen auszeichnet, ohne dass sich die Gründe für die jeweilige Auswahl erkennen lassen. Es sei ein islamisches Strafrecht gewachsen,

das so in keinem Strafrecht in einem anderen islamischen Staat anzutreffen ist. Abschließend ordnet er dieses Recht in das politisch-historische Umfeld der letzten Jahrzehnte ein und kommt letztlich zu dem Schluss, dass dieses Strafrecht einen symbolischen Wert für die Machthaber hat und so letztlich politischen und propagandistischen Zwecken dienen soll.

Dem Autor kann zu diesem gelungenen Werk nur gratuliert werden!

Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach (Mitglied des Vorstands der GAIR) war Leiterin des Referats *Türkei, Iran und arabische Staaten* am ehemaligen Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (jetzt: Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht), Freiburg i. Br.

**Rezension zu Abdurrahim Kozali/Ibrahim Salama/Souheil Thabti (Hgg.):
Das islamische Wirtschaftsrecht (Reihe für Osnabrücker Islamstudien 19),
Frankfurt am Main: Peter Lang 2016**

Abir Haddad

Der vorliegende Band aus dem Hause des Instituts für Islamische Theologie (IIT) der Universität Osnabrück geht zurück auf die Tagung *Islamisches Wirtschaftsrecht: Herausforderungen und Lösungswege*, über welche in den *GAIR-Mitteilungen 2014* (2016 umbenannt in *Zeitschrift für Recht & Islam*) auf den Seiten 47 bis 53 bereits von Souheil Thabti berichtet wurde. Herausgegeben wurde der Band vom damaligen Professor für Islamisches Recht und Glaubenspraxis am IIT und den GAIR-Mitgliedern Souheil Thabti und Ibrahim Salama. Der Tagungsband begegnet Fragen zur Umsetzbarkeit islamischer Finanzprodukte sowie Dienstleistungen in Deutschland, der Konformität zu hiesigen rechtlichen Rahmenbedingungen sowie der Vereinbarkeit mit dem herrschenden Wirtschaftssystem.

**Johannes Engels: Betrachtungen zum
islamischen Bankdienstleistungswesen
in Deutschland**

Den thematischen Aufschlag vollzieht Engels in seinem einleitenden Aufsatz (S. 13 ff.). Er beginnt mit der Frage, ob Frankfurt am Main eines Tages islamische Banken beherbergen und wie dies aussehen könnte. Im Zuge dessen erklärt er in prägnanter Form Prinzipien des islamischen Bankwesens wie *ribā* und *garar*. Diese Prinzipien, so Engels, seien bis dato nicht mit dem Kreditwesengesetz vereinbar gewesen. Engels geht zudem auf die Entwicklung und Hindernisse ein, denen sich die deutsche Bankenlandschaft ausgesetzt sehe.

Dazu würden Bedenken der BaFin gehören wie etwa hinsichtlich des Einlagenschutzes. Es sei darauf hingewiesen, dass zum Zeitpunkt des Verfassens dieses Artikels es in Deutschland noch kein lizenziertes islamisches Kreditinstitut gab. Seit 2015 ist nun die KT Bank AG in Deutschland als Kreditinstitut i. S. d. § 1 Abs. 1 KWG (Gesetz über das Kreditwesen) zugelassen, die zwischenzeitlich vier Filialen in Mannheim, Köln, Berlin und Frankfurt am Main eröffnet hat.

Engels beschreibt in diesem Kontext den gescheiterten Versuch sowohl der Commerzbank als auch der Deutschen Bank, ein *Islamic Window*, d. h. eine islamkonforme Produktparte, in Deutschland zu etablieren. Anders als vielleicht erwartet, bediene dieses ‚Fenster‘ weniger die in Deutschland lebenden Muslim*innen, sondern eher vermögende Privatkunden aus dem mittleren Osten. Die Nachfrage der in Deutschland lebenden Muslim*innen nach islamkonformen Produkten habe sich nicht bestätigt, da die Muslim*innen hier die islamischen Glaubenssätze längst nicht (oder nicht mehr) so streng sehen würden. Bei mehr als 3,5 Millionen in Deutschland lebenden Muslim/innen gäbe es dennoch großes Potenzial für den Markt mit islamkonformen Bankprodukten. Engels bezieht sich dabei auf die doppelt so hohe Sparquote der aus der Türkei stammenden Mitbürger*innen im Vergleich zu vielen anderen Kund*innen in Deutschland. Die jährliche Sparleistung dieser Kundengruppe werde dabei auf 1.5 Milliarden Euro geschätzt (S. 15).

Zwar ist die Zahl der in Deutschland lebenden Muslim*innen mittlerweile auf ca. 4.4 Millionen gestiegen, nicht zuletzt auch durch die Einwanderung von Geflüchteten aus muslimischen Ländern wie Syrien und Afghanistan seit 2015. Daraus einen Rückschluss auf die Kapazität des Marktes zu ziehen, wie hier Engels kalkuliert, erscheint jedoch zu pauschal. Auch wenn die hier lebenden Muslim*innen viel sparen konnten, haben sie ihre Ersparnisse weder bei hiesigen Banken angelegt noch im Inland investiert. Vielmehr war es das Ziel der ersten Gastarbeiter*innen gewesen, in ihre Herkunftsländer zurückzukehren. Daher ist das Geld häufig in die Heimatländer geschickt worden, um dieses dort in Häuser etc. zu investieren. Auch eine islamische Bank in Deutschland wird kaum etwas an diesem Spar- und Anlageverhalten ändern. Was sich eher ändern könnte ist, dass die zweite und dritte Generation muslimischer Mitbürger*innen die in Deutschland geboren oder aufgewachsen sind, den Wunsch der Eltern aufgeben, in die Herkunftsländer ihrer Eltern zurückzukehren und hier investieren möchten.

Uğurlu Soylu: *Islamic Banking in einem nicht-islamischen Regulierungsumfeld: Herausforderungen und Folgen*

Der nachfolgende Artikel von Soylu hat mit dem Beitrag von Engels gemeinsam, dass die ‚Beständigkeit‘ der islamischen Banken während der Finanzkrise hervorgehoben wird. Soylu wirft hierbei die Frage auf, wie islamische Banken in einem konventionellen Regulierungsumfeld arbeiten könnten und welche Herausforderungen sie dabei meistern müssten.

Soylu führt dann weiter aus, indem er mehrere Szenarien der möglichen Zusammenhänge zwischen *Islamic Banking* und konventionellem Banking darstellt. Ausgehend vom Urzustand der An-

archie im ersten Szenario verändert sich die Implikation des Rechtsrahmens in diesen Urzustand, verkleinert damit den Handlungsspielraum und bereichert das System mit Rechtssicherheit. In einem weiteren Szenario fügt sich die islamische Religion als Teilmenge des bestehenden Rechtsrahmens ein und bildet Schnittmengen sowohl mit dem bestehenden Rechtssystem als auch der Anarchie (S. 23). In diesem Modell vergrößere sich der Handlungsspielraum bis hin zu einem gemäß dem islamischen Rechtssystem legitimen und möglichen Weg, welches jedoch nicht dem säkularen Recht entsprechen.

In seinem ‚Gedankenspiel‘ kommt er zu dem Ergebnis, dass der Einfluss des konventionellen Bankensystems auf das islamisch geprägte Finanzsystem groß sei. Dies zeige sich daran, dass auch die islamischen Banken von der Verlustzuweisung an die Kunden*innen kaum Gebrauch machten, um mit konventionellen Banken im Wettbewerb mithalten zu können. Die Finanzkrise bezeichnet Soylu, zum Abfassungszeitpunkt dieses Artikels Geschäftsleiter der Kuvveyt Türk Katılım Bankası Mannheim, als Wendepunkt, welcher dazu geführt habe, dass der Wettbewerbsdruck der konventionellen Banken auf die islamischen Banken kippte.

Die islamischen Banken seien aus der Finanzkrise eher gestärkt hervorgegangen, so Soylu. Dies sei seines Erachtens nach kein Zufall. Das Spekulationsverbot wäre der entscheidende Faktor gewesen, welcher die islamischen Banken daran gehindert habe, in ‚toxische‘ Derivatetransaktionen involviert zu sein. So hätte keine islamische Bank auf der Welt aufgrund der Finanzkrise Insolvenz anmelden müssen.

Soylu geht ein Schritt weiter und behauptet, dass nach der Finanzkrise der Wettbewerbsdruck des *Islamic Banking* auf das konventionelle Bankensystem größer geworden sei. An dieser Stelle

bleibt Soylu aber eine Darstellung und Begründung schuldig. Unsere Gesellschaft sei jedenfalls aufgrund der letzten Finanzkrise optimal auf die Gründung islamischer und damit zinsfreier Banken ausgerichtet.

**Volker Nienhaus: Die Anwendung
islamischen Wirtschaftsrechts im
zinslosen Bankwesen: Finanztechnik
zwischen Klassik und Moderne**

Einen gegenteiligen Eindruck erhält der Leser bei der Lektüre des Beitrags von Nienhaus. Demnach drängten die islamischen Banken dazu, ein vergleichbares Produktspektrum wie die konventionellen Banken zu entwickeln. Auch wenn die konventionellen Finanzprodukte vom islamischen Finanzwesen scharf kritisiert worden seien, würden Nachbildungen strukturierter konventioneller Finanzprodukte als Prototypen entwickelt, selbst wenn diese noch nicht allgemein akzeptiert seien. Dazu habe man mithilfe von Finanzingenieuren und *šarīʿa*-Experten Prototypen von *šarīʿa*-konformen Derivaten entwickelt, bei denen aber aus ökonomischer Sicht der Charakter des islamrechtlichen Handelsgeschäftes verschwinde und der rein ökonomische Finanzierungscharakter dominiere (S. 30 ff.).

Nienhaus ist der Ansicht, dass die Modifikationen der klassisch islamisch-rechtlichen Verträge so weitreichend sind, dass diese sich zwar in rechtlicher Form, oft aber nicht in der wirtschaftlichen Substanz von konventionellen Finanzprodukten unterscheiden. So stellt Nienhaus kritisch die Originalität und Authentizität der islamischen Finanzwirtschaft infrage.

Lehrreich sind dabei insbesondere für Rechtswissenschaftler die wirtschaftswissenschaftlichen Konzeptionalisierungen der verschiedenen Finanzprodukte wie Partnerschaftsverträge, *muḍārabā*-Partnerschaften als ‚stille Beteiligung auf Zeit‘

und *mušāraka*-Partnerschaften als *joint ventures*. Gleiches gilt für Kaufverträge mit Finanzierungs-komponenten im Bankwesen, die *murābaḥa* im Kundenauftrag, den Parallel-*salam* für saisonale Agrarerzeugnisse und die Parallel-*istisnāʿ* zur Auftragsfertigung. Anschaulich erläutert Nienhaus außerdem die *iğāra* mit Übertragungsversprechen (Kaufoption) und die *tawarruq* als Liquidität zu festen Kosten.

Der Beitrag von Nienhaus zeigt einmal mehr auf, dass seine hohe ökonomische Expertise von unschätzbarem Wert für das Verständnis der sogenannten Islamic Finance ist.

**Ali Aslan Gümüşay: Entrepreneurship: Eine
islamische Perspektive**

Der Beitrag von Gümüşay thematisiert das Unternehmertum aus islamischer Perspektive und seine Auswirkung auf die Arbeitsweise in Unternehmen (S. 46). Zu Recht weist Gümüşay darauf hin, dass der Islam an sich keine ökonomischen Theorien aufstelle, weshalb es verfehlt sei, von Islamic Entrepreneurship oder Islamic Finance zu sprechen. Vielmehr biete der Islam einen Rahmen, innerhalb dessen muslimische Ökonom*innen selbst Theorien und Modelle aufstellen können. Man solle daher von einer Ökonomie bzw. einem Unternehmertum aus islamischer Perspektive sprechen, welches auf den islamischen Werten als Grundpfeiler beruhe. Er bezieht sich dabei auf die englische Bezeichnung *Entrepreneurship from an Islamic Perspective (EIP)*. Dies sei ein komplexes und kontroverses Konzept, welches auf drei miteinander verflochtenen Säulen basiere, einer wertschaffenden, einer wertschaffenden sozio-ökonomischen und einer religiös-spirituellen Dimension. Auch wenn das *EIP* nicht nur ein soziales oder ethisches Unternehmertum darstelle, sei es nicht nur Muslim*innen vorbehalten.

Die Tatsache, dass auch Menschen mit religiösem Bezug Unternehmen leiteten oder in Unternehmen arbeiteten, zeige die Wichtigkeit der Einbeziehung der Religion als Element in die Unternehmensforschung und damit ins *EIP*. Daraus folgert er, dass in diesem Bereich noch deutlich mehr interdisziplinär geforscht und Religion als ein den Menschen prägendes Element mehr in die wissenschaftliche Unternehmensforschung einbezogen werden sollte.

Der Beitrag von Gümüşay weist durchaus interessante Ansätze auf, die in Zukunft relevant sein könnten. Jüngere Publikationen wie *Entrepreneurship and Management in an Islamic Context*, hrsg. von Veland Ramadani, Léo-Paul Dana, Shqipe Gërguri-Rashiti und Vanessa Ratten (Springer 2017) weisen ähnlich zukunftsweisende Perspektiven auf. Mittlerweile lassen sich jedenfalls Tendenzen erkennen, wonach die *Generation Y* (Geburtsjahrgänge 1980–1999) Grundsätzen der hergebrachten Führungs- und Unternehmenskulturen kritisch gegenübersteht und statt dem reinen ‚Profit um jeden Preis‘ auch den Nutzen der Allgemeinheit und Nachhaltigkeit in den Vordergrund des unternehmerischen Handelns rückt. Dabei werden neben dem Umweltschutz auch theologische Aspekte berücksichtigt. Unternehmerische Ansätze, die ihre Legitimation aus einer religiösen Quelle schöpfen, könnten eine Alternative für die in Deutschland (oder anderswo in Europa) sozialisierte muslimische *Generation Y* darstellen. Man darf gespannt sein, ob sich Gümüşays Ausführungen als wegweisend oder eher als Randerscheinungen entpuppen.

Rüdiger Litten: *Das regulatorische Umfeld für die Gründung und den Betrieb islamischer Banken in Deutschland*

Mit dem Komplex des regulatorischen Umfelds islamischer Banken befasst sich der Beitrag von

Rüdiger Litten (S. 59). Er konstatiert, dass kein Sonderaufsichtsrecht für das Islamic Finance in Deutschland etabliert werden würde. Ob Transaktionen aufsichtspflichtig sind, hänge allein davon ab, ob sie Finanzgeschäfte im Sinne des § 1 a KWG oder Finanzdienstleistungsgeschäfte im Sinne des § 1 a KWG darstellen. Die Aufzählung in dem Katalog, der in den vorstehend genannten Paragraphen enthalten ist, sei enumerativ. Die Erlaubnistatbestände seien restriktiv auszulegen. Litten stellt auch sehr übersichtlich in einer Tabelle dar, welche islamischen Finanzgeschäfte in Deutschland erlaubnispflichtig sind (S. 62).

Weiterführend schlägt Litten die Erweiterung des in § 1 a KWG statuierten (abschließenden) Katalogs vor. Dies sei allerdings politisch nicht gewollt. Man könne auch einen Ansatz verfolgen, der – so Litten – der Regulierung durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) unterliege. Hierbei könne man bei islamischen Finanzprodukten auf ihr konventionelles Äquivalent abstellen. Mittlerweile wissen wir, dass der letztere von Litten beschriebene Weg beschritten wurde, um die islamischen Finanzprodukte zu regulieren.

Hans-Georg Ebert: *Islamische Bankprodukte: Gemeinsamkeiten, Unterschiede und aufsichtsrechtliche Probleme*

Auch Ebert befasst sich neben Litten und Nienhaus in seiner Abhandlung, wie bereits aus dem Titel abzulesen ist, mit dem aufsichtsrechtlichen Komplex islamischen Finanzierungswesens (S. 75). Zuvor erklärt er unter Einschluss der islamischen Normenlehre die Grundprinzipien, welche die islamischen Finanzprodukte bestimmen. Zum einen seien genannt *ribā* (Zinsverbot) und *garar* (Risiko-geschäfte). Diese ‚Verbote‘ seien für jegliche Verträge im Wirtschaftsleben zu beachten, insbesondere im Bank- und Versicherungsgeschäft. Ähnlich

wie Nienhaus geht Ebert auf die islamkonformen Bankprodukte, ihre Gestaltungsoptionen und auch Grenzen – wie das zinslose Darlehen, der Kaufvertrag und die Gesellschaft sowie die Vollmacht – ein. Seine Darstellungsform ist deutlich durch eine juristische und weniger durch die ökonomische Betrachtungsweise geprägt. Insoweit ergänzen sich die Beiträge von Nienhaus und Ebert. Letzterer zeigt auf, wie diese Grundprinzipien legitimiert sind, und stellt schließlich die einzelnen Produkte in ihrer klassischen Ausprägung dar, d. h. wie sie in den klassischen Rechtswerken beschrieben wurden, und ordnet sie den modernen Produkten islamischer Banken zu. Auch Ebert stellt schlussfolgernd fest, dass islamkonforme Finanzprodukte keineswegs unmittelbar aus der *šarī'a* abgeleitet, sondern meist von Ökonomen gestaltet werden. Zinsbasierte Finanzprodukte würden ‚islamisiert‘. Diese seien deshalb in westliche Rechtsordnungen integrierbar und könnten daher auch außerhalb der islamischen Welt Verbreitung finden. Sie seien keineswegs für Muslim* innen reserviert, ähnlich wie es im Beitrag von Gümüşay durchklang.

Abschließend zweifelt Ebert zu Recht die Konkurrenzfähigkeit der islamisch ausgeprägten Produktpalette gegenüber denen des konventionellen Marktes an. Vermutlich muss das *Islamic Banking* neue Wege beschreiten und sich gerade auf die von Ebert beschriebenen Grundprinzipien besinnen, statt die eigenen Produkte von Akteuren ‚anpassen‘ zu lassen, die zuvor die konventionellen Produkte erarbeitet haben. Solange das *Islamic Banking* mit dem gleichen *Mindset* arbeitet wie das konventionelle Banking, bietet es das gleiche nur mit komplizierteren Vertragsstrukturen und weitgehend höheren Transaktionskosten an.

Martin Heckel: *Muḍāraba* und das deutsche Recht – Probleme, rechtliche Herausforderungen, Lösungsansätze

Ein spezielles Produkt in Bezug auf den deutschen Rechtskontext aufgreifend, widmet sich Heckel der *muḍāraba* und den damit einhergehenden Herausforderungen und Lösungsansätzen (S. 93). Während die anderen Beiträge des Tagungsbandes die Kompatibilität der islamisch-rechtlichen Verträge mit dem deutschen Recht hinterfragen, beleuchtet Heckel dessen Integration. Er regt die Aufnahme und Kodifizierung des *muḍāraba*-Vertrages in das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) an. Diesen Normierungsvorschlag stellt er ausführlich dar. In seiner Argumentationskette führt er die rechtsvergleichende Methodik an, die sich bei der Suche nach Lösungen durchaus in anderen Rechtsordnungen bedienen kann.

Diesen Normierungsvorschlag stellt er ausführlich dar in mehreren Paragraphen (§§ 1–9) mit dazugehöriger Kommentierung. Nach Heckels Vorschlag sollten die Paragraphen 1 und 2 die Grundlagen des *muḍāraba*-Vertrages, sein Zustandekommen und die Rechte und Pflichten der Parteien regeln. Die Paragraphen 3 und 4 sollen die schwierigen Rechtsverhältnisse in Ansehung des *muḍāraba*-Kapitals normieren. Paragraph 5 sollte den Kern der *muḍāraba*, die dinglich zu verstehende Gewinnberechtigung der Parteien beinhalten. Die Paragraphen 6 und 7 sollten den Fall der Leistungsstörungen regeln. Und letztendlich sollte Paragraph 8 in etwa den Regelungen, die das deutsche Recht für Beendigung von Auftrag und Miete vorsieht, entsprechen. Abschließend beinhaltet der Normierungsvorschlag Heckels den letzten Paragraphen, für den sich Heckel in der osmanischen *mecelle* und dem Art. 673 Nr. 2 a. F. des irakischen Zivilgesetzbuch bedient mangels Pendant im BGB. Diese letzte vorgeschlagene

Norm solle im Todesfall des Gerenten die Obligation auf dessen Erben bzw. Erbin übertragen.

Heckels konkrete Vorschläge erscheinen auf den ersten Blick schwerlich umsetzbar. Der Grund liegt weniger darin, dass das deutsche Recht nicht zur Veränderung und Entwicklung fähig wäre. Auch dürfte es nicht daran liegen, dass man im deutschen Recht Rechtsgedanken von anderen Rechtssystemen methodisch nicht aufgeschlossen begegnen kann. Es liegt viel eher an der (rechts-)politischen Furcht der ‚Islamisierung des Abendlandes‘. Dem entgegnet der Ansatz Heckels, der nicht bei der Islamisierung des deutschen Rechtssystems ansetzt, sondern eine Germanisierung der *šarī‘a* zum Nutzen der deutschen Gesellschaft auslegt. Man darf gespannt sein, ob und inwieweit diese Sichtweise rezipiert wird.

Kilian Bälz: Sharia Compliance und Sharia-Risiko

In seinem Beitrag widmet sich Bälz der zentralen Frage der *šarī‘a*-Konformität und dem sich daraus ergebenden *šarī‘a*-Risiko (S. 112). Dabei geht er zunächst auf die *šarī‘a* als Juristenrecht ein und betont dabei das Erfordernis, Regeln für die heutige Rechtspraxis im *Islamic Banking* zu definieren. Hieran schließt er kritische Ausführungen zur *šarī‘a* in der Bankenpraxis und das Zertifizierungsmodell an. Unter anderem kritisiert Bälz die Zertifizierungspraxis, die einen wesentlichen Anteil daran habe, dass das *Islamic Banking* über weite Strecken auf formaljuristische Einhaltung islamischer Vorschriften konzentriert sei und dabei Gefahr laufe, die islamrechtlichen und -juristischen Grundsätze und Ziele des *Islamic Banking* aus dem Blick zu verlieren (S. 115). Als Alternativen zum

Zertifizierungsmodell stellt Bälz die *šarī‘a*-Standards etwa der AAOIFI (Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions) und ein mögliches Aufsichtsrecht vor.

Das *šarī‘a*-Risiko exemplifiziert er am Sachverhalt *Shamil Bank of Bahrain vs. Beximco Pharmaceuticals Ltd.* In diesem Fall hatte eine Bank mit Sitz in Bahrain mit der Klägerin des Falles einen *murābaḥa*-Finanzierungsvertrag geschlossen. Nachdem die Klägerin beim High Court in London Klage erhoben hatte, verteidigte sich die Bank damit, dass der Vertrag nach islamischem Recht unwirksam sei, weil dieser gegen das Zinsverbot (*ribā*) verstoße. Die streitgegenständliche Transaktion sei in Wirklichkeit ein zinstragendes Darlehen, das von den Parteien lediglich als *murābaḥa*-Vertrag ‚frisirt‘ worden sei. Neu ist hierbei, dass sich eine Bank, die normalerweise von der *šarī‘a*-Konformität ihrer Produkte profitiert, gerade diese mangelnde Konformität offenlegt in der Hoffnung, den Rechtsstreit für sich gewinnen zu können.

Ähnlich gelagert ist dies im Fall der *Dana Gas Sukuk Limited*. Diese beruft sich auf die Illegalität ihres zuvor geschlossenen *muḍāraba*-Vertrages, um die eigenen Anleihegläubiger nicht auszahlen zu müssen.¹ Anders als in dem von Bälz genannten Fall wird *Dana Gas Sukuk Limited* teilweise im Emirat Scharja ausgetragen, so dass sich zum ersten Mal ein Gericht mit einer auf dem islamischen Recht basierenden Rechtsordnung mit dem Thema auseinandersetzt. Sollte der Klage stattgegeben werden, würde das eine Wende im *Islamic Banking* herbeiführen – vielleicht eine Wende, die dazu führt, wie eingangs von Bälz erwähnt, das *Islamic Banking* zurück zu den Zielen und Werten der islamischen Religion zuführen.

¹ Siehe Kai Kreuzberger / Abir Haddad: High Court of England & Wales, Commercial Court: A *Šukūk al-muḍāraba* Structured to Provide a Fixed Return and Alleged to Be Illegal under UAE Law Will not Be Unwound for Ille-

gality – Dana Gas PJSC v Dana Gas Sukuk Limited and others [2017] EWHC 2928 (Comm), in: *Zeitschrift für Recht und Islam/Journal for Law & Islam (ZR&I)* 9 (2017), S. 17–34.

**Matthias Casper: *Islamische Aktienfonds:
Risikoverteilung und Änderungen durch
das neue KAGB***

Risiko, allerdings in einem anderen Zusammenhang, ist auch Gegenstand des Beitrags von Casper (S. 129). Er beschäftigt sich – rechtlich auf Deutschland bezogen – mit islamkonformen Aktienfonds. Wichtigste Kriterien für islamische Aktienfonds sind Casper zufolge die Transparenz der Anlagestrategie und die auf Beratung, Zertifizierung und Überwachung beschränkten Funktionen der *šarīʿa*-Boards. Ebenso wie Bälz geht er auf die *šarīʿa*-Konformität ein und die daraus resultierende Haftung und die Verteilung des Haftungsrisikos zwischen dem Anleger*innen und der Fondsgesellschaft. Der Anlegerschutzgedanke des deutschen Gesetzgebers ist nach Caspers Meinung auch hier mit den Grundsätzen des Islamic Finance vereinbar.

Nachdem Caspar die Charakteristika und Kennzeichen islamischer Aktienfonds erklärt hat, widmet er sich den Änderungen im Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB), welches am 22. 07. 2013 in Kraft getreten ist. Dabei spielt vor allem § 162 KAGB eine Rolle. Demnach müssen die Anlagebedingungen von offenen Publikumsinvestmentvermögen u. a. die Angabe enthalten, nach welchen Kriterien Vermögensgegenstände für das Fondsvermögen erworben werden dürfen. Außerdem ist mitzuteilen, nach welchen Grundsätzen die Auswahl der zu beschaffenden Vermögensgegenstände erfolgt. So wird wieder die Rolle des *šarīʿa*-Boards, ähnlich wie bei Bälz, thematisiert, und die Zertifizierung dargestellt. Die auf der *muḍāraba* oder *wakāla* basierenden islamischen Aktienfonds seien problemlos unter dem deutschen

Investmentaufsichtsrecht möglich. Problematisch sei seiner Ansicht nach eine Art generelles Versprechen der *šarīʿa*-Konformität. Außerdem sei das *šarīʿa*-Board kein Anlageausschuss, sondern habe eine Zertifizierungs- und Kontrollfunktion und könne auch deshalb unproblematisch in die europäische Fondsgovernance eingebettet werden.

Problematisch könne sich allein die Interpretationsvielfalt und das sich dadurch ergebende *šarīʿa*-Risiko darstellen. Casper nennt es die *šarīʿa*-Falle. Dabei liege die Gefahr für Anleger darin, dass ein einmal erworbenes Produkt die *šarīʿa*-Konformität im Laufe der Zeit ändert oder die Konformität nachträglich wegfällt. Dies könne daran liegen, dass das *šarīʿa*-Board einer nicht allgemein vertretenen Meinung nachgehe oder die Einschätzung evident unrichtig sei. Sollte das *šarīʿa*-Board seine Zertifizierung widerrufen, haftet der Fonds nicht, wenn er sich an die Anlagegrundsätze gehalten hat. Den Schaden erstatten muss die Fondsgesellschaft allerdings, wenn gegen die Anlagegrundsätze verstoßen hat.

**Osman Sacarcelik: *Šukūk: Vertragliche
Gestaltung nach deutschem Recht,
Unterschiede zu Anleihen und eventuelle
Anwendungsprobleme***

Mit einem spezifischen Produkt (*šukūk*) befasst sich Sacarcelik, der zu diesem 2013 promoviert wurde (S. 153).² Nach einer Einführung und einer Historie von *šukūk*, dessen wirtschaftlicher Bedeutung und Einsatzmöglichkeiten widmet er sich den Grundformen des *šukūk* und dessen Abgrenzung von verwandten Finanzierungsinstrumenten. Er stellt eine typische Transaktion am

² Vgl. Osman Sacarcelik: *Rechtsfragen islamischer Zertifikate (Sukūk)*, Schriften zum Gesellschafts-, Bank- und Kapitalmarktrecht 43, Baden-Baden: Nomos 2013 (zugl.

Dissertation Westfälische Wilhelms-Universität Münster 2013).

Beispiel des *ṣukūk al-iğāra* dar, das als Grundtypus gilt und mit einem *Sale-and-Lease-Back*-Geschäft vergleichbar ist. Außerdem könnten *ṣukūk* vielfältige Erscheinungsformen haben und durchaus mit Pfandbriefen oder dem *Factoring* vergleichbar sein. Eine pauschale Einordnung greife jedoch zu kurz, so Sacarcelik.

Ferner geht er auf die zivilrechtliche Einordnung von *ṣukūk* ein. Ihm zufolge seien *ṣukūk* als Wertpapiere *sui generis* einzustufen. Im Einzelfall können sie auch als Schuldverschreibungen nach § 793 Abs. 1 Satz 1 BGB oder *Asset-Backed Securities (ABS)* eingeordnet werden. Damit sei auch die Einordnung als Finanzinstrument nach § 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 2 KWG möglich.

Sacarcelik geht zudem der Frage nach, ob es sich bei dem Grundgeschäft um einen Kauf oder ein Darlehen handle. Die Einordnung habe für die Rechtspraxis u. a. insolvenzrechtliche Implikationen. Dies führt Sacarcelik am Beispiel des Aussonderungsrechts der Anleger*innen in der Insolvenz des Refinanzierungsunternehmens dar.

Sehr übersichtlich fasst er schließlich seine Untersuchungen in sieben Thesen zusammen, die nachfolgend in der nötigen Prägnanz zusammengestellt sind:

1. *Ṣukūk* lassen sich aufgrund ihrer Erscheinungsvielfalt keiner festen Kategorie von Finanzierungsinstrumenten zuordnen.
2. Die ökonomische Struktur von *ṣukūk* entspricht häufig der einer klassischen Anleihe.
3. Das *ṣukūk*-Emissionsverfahren entspricht im Wesentlichen den Emissionsverfahren von Anleihen.
4. Die schuldrechtliche Abrede, die im Rahmen des Grundgeschäfts einer *Sale-and-Lease-Back*-Konstruktion getroffen wird, ist aufgrund der funktionell ökonomischen Merkmale des Vertrags trotz der Bezeichnung als Kauf häufig als ‚atypisches Darlehen‘ einzuordnen.

5. Für eine rechtswirksame und insolvenzfeste Übertragung von Immobilien auf die Zweckgesellschaft ist die Eintragung im Grundbuch zwingend.
6. Ein Aussonderungsrecht nach § 47 S. 1 InSO steht der Zweckgesellschaft in der Insolvenz des Refinanzierungsunternehmens nur zu, wenn sie das Eigentum an den Vermögensgegenständen erworben hat.
7. Eine Treuhand bietet *Sale-und-Lease-Back-ṣukūk* keine rechtssichere Insolvenzfestigkeit.

Ludwig Stiftl: *Takāful* zwischen juristischem Konstrukt und Versicherungstechnik: Bericht und Forschungsplan

Stiftl stellt in seinem Beitrag die islamische Versicherung (*takāful*) vor, die als Alternative zu konventioneller Versicherungstechnik entwickelt wurde (S. 169). Dafür erklärt er die relevanten Prinzipien der *ṣarīʿa* und geht auf die stufenweise Entwicklung des Modells im *fiqh* ein. Die *takāful* soll von den Rechtsgelehrten als eine *ṣarīʿa*-konforme Alternative entwickelt worden sein. Auch er geht auf die islamischen Prinzipien wie *maisir* und *ribā* ein, die u. a. bereits bei Ebert Erwähnung fanden.

Die Krux an dem Thema liege an dem sog. Risikoverbot, dem islamrechtlichen Konzept *ḡarar*. Stiftl erläutert das *Telos* des *ḡarar* und warum Versicherungen demnach verboten seien. Das *Telos* liege in der Intention, Ausbeutung in Form der Ausnutzung von Intransparenz und zum Nachteil des Vertragspartners zu vermeiden. Stiftl geht der (islam)rechtlich-dogmatischen relevanten Frage auf den Grund, ob *ḡarar* und Versicherung einander widersprechen.

Stiftl betont abschließend die Notwendigkeit der interdisziplinären Forschung im Bereich des *Islamic Finance*, um mögliche Synergien zwischen

islamischer (Rechts-)Wissenschaft und Versicherungswirtschaft nutzbar zu machen. Šari‘a-konforme Lösungen ließen sich dadurch weiter entwickeln.

Ibrahim Salama: *Waqf: Die islamische Stiftung zwischen Tradition und Moderne*

Zu guter Letzt befasst sich Salama mit den islamischen Stiftungsformen (S. 193). Er stellt dabei deskriptiv die Institution des *waqf* (Pl. *auqāf*) in den verschiedenen sunnitischen Rechtsschulen vor. Im Zuge dessen geht er auf die Grundlagen, die Voraussetzungen des Zustandekommens einer solchen Stiftung und ihre Auswirkungen ein. Des Weiteren erläutert er detailliert, an welche Bedingungen dieses Zustandekommen geknüpft ist sowie weitere Details zur Beendigung, wie das Rücktrittsrecht oder eine mögliche Befristung.

Der Konzeption des Tagungsbandes folgend untersucht er, inwiefern diese *takāful*-Stiftungsform mit dem deutschen Recht vereinbar sei und wie dieses realisiert werden könnte. Leider fallen die Ausführungen an dieser Stelle deutlich zu kurz aus. Eine Subsumtion, die man hier erwartet (vgl. bspw. bei Heckel) sucht man vergeblich und wäre aus juristischer Sicht wünschenswert. Die wissenschaftliche Translationsleistung beschränkt sich bei der reichhaltigen Literatur auf die sprachliche Ebene der Übersetzungsleistung von arabischen Passagen der AAOIFI-Standard Nr. 33.

So wird die Schlussfolgerung im Grundsatz auch eher allgemein-generell gehalten. Die Errichtung einer muslimischen Stiftung würde demnach sowohl dem deutschen Recht als auch den Anforderungen der sunnitischen Rechtsschulen entsprechen. Auch mit den AAOIFI-Standards sei dies vereinbar. Warum bisher keine muslimischen Stiftungen in Deutschland gegründet wurden, erklärt Salama zum einen damit, dass die Muslime in kleinere Gruppen zersplittert seien. Zum anderen

geht Salama davon aus, dass bestimmte Mächte im In- und Ausland – ohne diese konkret zu benennen – durch die Bildung einer solchen Stiftung in Deutschland an Einfluss auf die hier lebenden Muslime verlieren könnten, und daher dies nicht unterstützen würden.

Alles in allem vereint das Werk sehr interessante und lesenswerte Beiträge. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn das Herausgeberkollegium Kozali, Salama und Thabti stärker auf inhaltliche Konsistenz geachtet hätte. Der Tagungsband ist stark von Redundanzen durchdrungen und weist qualitative Diskrepanzen auf.

Erfreulich ist, dass ein breites Spektrum an Ansichten zum *Islamic Finance* aufgenommen worden ist. Diese reichen von durchweg positiven Einschätzungen bis hin zu Abstufungen ausdifferenzierter, kritischer Stimmen, die das *Islamic Finance* analytisch unter die Lupe nehmen. Querverweise zu ähnlichen oder abweichenden Ansichten – wie es diese Rezension an manchen Stellen an die interessierte Leserschaft herangetragen hat – hätte einen Mehrwert generieren können. Hinweise zahlreicher Beitragender, dass das Verfolgen weiterer interdisziplinärer Forschung bspw. in die Richtung wirtschafts-, versicherungs- und rechtswissenschaftlicher Ansätze wünschenswert gewesen wäre, mutet hierbei wie ein Wink mit dem Zaunpfahl an, den die Herausgeber leider nicht aufgenommen haben.

Nach intensivem Studium des Tagungsbandes verbleibt letztlich die Frage der Sinnhaftigkeit des *Islamic Finance* bzw. danach, ob es tatsächlich eine ernst zu nehmende Alternative zum konventionellen Finanzwesen ist oder es sich von der inhaltlichen Substanz her doch nur um das Gleiche in einem anderen Gewand handelt.

Vor dem Hintergrund dieses Eindrucks schließen sich dann Bedenken an, ob ein im artikulierten Selbstverständnis als traditionell ausgerichtetes Institut für Islamische Theologie das richtige

Forum für den wesensnotwendigen kritischen Austausch sein kann. In den Beiträgen war wenig von theologischer Interpretation zu lesen, vielmehr mutet das Werk stellenweise wie eine Finanzmarktanalyse an. Die rechtlichen Fragen sowohl des islamischen als auch des deutschen Rechts blenden dagegen häufig die theologische Dimen-

sion aus. Im interdisziplinären Austausch blieb der Beitrag der Vertreter der islamischen Theologie hinter denen anderer Fachrichtungen zurück.

Es drängt sich daher die Frage auf: Ist ein islamtheologisches Institut in Deutschland bereits der richtige Ort, um solche Debatten auszutragen?

Dr. Abir Haddad, Mitglied der GAIR, Leiterin der Arbeitsgruppe *Rechtspraxis* des *Jungen Netzwerks* der GAIR und Mitglied des Arbeitskreises *Islamic Finance*. Sie ist Juristin und Certified Sharia Advisor on Islamic Finance durch AAOIFI (Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions).

**Rezension zu Peter-Christian Müller-Graff (Hg.):
EU-Nachbarschaftspolitik – Nordafrika und Nahost,
Schriftenreihe des Arbeitskreises Europäische Integration e.V. 102,
Baden-Baden: Nomos 2017**

Achim-Rüdiger Börner

Die Europäische Nachbarschaftspolitik (ENP)¹ fußt auf Art. 8 EUV (Vertrag über die Europäische Union) sowie Artt. 208 ff., 212 ff. und 217 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) und wurde unter außenpolitischem Primat mit einer Mitteilung der Kommission von 2003² initiiert. Sie zielt darauf ab, einen Ring befreundeter Nachbarn im Osten und Süden³ um die EU zu bilden. Dazu gibt es einen mehrjährigen Finanzrahmen 2014 bis 2020 mit gut 15 Mrd. EUR.⁴ 2015 wurde die ENP revidiert.⁵ Sie bleibt außenpolitisches Handeln auf der Rechtsgrundlage der europäischen Verträge und hat damit erheblichen wirtschaftlichen und (rechts-)kulturellen Einfluss auf unsere südlichen Nachbarn.

Bei dem vorliegenden Band handelt es sich um einen Sammelband, der Vorträge aus der Tagung *EU-Nachbarschaftspolitik – Nordafrika und Nahost* des Arbeitskreises Europäische Integration e.V. (AEI/ECSA Germany) vereint. Die Vorträge wurden im Rahmen der Jahrestagung 2016 des Vereins am 1. und 2. Dezember 2016 in Mannheim gehalten, die „[d]en Beitrag der Europäischen Union zur Stabilisierung des Nahen Ostens und Nordafrikas“ zum Gegenstand hatte.⁶ Bei der AEI/ECSA Germany handelt es sich um die älteste und größte interdisziplinäre europawissenschaftliche Vereinigung in Deutschland und eine der größten und aktivsten Vereinigungen weltweit. Diese Vereinigung ist ein interdisziplinärer Kreis von Wissenschaftlern, die sich mit Fragen der europäischen Integration und Europapolitik beschäftigen.⁷

¹ Aktuell: Verordnung (EU) 232/2014 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 11. März 2014 zur Einrichtung des Instruments „Europäische Nachbarschaft“, EU-Amtsblatt L 77/37 vom 15. März 2014 und Verordnung (EU) 236/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2014 über gemeinsame Regeln für die Einrichtung der Instrumente der Union zur Finanzierung auswärtigen Handelns, EU-Amtsblatt L 77/95 vom 15. März 2014.

² Überblick unter eeas.europa.eu/diplomatic-network/european-neighbourhood-policy%20enp/8410/financing-enp_en und ec.europa.eu/info/policies/european-neighbourhood-policy_de (letzter Aufruf 07. 05. 2020).

³ Siehe ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/southern-neighbourhood_en; siehe auch die Initiative *Union für das Mittelmeer* aus 2008, Einzelheiten abrufbar unter ufmsecretariat.org/who-we-are (letzter Aufruf 07. 05. 2020).

⁴ Siehe oben Fußnote 1.

⁵ European Commission and High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Review of the European Neighbourhood Policy (SWD [2015] 500 final), Brussels 18. 11. 2015 JOIN (2015) 50 final.

⁶ Über diese Tagung wurde bereits an andere Stelle berichtet, siehe: M. Schweinert / C. Weber: Die Stabilisierungspolitik der EU im Nahen Osten und Nordafrika, in: *integration* 2 (2017), S. 164–168.

⁷ Weiterführende Informationen finden sich unter der Homepage der Vereinigung, aei-ecsa.de (letzter Aufruf 04. 02. 2020).

Die interdisziplinäre Zusammensetzung des AEI spiegelt sich auch im Band wider. So enthält dieser neben dem Vorwort des Herausgebers, des Vorsitzenden des Vorstands des AEI Prof. Dr. Dr. h. c. mult. P.-Chr. Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Universität Heidelberg), sechs Beiträge, die den Umbruch in der arabischen Welt aus politischer (Demmelhuber zur Arabellion) und aus soziologischer Sicht (Salah zum aufstrebenden Feminismus) untersuchen und das Gestaltungspotenzial der Europäischen Union darstellen (Stahl zu Tunesien, Nowrot zur Entwicklung der Assoziierungsabkommen, Pänke zur Stabilisierung mit dem Libanon als Beispiel, Bürgin zur Stabilisierungsfunktion der Türkei).

Drei Vorträge der Tagung sind jedoch nicht in die Publikation aufgenommen worden. Dies ist bedauerlich, da sie Themen von aktueller Brisanz ansprachen. So referierte Prof. Dr. M. R. Farzanehan (Philipps-Universität Marburg) über die Auswirkungen der Sanktionen und ihrer Aufhebung am Beispiel Irans und hob dazu für den Fall der Aufhebung der Sanktionen die vielfältigen Investitionsmöglichkeiten angesichts junger, gebildeter Generationen und für den Fall ihres Fortbestandes die Gefahr des Wechselkursverfalls hervor.⁸ PD Dr. J. Wissel (Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main) sprach über die Migrationspolitik und die Militarisierung der Grenze im Mittelmeer angesichts der Flüchtlingskrise von 2015⁹, und J. Simon (Universität Hamburg) stellte eine depolitisierte Nachbarschaftspolitik unter Verlust des bis 2015 verfolgten diskursiven Ansatzes und „ohne Schlüssel für die Zukunft“ fest.¹⁰ Ferner sei an dieser Stelle noch erwähnt,

dass der Beitrag von Prof. Dr. A. Jünemann (Universität Hamburg) über die Bedeutung des Generationen- und Geschlechterkonflikts für die Arabellion sich vor allem mit dem vordringenden Feminismus¹¹ befasste und im Tagungsband durch den o. g. Beitrag von Dr. H. Salah ersetzt wurde. Keinen unmittelbaren Widerhall im Tagungsband erfuhr zudem die Diskussion, die sich an die Vorträge der Tagung anschloss und sich mit der Vorgabe in Art. 3 Abs. 5 und Art. 21 EUV zur Stabilisierung der Nachbarn auseinandersetzte.¹²

Die Beiträge des Tagungsbandes, die alle mit umfangreichen Literaturverzeichnissen versehen sind, sind durchweg mit interessanten Aspekten bestückt. Im Einzelnen wurde die Thematik aus den nachfolgenden unterschiedlichen Perspektiven beleuchtet:

1) **Thomas Demmelhuber**, Lehrstuhlinhaber für Politik und Gesellschaft des Nahen Ostens an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, beschaut den Nahen Osten im Lichte der arabischen Umbrüche (11 S.). Nach kurzem geschichtlichem Überblick sieht er eine neue Zäsur in der Invasion des Irak mit Koalitionstruppen 2003, an die sich ein Sammelsurium von Veränderungen anschließe, das in der Forderung nach mehr Rechtmäßigkeit gründe. International habe der amerikanische Zick-Zack-Kurs um 2013 ein Machtvakuum geschaffen, in dem Russland Raum finde. Regional habe dieses Vakuum hegemoniale Aspirationen von Saudi-Arabien, Iran und der Türkei zugelassen. National gebe es eine ergebnisoffene Suche nach neuen, dauerhaften politischen Ordnungen, nachdem der jeweilige Staat in seinen Kernfunktionen der Ordnungsbildung und

⁸ Vgl. Schweinert/Weber: Die Stabilisierungspolitik der EU, S. 165 f.

⁹ Ibid., S. 166.

¹⁰ Ibid., S. 167 f.

¹¹ Ibid., S. 165.

¹² Ibid., S. 168.

Wohlfahrtsbeförderung versagt habe. Allerdings bleibe der Nationalstaat als anerkanntes Völkerrechtssubjekt die politische Ordnungskategorie, wenn auch mit variierend starken Dysfunktionalitäten. Die 2016 festgelegte EU-Strategie bilateral angepasster Zuschnitte in der Nachbarschaftspolitik dürfe weder zu normativer Erblindung noch zu Unklarheiten darüber führen, wofür die EU stehe. Dem ist in seiner Analyse und Allgemeinheit zuzustimmen.

2) **Hoda Salah** vom Orientalischen Seminar der Universität zu Köln betrachtet die sozio-politische Dimension des arabischen Umbruchs als Folge akuter Generationen- und Geschlechterkonflikte am Beispiel der islamischen Bewegung in Ägypten (30 S.). Es entstünden neue Generationsverträge, alternative Männlichkeitsvorstellungen, neue Geschlechterleitbilder und neue sexual-moralische Ordnungsvorstellungen mit emanzipatorischen Potenzialen, und zwar in der gesamten Gesellschaft einschließlich ihrer muslimischen und islamistischen Strömungen. Das neue Bild der Gesellschaft sei vor allem durch die Emanzipation der Frauen mit den Schwerpunkten Sexualität, Familie und selbstbestimmtes Leben gekennzeichnet. Dem hätten sich auch die Muslimbrüder wie auch die Salafisten in Ägypten nicht entziehen können. Sie untermauert ihre Thesen in den Kapiteln *Frauen als Aktivistinnen und ihr sichtbares Zeichen* (gemeint: die Verschleierung), *Die Muslimschwester und ihre Rebellion gegen die Dominanz der Männer*, *Salafistinnen – vollverschleiert und sichtbar*, *Al-Wasat*, *Multiplikatorinnen: die Mitte als Idee*, *Islamistinnen liberalisieren die Sexualität?* mit Hinweis auf einschlägige TV-Sendungen und *Islamistinnen als Teil des Wandels der sexuellen Ordnung*, um dann mit dem Kapitel *Politische Partizipation zwischen*

Emanzipation und Konservativismus abzuschließen. Das neue Selbstbewusstsein der Frauen gründe auf ihrer besseren Ausbildung und der Vernetzung durch die neuen Medien. Die Unterstützung des Militärputsches sei auch deshalb so groß gewesen, weil die egalitäre Verfassung der Diskriminierung der Frauen gemäß dem Leitbild der Muslimbrüder entgegengetreten sei.

Meines Erachtens geht das nicht nur auf von Frauen getragene und gelebte Tendenzen zur Befreiung der Frau zurück, sondern vor allem auf die bisherige Enttäuschung der wirtschaftlichen und demokratisch-rechtsstaatlichen Erwartungen der jungen Generation und ihr damit verbundenes neues Gesellschaftsbild, wie es der amerikanische Präsident Barack Hussein Obama II in seiner Rede *A New Beginning* vom 4. Juni 2009 in der Universität von Kairo vorgezeichnet hat,¹³ und zwar auf der Grundlage verbesserter und gesellschaftsbreiter Bildung und mittels der potenzierten weltweiten, gesellschaftlichen Kommunikation und Kooperation durch Internet und Mobilfunk.

3) **Bernhard Stahl**, Politikprofessor an der Universität Passau, erläutert die Reaktion der EU auf die Arabellion am Beispiel Tunesiens (14 S.). Seine These ist, die EU belohne die Falschen und finde die Richtigen nicht: Die Wissensverbreitung und das individuelle Streben nach Anerkennung fungierten, so Stahl, als Treiber der Demokratie, wie Francis Fukuyama es in *Das Ende der Geschichte* 1992 beschrieben habe. *Rent-seeking societies* bekämen ein Problem, wenn die Bevölkerung stärker wachse als die Wirtschaft. Das habe zum Arabischen Frühling bzw. zur Arabellion geführt, eine Entwicklung in unmittelbarer Nachbarschaft, die die EU gleichsam überrumpelt habe. Dies sei trotz ihren drei Instrumenten – nämlich

¹³ Die Rede ist auf den Seiten des Weißen Hauses nachlesbar unter [obamawhitehouse.archives.gov/the-press-](http://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/remarks-president-cairo-university-6-04-09)

office/remarks-president-cairo-university-6-04-09 (letzter Aufruf 04. 02. 2020).

den MEDA¹⁴-Projekten der Kommission zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit und Zivilgesellschaft im *top-down*-Ansatz, der European Initiative for Democracy and Human Rights zur Stärkung der NGOs im *bottom-up*-Ansatz und der Gemeinsamen Sicherheits- und Außenpolitik (GASP) – erfolgt. Die European-Mediterranean Association Agreements hätten zwar die Achtung demokratischer Prinzipien, der Menschenrechte und der Rechtsstaatlichkeit zur Erlangung wirtschaftlicher Vorteile durch Öffnung des EU-Binnenmarkts verlangt, aber die negative Konditionalität sei nie strikt durchgesetzt worden. Die EU habe sich in Libyen, Bahrein, Syrien, Ägypten und im Jemen auf rhetorische Forderungen im Nachhinein und in Tunesien im Wesentlichen auf nachträgliche Finanzierungshilfen und Hilfen im Sicherheitssektor beschränkt. „Kurzfristige Realpolitik dominiert langfristige Demokratisierungspolitik.“¹⁵ Die Lage in Tunesien lasse sich mit der *cleavage theory* analysieren, die auf folgende Konfliktlinien abstelle: Zentrum gegen Peripherie, Kirche gegen Staat, Stadt gegen Land, Kapital gegen Arbeit. Sie lasse erkennen, dass es – anders als es die EU fokussiere – auf die Lage im ländlichen Hinterland mit religiösem Konservatismus bei den Alten und großer Arbeits- und Perspektivlosigkeit bei den Jungen mehr ankomme als auf die Lage in den aufgeklärten Städten. Hier entscheide sich die Zukunft der europäischen Nachbarschaft.

Meines Erachtens ist diese Analyse nur teilweise zutreffend und zwar aufgrund folgender Gesichtspunkte: a) Tunesien ist und war keine *rent-seeking society*, es fehlen die Bodenschätze; b) der Autor übersieht die erhebliche Wirkung neuer Arbeitsplätze auf die Binnenmigration; c) entscheidend ist, dass aa) das Wirtschafts- und damit das

Beschäftigungswachstum hinter dem Bevölkerungswachstum zurückgeblieben war und bb) die Erwartungen einer zunehmend gebildeteren Jugend zu tief enttäuscht wurden; d) der Unmut hat sich vorrangig an den schlechten Lebensumständen und erst nachrangig an wirtschaftlichen und faktischen Ungleichheiten sowie beschränkter Rechtsstaatlichkeit und fehlender Mitwirkung festgemacht. Damit teile ich auch die Folgerungen von Bernhard Stahl nur eingeschränkt: a) An die moderne Staatlichkeit sind wirtschaftliche Erwartungen geknüpft, und die dürfen nicht enttäuscht werden, wenn die rechtstaatliche Demokratie erfolgreich bleiben soll; b) dies erfordert Investitions- und Innovationsförderung und den Verzicht auf Abkommensbestandteile, die Tunesien eine wirtschaftliche Öffnung zugunsten von EU-Gütern und -Dienstleistungen vorschreiben, die der Beschäftigung in Tunesien schaden. Vor allem zum Schutz seiner Landwirtschaft und KMU (kleine und mittlere Unternehmen) vor EU-Importen hat Tunesien das Assoziierungsabkommen der dritten Generation, das als umfassendes Freihandelsabkommen gestaltet ist und damit die wechselseitige, fast vollständige Marktöffnung vorschreibt, zwar unterzeichnet, aber aus Sorge vor der Konkurrenz aus der EU und insbesondere auch aus Frankreich noch nicht ratifiziert und in Kraft gesetzt.

4) **Karsten Nowrot**, Professor für Öffentliches Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Hamburg, untersucht das Stabilisierungspotenzial der Handels- und Assoziierungsabkommen der EU mit den Ländern Nordafrikas und des Nahen Ostens (42 S.). Er ruft zunächst allgemein die mehrdimensionalen Motive für den Abschluss

¹⁴ *Mesures d'accompagnement financières et techniques* (Finanzielle und technische Begleitmaßnahmen).

¹⁵ Bernhard Stahl: Die Reaktion der EU auf die Arabellion – das Beispiel Tunesien, im besprochenen Band, S. 51–64 (56).

und die daraus resultierenden multiplen Effekte von regionalen völkerrechtlichen Wirtschaftsintegrationsvereinbarungen in Erinnerung und beschreibt dann die Entwicklung und den aktuellen Bestand solcher Abkommen der EU mit den Ländern des Mittelmeerraums. Nach der ersten Generation von Abkommen um die 60er Jahre unter dem Fokus *trade only* sei die zweite Generation zur Mitte der 70er Jahre umgeschwenkt in *development policy only* und die dritte Generation in den 90er Jahren von den Überschriften „Neue Mittelmeerpolitik“ und Europa-Mittelmeer-Partnerschaft“ geprägt. Letztere sei ferner durch den Höhepunkt der Barcelona-Konferenz von 1995 unter dem Titel *trade and policy* mit den sogenannten ‚Körben‘ a) Politische und Sicherheitspartnerschaft, b) Wirtschafts- und Finanzpartnerschaft und c) Partnerschaft im sozialen, kulturellen und menschlichen Bereich versehen worden. Umfängliche Abkommen der dritten Generation gebe es nur mit Tunesien, Marokko, Jordanien, Ägypten und dem Libanon. Ihr Ziel sei eine Stabilisierung der Verhältnisse insbesondere auch im Sinne von Rechtssicherheit, wobei zwischen einer kalten Stabilisierung eines *status quo* und einer dynamischen Stabilisierung durch (rechtsnormativ gefärbten) Wandel zu unterscheiden sei. Die dynamische Stabilisierung betreffe vor allem die Förderung von Menschenrechten, Rechtsstaatlichkeit und Demokratisierung. Mangels Aktivierung durch die EU habe diese weitergehende Funktion allerdings noch keine Steuerungswirkung gezeigt. Die dynamische Stabilisierung gebe es allerdings auch im Bereich des Handels: Während bereits die ersten Abkommen den Binnenmarkt geöffnet hätten, gehe es jetzt auch um die Öffnung der Märkte der Partnerländer zugunsten von EU-Produkten, allerdings ohne dass diese Marktöffnung durch umfassende Liberalisierungsschritte auf dem Agrarsektor im Interesse der Partnerstaaten gleichsam ausgeglichen werde. So seien die Exporte der EU

um ca. 30 % gestiegen und die der Partnerländer auch nicht annähernd entsprechend gewachsen, so dass dort auch die erwarteten politischen *spill-over*-Effekte ausgeblieben seien.

Dieser Analyse ist meiner Ansicht nach voll zuzustimmen. Allerdings ist die Unausgewogenheit der Handelsbilanzen auch darauf zurückzuführen, dass die Partnerländer im *status quo* verharrten, statt aktiv – notfalls auch über staatliche Lenkung von Investitionsströmen – ihre natürlichen Vorteile z. B. für den Tourismus und ihre Innovationskraft für neuartige Agrarprodukte (z. B. Marken mit Direktvertrieb und hochwertige Produkte aus zertifiziertem Bio-Anbau) oder auch andere eigene Produkte (z. B. im IT-Sektor) auszuspielen.

Karsten Nowrot wirft dann, weiterführend, einen Blick in die Zukunft, wie der neue Lissabon-Vertrag sie ermöglicht: Die Abkommen seien in die übergreifenden Grundsätze und Ziele (Art. 21 EUV) einzubeziehen. Das sei keine unzulässige Politisierung der Handels- bzw. Nachbarschaftspolitik, sondern die Vertragsbindung der EU-Organen (gemäß Art. 8 und Art. 2 EUV). Eine vierte Generation von Kooperationsverträgen müsse sich um die Verwirklichung eines progressiven Stabilisierungspotenzials bemühen.

Dem ist meines Erachtens zuzustimmen, auch wenn derzeit noch die Notwendigkeit der Abwehr von Migrationsströmen im Vordergrund der Nachbarschaftspolitik steht. Mit der Verlagerung des Schwerpunkts von GASP-Abwehrmaßnahmen in die Ursprungsländer von Migration sollte sich mittel- und langfristig Karsten Nawrots perspektivische Forderung realisieren lassen.

5) **Julian Pänke**, Politikdozent der University of Birmingham, wirft die Frage auf, ob die Europäische Nachbarschaftspolitik ein geeignetes Stabilisierungsinstrument der EU ist, und untersucht dies vor allem am Beispiel des Libanon (25 S.). Anstatt gemäß den Zielen der ENP die benachbarten Staaten in eine Sphäre westlich-liberaler

Demokratie und Marktwirtschaft zu transferieren, sei die EU nunmehr 15 Jahre später umgeben von Krisen. In nur fünf Jahren – zwischen 2011 und 2015 – scheine sich der Handlungskontext der ENP fundamental gewandelt zu haben. Anfänglich sei sie vom normativen Anspruch (betreffend Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Friedenswahrung und Achtung der Menschenrechte)¹⁶ geprägt gewesen, aber der Ansatz sei im Wesentlichen gescheitert. Die Idee, dass Europa eine exklusive Zivilmacht sei, werde einer sich entwickelnden Wirklichkeit nicht gerecht. Seither bestimme eine realistisch-pragmatische Politik die ENP, in der es um die Interessen der EU vor allem zu Migration, Staatsgrenzen und Energiesicherheit gehe. Das Spannungsverhältnis zwischen langfristig normgeleiteten und kurzfristig interessengeleiteten Komponenten der ENP sei zwar nicht aufzulösen, aber dieser Widerspruch sei in Wirklichkeit weniger scharf. Die Außenpolitik der EU lasse sich nun von einem auf Grundsätzen beruhenden Pragmatismus leiten und setze die ENP ein als Instrument – einerseits zur Stabilisierung der Nachbarschaft (sog. *milieu-shaping*), was sie durch nachbarschafts-individuelle Mischung der *3M* (*money, markets, mobility*) verfolge, und – andererseits zur identitätsstiftenden und legitimierenden Selbstdefinition der EU als einer Wertegemeinschaft, die aus vier Integrationszonen mit unterschiedlichen Pfaden bestehe, nämlich der Kernzone (EU-15), der EU mit den neuen Mitgliedern (EU-28), dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und der ENP-Zone.

Julian Pänke analysiert dann die stabilisierende Wirkung der ENP am Beispiel des Libanon und stellt fest, dass die ENP in vielerlei Hinsicht hinter ihren Möglichkeiten zurückgeblieben sei. Daher fällt seine Antwort auf die Frage, ob die ENP stabilisierend wirke, verhalten positiv aus. Er emp-

fehlt, die ENP solle sich ihrer limitierten Finanzressourcen bewusst sein und die Erwartungshaltungen dämpfen, den Normenexport und den Modernisierungstransfer verstärken und die EU-identitätsstiftende Wirkung mehr im Blick behalten. So könne die ENP ihre Doppelstrategie von norm- und interessengeleiteter Politik beibehalten.

Dieser Analyse ist aus meiner Sicht zuzustimmen.

6) Schließlich widmet sich **Alexander Bürgin**, Politikprofessor an der Wirtschaftsuniversität Izmir (İzmir Ekonomi Üniversitesi), der Frage, ob die Türkei trotz wachsender Distanz ein Stabilisierungspartner der EU bleibt (20 S.). Zunächst macht er die wachsende Distanz zwischen der EU und der Türkei insbesondere an der beiderseits wechselnden Politik zur Frage des Beitritts der Türkei als Vollmitglied oder in privilegierter Partnerschaft fest. Ein wichtiger Stolperstein sei die Zypernfrage, ferner sei mit dem Umbau der Türkei in ein Präsidialsystem die Distanz – auch in der öffentlichen Meinung in der EU – weiter gewachsen. Angesichts der starken wirtschaftlichen Verflechtung und der Notwendigkeit des Flüchtlingsabkommens von 2016 hält Alexander Bürgin eine Aussetzung der Beitrittsverhandlungen und die sich damit vertiefende Kluft zur Türkei für außenpolitisch inopportun. Ansonsten fehle eine belastbare Alternative zur Kooperation mit der Türkei und steige das Gefährdungspotenzial der Türkei als Regionalmacht. Vom Beitrittsprozess habe auch die Zivilgesellschaft in der Türkei profitiert, insbesondere vom Civil Society Dialogue Programme von 2008. Weitere Handlungsfelder seien die Modernisierung der Zollunion, von der beide Seite sehr profitierten, der Wegfall von Handelsbeschränkungen, die Energiepolitik, die Zypernfrage und die Zusammenarbeit in der Außenpolitik. Für die Türkei sei ein Bruch mit Europa nicht nur wirtschaftlich sehr nachteilig, sondern auch mit zu-

¹⁶ In dieser Reihenfolge der Autoren, wobei man meines Erachtens eher in umgekehrter Reihenfolge listen müsste.

sätzlichen Risiken behaftet, zumal Russland kein langfristig verlässlicher Partner sei. Eine zunehmend binnendifferenzierte EU solle die Flexibilitäten zur Einbindung der Türkei nutzen.

Zu wichtigen Begründungen der Empfehlungen von Alexander Bürgin wissen wir heute mehr:

- Die Bedeutung der wirtschaftlichen Verflechtung mit der EU sinkt für die Türkei angesichts großer arabischer Kapitalimporte und ihrer zunehmenden Verflechtung nach Osten, insbesondere zu den Turkvölkern.
- Während der Blick auf die damalige Lage in Syrien bzgl. der regionalen Ambitionen der Türkei noch beruhigte, weisen die neuen Interventionen an der syrischen Grenze und in Libyen in eine andere Richtung.
- Die Türkei stellt sich mit den Gasleitungen als *energy hub* auf und verfolgt Explorationsinteressen im südöstlichen Mittelmeer (um Zypern und bei Israel).
- Die Türkei sucht in allen vorgenannten Aspek-

ten die Zusammenarbeit mit Russland.

- Die Türkei nutzt das Flüchtlingsproblem zu Lasten einer nicht einigen EU.

Damit kommt ein neuer Aufsatz zu den Kernalternativen „Einfrieren oder Konflikt“.¹⁷

Demgegenüber ist Alexander Bürgins Folgerung und Aufruf differenzierend diplomatischer und meiner Ansicht nach zukunftsweisender, nämlich den NATO-Partner Türkei stärker einzubinden, indem man bestehende Kooperationen vertieft und neue Kooperationsfelder findet.

Dies führt zum abschließenden **Fazit** dieser Rezension: Der Sammelband enthält fundiert recherchierte und mit zahlreichen Belegen versehene Beiträge vor allem zu Nordafrika,¹⁸ die wichtige Anregungen für die künftige ENP geben und sehr helfen, die heutige Lage¹⁹ und die morgigen Perspektiven²⁰ zu bestimmen. Es empfiehlt sich für alle Akteure der ENP, d. h. der EU wie auch ihre Nachbarn, sich mit den Beiträgen des Sammelbandes vertieft auseinander zu setzen.

Dr. Achim-Rüdiger Börner ist Gründungs- und Kuratoriumsmitglied der GAIR. Er praktiziert als Rechtsanwalt in Köln.

¹⁷ P. Morillas / M. J. Sölmén / A. Ünver: Die Beziehung zwischen der Europäischen Union und der Türkei in einem stürmischen globalen Umfeld, in: *integration* 1 (2018), S. 5–25; siehe auch den Tagungsbericht A. Nötzold: Eine schwierige Partnerschaft – die Türkei und die Europäische Union, in: *integration* 4 (2017), S. 332–337.

¹⁸ Die Beziehung zu Nordafrika und dem Nahen Osten ist ausgeblendet bei B. Lippert: Die EU und ihre Nachbarschaftsbeziehungen: Etablierte Assoziierungsmodelle und neue Grundformen, in: *integration* 2 (2019), S. 83–89; sie sieht vor allem im Osten ein Vordringen von Bilateralismus und Teilintegration. Neuer zur ENP für den Maghreb: I. Fernández-Molina: The European Neighbourhood Policy and EU-Maghreb Relations, in: *The Routledge Handbook on the European Neighbourhood Policy*, hrsg. von T. Schumacher, A. Marchetti und Th. Demmelhuber, Abingdon, N. Y. 2018, S. 324–335.

¹⁹ A. Wetzel: 15 Jahre europäische Nachbarschaftspolitik – Eine Bestandsaufnahme, in: *integration* 2 (2019),

S. 158–163 bespricht insbesondere S. Blockmans kritische Analyse der gesamten ENP: *The Obsolescence of the European Neighbourhood Policy*, CEPS Research Paper, Brussels 2017, abrufbar unter [www.ceps.eu/download/publication/?id=10266pdf=Blockmans-Obsolescence of the European Neighbourhood Policy.pdf](http://www.ceps.eu/download/publication/?id=10266pdf=Blockmans-Obsolescence%20of%20the%20European%20Neighbourhood%20Policy.pdf) (letzter Aufruf 07.05.2020). Blockmans bemängelt, dass auch nach der Reform der ENP von 2015 eine unabhängige Vision für die Nachbarn fehle: In eurozentristischer Sicht missachte die EU die strategischen Interessen der Nachbarn, übernehme die Wege zur EU-Erweiterung, obwohl eine Beitrittsperspektive für die Nachbarn fehle, fasse die Nachbarn nach geographischen Regionen statt nach dynamischen funktionell-sektoriellen Kriterien zusammen und habe keine Instrumente zur Reaktion auf gewaltsame Konflikte.

²⁰ Wetzel: 15 Jahre europäische Nachbarschaftspolitik, S. 161 und 163: Es gehe nur noch um nüchterne Realpolitik, obwohl die ENP im Zentrum eines sich entwickelnden außen- und sicherheitspolitischen Rahmens stehe.

TAGUNGSBERICHTE / CONFERENCE REPORTS

Conference Report: The Politics of Law and the Judiciary in Contemporary Iran, Aga Khan University (London), December 4, 2018

Hadi Enayat & Mirjam Künkler

The conference, held on 4 December 2018, took place in preparation of the publication of a volume under contract with Cambridge University Press on the rule of law and the politics of the judiciary in post-revolutionary Iran. Speaking to the theoretical literature on law in non-democratic environments, the volume aims to elucidate what functions law fulfils in the Islamic Republic of Iran, how these functions differ from one area of law to another, how they have evolved over time, and whose constituencies the law tends to serve best in what circumstances.

The conference was convened by **Hadi Enayat** (Aga Khan University, AKU) and **Mirjam Künkler** (Swedish Collegium for Advanced Studies, SCAS) and took place in the newly built Aga Khan Centre in London's King's Cross. It was attended by approximately 60 people from across the United Kingdom, comprising academics, students, lawyers, human rights activists, and diplomatic staff.

The organizers opened the conference with an outline of different notions of the rule of law and the theoretical considerations driving the book project. They discussed the framework of different functions of the law and courts in authoritarian environments, including that proposed by Tamir

Moustafa and Tom Ginsburg,¹ and the *lacunae* in the Iranian Studies literature regarding the uses and abuses of codified Islamic law in different areas of the law, ranging from family, commercial to constitutional law, and the organization and functioning of different parts of the judicial system.

Six authors then presented their papers, followed by discussion with co-contributors and the audience. **Laura-Lauren Goudarzi-Gereke** (University of Göttingen) presented a chapter on *Iranian Shī'ī Family Law and Current Approaches to Family Law in Other Parts of the Shī'ī World*. The paper explored how Iranian family law was codified following the Shī'ī (Ja'fari)² School of jurisprudence and is applied today, and how Shī'ī *fiqh* relates in practice to other sources of law, such as the Civil Code and the Family Protection Act. The paper raised the question of how independent legal reasoning (*ijtihād*) by qualified scholars as a main concept of Shī'ī legal thought can or cannot be aligned with the idea that codified law reigns supreme over non-codified law, asking “should Shī'ī family law be codified at all,” and if so, who is qualified to legitimately do so? Discussing different approaches to the question, the paper compared the Iranian situation with recent approaches

¹ Tamir Moustafa / Tom Ginsburg: *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge 2008.

² Following the explicit wish of the authors, this contribution follows the IJMES rules for transcription.

in other parts of the Shi'ī world, such as Bahrain and Iraq, where different exclusively Shi'ī personal status draft laws have been put forward, occasionally meeting strong objections by government staff and/or religious scholars. Goudarzi-Gereke argued that within the analyzed range, the Iranian model is one of those coming closest to adhering to what can be considered rule of law in the realm of family law.

Saeid Golkar (University of Tennessee) presented a paper entitled *Law Enforcement and the Judiciary in Post-Revolutionary Iran*, focusing on the police and other law enforcement agencies. Mapping the transformation of the police force and the security sector since the 1979 revolution, Golkar highlighted the tensions and overlapping jurisdictions between the different law enforcement agencies and units. Golkar also discussed the different mandates and goals of the police and argued that the security mission had expanded alongside the police's disciplinary and religious morality mission, especially so since the disputed 2009 elections after which the police heavily focused on anti-protest strategies. To maintain social and political order, the Islamic Republic has taken several measures, such as the expansion of its law enforcement, the establishment of several special forces for crowd control and anti-riot missions, and heavy investment in the training and equipment of these forces to be prepared for cases of mass uprisings. To prepare its personnel for security missions, the police force has also dramatically intensified its ideological programs for the indoctrination of its members. The authorities have made changes to recruitment by shifting the focus towards more conservative parts of society, especially from amongst the voluntary reserve force, the *Basij-e Mostaż'afin*. Golkar argued that these two elements combined have led to increasing estrangement between the police and society, and increased societal resentment towards the police.

He also suggested that despite some attempts at reform, Iran's various police forces are still not consistently subject to the rule of law, nor are they sufficiently accountable to elected institutions.

The paper by **Anna Enayat** (Oxford) dealt with *Prisons and Prisoners in the Islamic Republic of Iran*. The 1979 revolution led to the construction of a penal system ostensibly based on Islamic principles which placed an emphasis on restitutive and (and to a lesser extent restorative) justice rather than incarceration. This was tied to an Islamic philosophy of punishment articulated by Khomeini and other senior clerics about the swift and efficient nature of Islamic penal justice with its emphasis on corporeal punishments as opposed to the socially detrimental effects of imprisonment. Whilst the incarceration rate after the revolution has waxed and waned, it has overall been consistently high – higher than under the Pahlavi monarchy – and often at the higher end of the scale in global comparative terms. At the same time, the Islamic Republic has not managed to maintain the requisite prison capacity to accommodate such high numbers of prisoners, leading to severe problems with overcrowding. The paper discussed the reasons for the relatively high incarceration rate since the revolution and the government's attempts to deal with the problem of overcrowding. Causes of prison overcrowding include the very high numbers of drug offenders and the problem of limited prison capacity due to recent budget cuts. The paper also looked briefly at ways in which the government has tried to ameliorate the problem of overcrowding.

Mirjam Künkler (SCAS) presented a paper on the development of the Bar Association since the revolution. The Bar Association was dismantled in the 1980s but rose from the ashes during the re-construction period under President Rafsanjani (1989–1997) when it attempted to re-assert itself as the primary institution for the licensing of

lawyers. Expectedly, this attempt met with fierce resistance from officials inside the judiciary who had built up alternative training and recruitment programs for future lawyers and judges. Nevertheless, they were not able to replace the bar association entirely and to date no head of the judiciary has succeeded in closing it down once and for all. The chapter suggested that ever since the early 2000s, the bar association has been a pawn in the internal contestations between those forces aiming to strengthen the independence of the judiciary, and those insisting that the Islamic character of the regime demands the judiciary's subservience to the authority of the Supreme Leader and his appointees. Künkler argued that the institution of the bar association and its independence from the judicial branch of power is a key pillar of any rule of law state. The independence of lawyers and judges and their professional integrity hinges on training and licensing programs that are shielded from political interference and instrumentalisation. Where political elites have the power to interfere with the certification of lawyers and inject political considerations into the decision-making process of who can and who cannot join the bar, the legal profession is at risk of becoming subservient to political power and, ultimately, at becoming a tool of authoritarian rule.

The paper by **Emad Tabatabaei** (Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg) focused on the state regulation of the economy since the revolution, especially as it regards property rights and trade law. Tabatabaei discussed different legal instruments that were created in the 1990s to attract foreign investment despite the constitutional prohibition for foreigners to own assets in Iran. Two challenges in this regard were the far-reaching limits on the type of contracts that were legalized (production sharing contracts were, for example, implicitly prohibited), and the short time frames for which

these were formalized. Tabatabaei also discussed the 1997 International Commercial Arbitration Law which was designed to pave the way for Iran to join the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Iran's lack of adherence to international dispute settlement procedures and transparency mechanisms continues to impede the country's ability to join international conventions securing property rights and international trade. In this connection, Tabatabaei also discussed legal instruments created as part of the JCPOA³ and the government's reactions in the area of legal policy to President Trump's unilateral withdrawal from the agreement.

Silvia Tellenbach (Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg) presented a paper on the reform of Iran's penal code. In the summer of 2013, a new Penal Code came into force, the first permanent one of its kind in so far as all previous reforms had been passed as temporary measures. One can conclude that it took the Islamic Republic 24 years to thoroughly Islamize its criminal law. Tellenbach noted that while rules in the areas of *ḥadd*, *qiṣās*, and *diyya* are regarded as divine law that cannot be altered or abolished, they have been the subject of interpretation, and Islamic legal scholars have often restricted the applicability of *ḥadd*, for example regarding theft where the punishment of amputating a thief's hand is seldom reported and appears to have been applied only very rarely. She also noted that the Iranian legislation on penal law has relied in specific areas on minority opinions in legal justification if deemed opportune. Furthermore, the texts of *ḥadd*, *qiṣās*, and *diyya* are sometimes embedded in other rules of substantive or procedural law in such a way that the aim of limiting the harshness of punishments can be realized while formally remaining true to Islamic legal traditions. This was done, for example, concerning criminal responsibility of juveniles, and

³ Joint Comprehensive Plan of Action.

in the law of evidence. Finally, Tellenbach noted that a certain pragmatism was accepted in Iranian penal law today, and norms were tacitly regarded as being consistent with Islamic principles as long as nobody contested them. Audience members pointed out, however, that the limits on the harshness of punishments were often not applied by judges or applied very inconsistently.

The discussions at the conference profited not only from the high quality of the papers and the strong empirical focus on *lacunae* in the extant literature in different areas of law in contemporary Iran, but also the insightful comments and questions from a very well-informed audience.

Dr. Hadi Enayat, Aga Khan University, London

Prof. Mirjam Künkler, Swedish Collegium for Advanced Studies, Uppsala

Tagungsbericht: *Islamic Family Law in Europe and the Islamic World*, Symposium am Schloss Herrenhausen (Hannover), 25.–27. September 2019

Mouez Khalfaoui

Das internationale Symposium *Islamic Family Law in Europe and the Islamic World* fand in Kooperation zwischen dem Zentrum für islamische Theologie in Tübingen (organisiert von Mouez Khalfaoui) und der Universität Oxford (organisiert von Justin Jones) vom 25. bis zum 27. September 2019 im Schloss Herrenhausen in Hannover statt.

Das Symposium hatte die Interaktion zwischen der islamischen Welt und Europa in Bezug auf die Interpretation und Implementierung des islamischen Familienrechts sowie die Herausforderungen dieses Themas in beiden Kontexten zum Gegenstand. So wurden die spezifischen Dynamiken des islamischen Familienrechts diskutiert, welche von Themenbereichen der Eheschließung und Scheidung über Mediation bis hin zu den jeweiligen Erfahrungen auf dem Gebiet der Gesetzgebung bezüglich der Fragen des islamischen Familienrechts reichten. Hierzu wurden vergleichende Studien zwischen Europa und der islamisch geprägten Welt dargestellt. Dabei standen folgende Themen im Fokus der Konferenz: der aktuelle Stand in Bezug auf die Implementierung des islamischen Familienrechts, die Interaktion zwischen Europa und dem Nahen und Mittleren Osten, die Implikation von Migration, die Herausforderung des islamischen Rechts an die europäischen Gesetzgebungsentwicklungen sowie die Herausforderung europäischer, als säkular perzipierter Rechtsordnungen im Umgang mit islamischen Rechtskonzeptionen. Außerdem wurden die Positionen von muslimischen religiösen Institutionen und Gelehrten bezüglich des islamischen Familienrechts sowie die neuen Bemühungen vorgestellt, dieses zu reformieren und anzupassen.

Nicht zuletzt fand auch die Rolle der in Europa neu entstandenen islamischen Theologie als aufkommende akademische Disziplin und die Beziehung dieses Fachs zu anderen benachbarten Fächern, die sich mit dem Thema der Konferenz beschäftigen, Berücksichtigung.

Für die Auseinandersetzung wurden drei Formate gewählt: Panels, Podiumsdiskussionen und Workshops. Auf den drei Panels wurden die Ergebnisse einzelner Forscher*innen vorgestellt, die anschließend diskutiert wurden. Auf den beiden Podien wurden die Themenstellungen zur Modernisierung des islamischen Familienrechts, zum Forschungsbedarf sowie zur aktuellen Debatte um die Gleichberechtigung behandelt. Die vier Workshops widmeten sich der vertieften Befassung mit einzelnen Themen.

Das **erste Panel** war der Darstellung der Situation des islamischen Familienrechts in muslimischen Mehrheitsgesellschaften gewidmet. Hierbei wurden zwei Staaten betrachtet, Ägypten und Marokko. Es sprachen Karima Nour Aissaoui (Universität al-Qarawīyīn) und Muhammad El Sayed (Al-Azhar-Universität, Kairo).

Karima Nour Aissaoui sprach über den aktuellen Stand der Debatte in Bezug auf die *Mudawwana*, das marokkanische Familienrecht. Die *Mudawwana* ist 2004 in Kraft getreten und aktuell werde sehr intensiv über eine Aktualisierung bzw. Anpassung dieses Rechts debattiert, insbesondere seitens Frauenbewegungen und Menschenrechtsaktivist*innen. Das Plädoyer für Reformen werde dabei mit den gegenwärtigen gesellschaftlichen Entwicklungen begründet. Die *Mudawwana* solle u. a. die Polygamie und die Ehe mit Minderjähri-

gen reduzieren; die dort ergriffenen Maßnahmen seien Menschenrechtsaktivist*innen zufolge allerdings nicht ausreichend und sollten noch verstärkt werden.

Muhammad El Sayed sprach über die Auseinandersetzungen zum islamischen Familienrecht zwischen den politischen Machthabern und religiösen Autoritäten in Ägypten. Hierbei stelle sich die Frage, ob und inwieweit die Azhar als religiöse Institution den Forderungen der Politik nach einer schnellen Anpassung des klassischen islamischen Scheidungsrechts nachgehen könne, denn die gängige Scheidungsart nach der sunnitischen Lehre sei das Verstoßen der Frau durch den Mann. Dieses Vorgehen erfolge ausschließlich mündlich und würde daher zuweilen wenig reflektiert vollzogen. In Zukunft solle nach Vorstellung der politischen Machthaber die Scheidung schriftlich und von einer juristischen Instanz bestätigt werden. Damit ginge die Hoffnung einher, dass sich die Scheidungsrate reduziere. Mit diesem Ansatz sei die Frage nach der Kompetenz religiöser Institutionen unter dem Blickwinkel der Ausrichtung eines authentischen Rechtswesens im Spannungsverhältnis religiöser und staatlicher Autorität bedenklich. So würde man zwar Institutionen wie der Azhar-Universität eine normativ-religiöse Legitimität zuschreiben, es sei jedoch fraglich, ob und inwieweit sie Einfluss auf Rechtsentwicklungen nehmen könne. Die Debatte um diese Frage zeige, dass religiöse Institutionen (wie die Azhar) manchmal aus Sorge vor Instrumentalisierung politischer Akteur*innen in der breiteren Öffentlichkeit eine eher konservative Position verträten, obwohl in ihrer Binnenstruktur zunehmend progressive Positionen aufkommen würden.

Im **zweiten Panel** wurde die Diskussion vertieft und weitere Kontexte mit einbezogen. Von besonderer Bedeutung waren die beiden Vorträge von Yüksel Sezgin (Syracuse University) und Rajnaara Akhtar (De Montfort University). Yüksel Sezgin präsentierte in seinem Vortrag *Islamic*

Family Laws in non-Muslim Countries die Situation des islamischen Familienrechts in den vier Staaten Indien, Israel, Griechenland und Ghana. Rajnaara Akhtar hielt einen Vortrag zum Thema *Islamic Unregistered Marriage Contract Law in Qatar and England*.

Yüksel Sezgin baute auf der Annahme auf, dass weltweit mindestens 18 Staaten, die nicht zu muslimischen Mehrheitsgesellschaften gehören, das muslimische Familienrecht formal anerkennen und es in ihr jeweiliges Rechtssystem integrieren würden. Obwohl sich einige Komponenten in diesen Konzeptionen negativ auf die Menschen- und insbesondere Frauenrechte auswirken würden, hätten diese Staaten meist nichts unternommen, um dieser Entwicklung entgegenzutreten. Allerdings bestehen der Wunsch und die Hoffnung, dass durch muslimische Zivilgesellschaften eine Änderung von innen heraus hervorgebracht werde. Hier könne man eine Diskrepanz zu muslimischen Staaten wie Tunesien, Pakistan, Marokko oder Ägypten erkennen, in denen der Staat wesentliche Schritte eingeleitet habe, um die Rechtslage zugunsten schwacher Gruppen wie Frauen und Kinder unter dem Aspekt der Gleichberechtigung zu modifizieren. In den von Yüksel Sezgin verglichenen Staaten Indien, Israel, Griechenland und Ghana werde das klassische islamische Familienrecht noch immer praktiziert. Er untersuchte die Rechtslage bezüglich Polygamie, Ehe mit Minderjährigen, Sorgerecht und Erbrecht. Zu Recht merkte Yüksel Sezgin an, dass die Situation in den o. g. Staaten sowohl politisch als auch gesellschaftlich eine große Herausforderung darstelle, weil dadurch Unverhältnismäßigkeiten zwischen sozialen Gruppen entstünden. Die dargestellte Forschung bildete den Rahmen für die nachfolgend vorgestellte vergleichende Arbeit von **Rajnaara Akhtar**.

In ihrem Vortrag über nicht-registrierte Eheverträge in Qatar und England nahm sie die Art und Weise genauer unter die Lupe, mit welcher

der jeweilige Staat solche Eheschließungen hand-
habe. Die Referentin baute ihren Vortrag auf Er-
gebnissen ihrer Feldforschungen auf, die sie in
beiden Staaten durchgeführt hatte. Demnach herr-
schten in beiden Ländern unterschiedliche Situa-
tionen vor: In England würden unter Muslim*in-
nen zwei Arten von Eheschließung praktiziert:
zum einen die religiöse und zivile Eheschließung,
zum anderen nur die religiöse Eheschließung.
Der englische Staat mische sich wenig ein, sodass
Muslim*innen die Eheform selbst bestimmen könn-
ten. Im Gegensatz dazu würden in Qatar Ehe-
schließungen vom Staat genauestens kontrolliert.
Dort gebe es nur eine staatlich zugelassene und
kontrollierte Form der Eheschließung. Rajnaara
Akhtar ging im weiteren Verlauf eingehender
darauf ein, wie nicht registrierte Ehen in beiden
Staaten funktionierten. In England würden aus-
schließlich religiös geschlossene Ehen sowohl bei
Muslim*innen als auch bei staatlichen Behörden
als ‚Störfaktoren‘ angesehen. Dadurch entstehe vor
allem bei einer Scheidung eine unklare Situation,
die zur Benachteiligung von Frauen führen kön-
ne. Als Lösung plädierte man daher zuweilen da-
für, nicht registrierte Ehen als unzulässig zu er-
klären. Die Frage, warum es eine hohe Ziffer an
nichtregistrierten Ehen in England gebe, lasse sich
mit verschiedenen Ursachen begründen. Unter
anderem gebe es nur wenige (anerkannte) Mo-
scheen, die muslimische Eheschließungen regis-
trierten und offiziell durchführten. In Qatar wie-
derum gebe es ebenfalls nicht registrierte Ehen,
jedoch bemühten sich die staatlichen Behörden
dort, diese zu reduzieren bzw. zu kontrollieren.
Aufgrund ihrer qualitativ-empirischen Forschung
kam Rajnaara Akhtar zu dem Ergebnis, dass es
meist geschiedene Frauen seien, die nicht regis-
trierte Ehen eingingen, um das Sorgerecht für ihre
Kinder aus einer früheren Ehe nicht zu verlieren.

Die Ausführungen von Rajnaara Akhtar be-
züglich der Situation in England wurden durch

diejenigen im Vortrag von **Islam Uddin** (Middle-
sex University) bestätigt. Islam Uddin widmete
seinen Vortrag *Islamic Family Law: Imams, Mos-
ques, and Shari‘ah Councils in the UK* der Analyse
zweier Arten von Eheschließung: den nur von
Imamen geschlossenen und den registrierten
Ehen. Er ging insbesondere auf die negativen Fol-
gen der nicht registrierten Ehen für muslimische
Frauen ein. Die praktischen Erhebungen von Raj-
naara Akhtar und Islam Uddin zeichneten ein
einheitliches Bild von der Situation in England.
Diese lasse sich mit der Situation in Deutschland
und weiteren europäischen Staaten vergleichen,
wie u. a. auch im Vortrag von **Mahmoud Jaraba**
(Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung,
Halle/Saale) bezüglich der Scheidung muslimi-
scher Frauen in Deutschland bei nicht registrier-
ten bzw. nicht anerkannten Eheverträgen deut-
lich wurde. Sein Fokus lag auf der *hul‘*-Praxis,
d. h. dem sog. Selbstloskauf für Frauen aus der
Ehe. Seine Präsentation zeigte, dass das Fehlen
von kompetenten zuständigen religiösen Institu-
tionen muslimische Frauen vor große Schwierig-
keiten stelle, wenn diese eine islamische Schei-
dung erreichen möchten. Dies betreffe vor allem
diejenigen, deren Ehen nur religiös geschlossen
wurden und staatlich nicht anerkannt seien. Auf
der Grundlage der Ergebnisse einer dreijährigen
ethnographischen Feldforschung in Deutschland
präsentierte Mahmoud Jaraba die Positionen von
zwei Gruppen bezüglich *hul‘* und Sorgerecht. Wäh-
rend die konservativen Strömungen einer Frau nur
mit der Zustimmung ihres Mannes erlaubten, sich
mittels *hul‘* scheiden zu lassen, verwendeten Per-
sonenkreise, die er als Pragmatiker bezeichnete,
Konzepte der muslimischen Minderheit (*fiqh al-
aqalliyāt al-muslima*), um zu argumentieren, dass
die Zustimmung des Ehemannes nicht wesentlich
sei um mithin das islamische Rechtsmittel des
hul‘ zu legitimieren. Auch wenn sowohl Konser-
vative als auch Pragmatiker*innen über die ein-

zelen Bedingungen für *hul*^c uneins seien, bemühten sie sich, eine Einigung zwischen Eheleuten bezüglich des Sorgerechts für die Kinder (*ḥa-dāna*) auf eine Weise zu erreichen, die nicht im Widerspruch zum deutschen Recht stehe.

Damit wurde aus den Ergebnissen der in den Vorträgen berichteten Feldforschungen deutlich, dass die Herausforderungen nicht nur einen religiösen, sondern auch einen sozio-ökonomischen Hintergrund haben.

Das **dritte Panel** war vornehmlich den Herausforderungen des islamischen Rechts im europäischen Kontext gewidmet. Hierbei ist der Vortrag von **Christian Majer** (Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg) hervorzuheben. Christian Majer sprach über die rechtliche Lage in Bezug auf die Ehe mit Minderjährigen in Deutschland; ein Thema, das in den letzten Jahren aufgrund einer gestiegenen Anzahl solcher Ehen für Schlagzeilen und erhebliche Gesetzesänderungen in Deutschland gesorgt habe. Eingangs erläuterte Christian Majer die Rechtslage in Deutschland bezüglich dieses Themas und kam dabei zu folgendem Schluss: Das deutsche Recht habe sich seit 2017 geändert, sodass Eheschließungen zwischen Minderjährigen unter dem Alter von 18 Jahren nicht mehr gültig seien, auch wenn die Ehe im Ausland rechtsgültig geschlossen worden sei. Dieses Gesetz sei von der deutschen Rechtswissenschaft heftig kritisiert worden, sodass nun das Bundesverfassungsgericht entscheiden müsse. In dem Vortrag wurden das Gesetz und die Probleme der bisherigen Situation diskutiert. Im Anschluss daran präsentierte Christian Majer die Überlegungen zur Gesetzesänderung von Kritiker*innen und Befürworter*innen.

Die Beiträge der Panels stellten die Weichen für weitere Diskussionen aufseiten der Teilnehmer*innen des Symposiums im Rahmen der beiden Podiumsdiskussionen: Die **erste Podiums-**

diskussion beinhaltete die Herausforderungen des islamischen Rechts in Europa und der islamischen Welt, die zweite nahm die Beziehung des klassischen islamischen Rechts zu den neuen Lebenskontexten von muslimischen Minderheiten in den Fokus. In den erstgenannten Diskussionen des ersten Podiums kristallisierte sich heraus, dass wechselwirkende Herausforderungen bestünden: Die eine sei die Herausforderung des islamischen Rechts für das europäische säkulare Recht. Hierzu wurde beispielsweise gefragt, inwiefern das klassische islamische Recht als Bestandteil der *ṣariʿa* in säkularen Gesellschaften Anwendung finden könne und ob das hiesige geltende Recht dies zulasse. Es wurde deutlich, dass dies von der jeweiligen Rechtslage abhängt: In Deutschland etwa lasse das geltende Recht einige Elemente des islamischen Familienrechts zu, solange sie keinen Verstoß gegen das hiesige Recht (*ordre public*) darstellten. Die Zulassung werde dabei mit internationalen Privatrechtsnormen (IPR) begründet.

Bei den im Rahmen der **zweiten Podiumsdiskussion** thematisierten Herausforderungen handele es sich um diejenigen, die von modernen Menschenrechten sowie säkularen Rechtskonzeptionen an das klassische islamische Recht gestellt würden. Unter diesem Aspekt wurde die Frage einer Reform des islamischen Rechts in den muslimischen Staaten besprochen. Hierzu wurde die Frage diskutiert, ob und inwieweit die Reform eine authentische, also eine aus den muslimischen Gesellschaften selbst stammende Reform sei oder eher einem elitären Wunsch westlich orientierter Eliten entspreche.

Am letzten (dritten) Tag des Symposiums fanden **vier Workshops** statt. Dabei wurden folgende Themen behandelt: Problemfelder auf dem Gebiet des islamischen Familienrechts, aktuelle Situation des islamischen Rechts in den muslimischen Staaten, Frauenrechte und die Frage, „welche For-

schung wir auf dem Gebiet des islamischen Familienrechtes brauchen“.¹ Die vier Workshops stellten eine nochmalige Gelegenheit für intensive Diskussionen unter den Teilnehmer*innen dar. Dadurch konnten Forschungsideen entwickelt, problematische Themen besprochen und ein starker Austausch ermöglicht werden. Bei der Präsentation der Ergebnisse der Workshops wurde der Bedarf an mehr Diskussionsmöglichkeiten bezüglich des islamischen Familienrechts sowie zur Feldforschung und interdisziplinären Forschung zum Ausdruck gebracht. Von besonderer Bedeutung hierbei war die Rolle des neuen Fachs Islamische Theologie. Die Teilnehmer*innen des Symposiums betonten die bedeutende Rolle dieses Fachs hinsichtlich des islamischen Rechts. Die Lehre und

Forschung auf diesem Gebiet bieten einen Rahmen für Debatten zwischen muslimischen Akteur*innen bezüglich des islamischen Familienrechts, die durch interdisziplinäre Ansätze fruchtbare Ergebnisse versprechen. Aus der Zusammenarbeit der Teilnehmer*innen gingen sowohl neue Forschungsideen als auch Lösungsvorschläge für bestehende Probleme hervor.

Die Einzelbeiträge der Konferenz wurden zwischenzeitlich veröffentlicht in Mouez Khalfaoui / Justin Jones: *Islamic Family Law in Europe and Islamic World: Current Situation and Challenges* (Zürich: The Center for Islamic and Middle Eastern Legal Studies (CIMELS), University of Zurich 2020; www.zora.uzh.ch/id/eprint/186936).

Prof. Dr. Mouez Khalfaoui, Mitglied der GAIR, Zentrum für Islamische Theologie, Eberhard Karls Universität Tübingen.

¹ Titel eines Workshops auf dem Symposium.

**Conference Report: *Islam and Europeanization – Legal Perspectives*,
Centre for European and Comparative Legal Studies, Faculty of Law,
University of Copenhagen, October 4, 2019**

Mikele Schultz-Knudsen

The regulation of Muslim practices is hotly debated in many European countries, while rules from Islamic law or Muslim cultures are increasingly referred to by parties in court cases. For Muslims, the use of these practices is often connected with a deep personal need linked to culture and religion. Thus, it is of utmost importance for them to live their lives in accordance with their cultural and religious beliefs without undue restrictions by legal systems originally designed with other cultural practices in mind. However, the surrounding society also has an interest in creating a cohesive society without parallel legal orders, as well as an interest in making sure weaker parties within the Muslim community are protected by the legal system.

Thus, understanding the relationships between Muslim legal practices and European legal systems are of increasing importance for legal practitioners, Muslims themselves and researchers. This research field is a great example of the importance of interdisciplinary or even multidisciplinary research, since a deep knowledge and understanding of both Western legal systems as well as Muslim cultures and religious practices is needed to understand and untangle the various issues.

This conference was organized by the Centre for European and Comparative Legal Studies (CECS) at the Faculty of Law, University of Copenhagen with financial support from the Danish Dreyer Foundation, whose purpose is to promote the interaction of lawyers with the wider community. The aim of the conference was to discuss how Is-

lamic law and other Muslim norms are being used in Europe, how the European legal systems are responding to it and which solutions can be suggested. For this purpose, six speakers from across Europe had been invited to share insights from their research. Three other researchers from Denmark, also specialized in this field, were assigned as commentators to these talks to provide further insights.

The conference was well attended, with more than 100 people having registered for the conference ahead of time. The backgrounds of the participants were diverse and included researchers from legal studies, Islamic studies and other fields, and from various countries. There were also representatives from government institutions and NGO's as well as legal advisors and law students.

Dr. Hanne Petersen, Professor of Legal Cultures at the University of Copenhagen and head of CECS, was chair of the conference and did the opening welcome at the start of the day.

Panel 1: Maurits Berger: *Understanding Sharia in Europe* (Leiden University)

Prof. Berger's talk was based on a paper he published in 2018 in the *Journal of Law, Religion and State*, titled: *Understanding Sharia in the West* (pp. 236 f.), in which he developed a model to describe interactions between *šari'a* and the West.

Berger began by stressing that in this field *šari'a* must be defined as what Muslims actually want and do. The classical interpretations of *šari'a* are only relevant if they correspond with the actual practices of Muslims today.

However, when looking at what Muslims in Europe say they want, we find different indications of how they understand *šari‘a*. Berger referred to surveys carried out among Muslims in Britain and the Netherlands. In these surveys, many Muslims show support for *šari‘a*, but also show support for democracy and declare themselves loyal to England etc. None of these surveys actually defines *šari‘a* before asking Muslims whether they support it, which makes it impossible to interpret the results. Thus, our knowledge of what European Muslims actually want in regard to *šari‘a* is limited.

Instead, we must look at what Muslims actually do. Berger has observed *šari‘a* being practiced in Europe in three ways: as national law, as foreign law through international private law and as informal legal practices.

Only in few cases is *šari‘a* part of European national law. This primarily happens in parts of Greece, and more implicitly by other European countries allowing e. g. *ḥalāl* slaughter. When it comes to international private law, European courts might in some cases have to apply regulations from Muslim countries, but there are clear limitations to this, e. g. if the regulation goes against fundamental legal principles in the European country. Instead, Berger finds that the informal legal practices of Muslims are the most important.

Berger noted that Muslims in Europe do not practice all of the domains of the classical *šari‘a*. Instead, they mainly practice *šari‘a* in these domains: a) Religious rules (understood as *‘ibādāt*, ritual rules on prayer, fasting etc., but Berger also included dietary laws and dress code in this category); b) family relations (including marriage and divorce); c) financial transactions and d) interactions with other Muslims and non-Muslims in areas of gender issues, political participation and others.

What is characteristic for these informal Muslim practices is the large autonomy and variation in interpretation and enforcement, mainly due to Muslims in Europe having no authoritative judicial authorities to enforce interpretations and due to a lack of recognition by the state making legal enforcement limited.

Berger then focused on the Western responses to these practices. He divided these practices into ‘political-legal responses’ (responses invoking legal and political values such as rule of law, democracy etc.) and ‘cultural-religious responses’ (responses focusing on Muslim practices being against local customs, culture and tradition). These responses do not need to correlate. Some Muslim practices might be legal in a European country while simultaneously being considered rude and inappropriate according to local customs. Thus, it is important to understand the level of conflict. However, Berger also mentioned an increasing tendency in Western Europe to defend local cultural practices by turning it into legislation.

Finally, Berger’s model identifies the various responses Muslims have to the legal and cultural context that is regulating their possibilities. He has identified four responses used by Muslims. The first is ‘*šari‘a* adopted’, where Muslims insist on following their religion without any compromise even if Western law or culture tries to prevent this. This especially happens in regard to the rules on prayer, fasting etc. The second possible response is ‘*šari‘a* rejected’, where Muslims decide to not apply certain Islamic rules at all. This is generally the case for the criminal laws in Islam, which hardly any Muslims in Europe are using. The third is ‘*šari‘a* adapted’, where Muslims follow the Islamic rules, but in an altered version due to the Western context. An example of this is the European Council for Fatwa and Research allowing Muslims to have an interest-based mortgage in certain situations, since the alternative would de-

prive Muslims of the possibility of homeownership. Finally, the fourth response ‘*šari‘a* = Western Law’, where Muslims interpret Islam to be fully in conformity with Western law, thus requiring no special application. An example of this are those Muslims who see a civil divorce as also being religiously valid.

The commentator assigned to this presentation was **Mikele Schultz-Knudsen** (University of Copenhagen). He commented on Berger’s claim that some practices of *šari‘a* are ‘rejected’ by Muslims. Schultz-Knudsen stated that it is his impression that most Muslims would not state it in that way. Rather, they would argue that it is the *šari‘a* itself that tells Muslims to only follow certain rules under certain circumstances. Thus, many religious Muslims would not describe themselves as having rejected the criminal laws of Islam, rather they would say that Islam does not want them to use those rules when living in a non-Muslim state. For these Muslims, it is therefore not a rejection of the *šari‘a*, but rather an application of what they see as the correct understanding of *šari‘a*.

Schultz-Knudsen also referred to surveys from Denmark and Norway which suffer from the same problems as the surveys that Berger had referred to from UK and the Netherlands, namely that they do not define *šari‘a* before asking Muslims to state their support for *šari‘a*. The survey from Denmark also shows that the majority of Muslims show support for the Qur’ān, but also for the Danish constitution, and thus manages to combine their adherence to *šari‘a* with democracy, as also stated by Berger.

In a final comment to Berger, Schultz-Knudsen stated that it was striking how often cultural disagreements are made into a political-legal response by Western states. He mentioned a recent example from Denmark, where it has now been made a requirement for obtaining citizenship that the applicants shake hands (without wearing gloves) with a representative of the Danish state. The law

was created to challenge those Muslims, who refuse to shake hands with the opposite sex. Thus, what is originally a cultural difference on how to greet others has now been made into a legal requirement for citizenship.

Shaheen Sardar Ali: To Register or Not to Register? Muslim Marriage Practices in the United Kingdom. Some Reflections from the Field (University of Warwick)

Prof. Ali’s talk was based on her latest fieldwork. The background for this fieldwork is the spotlight that has been put on unregistered Muslim marriages. Some Muslims only have a religiously valid marriage and never register their marriage with the civil authorities, which most often will lead to them legally being treated as an unmarried couple, which can have consequences for the legal position in case of divorce or death, including inheritance. However, there is a lack of empirical grounded research among Muslim communities to ascertain how widespread this practice is.

The present research started out by mapping registered places of Muslim worship in selected areas of the UK, with an aim to identify how many were registered to conduct marriages. Based on this, a survey was developed, and Ali attended several gatherings of Muslims to identify marriage practices. The fieldwork was conducted over 24 months.

Ali has found that the choice to register or not to register is based on a variety of reasons, but especially what the parties find convenient, or whatever is in their own self-interest. This can be problematic when the interests of the two spouses do not align. Thus, some couples simply do not bother with registration when they are married. They are focused on the religious (and romantic) importance of getting married, and they postpone the actual registration to a later time, perhaps never bothering, since the legal effect of the registration is not their main priority.

Unfortunately, Ali has also found situations where the parties were not aware that their marriage had not been registered. This can happen in the UK, where the parties might think that their *imām* is registered to perform marriages with legal validity. If the couple does not check this properly before the ceremony, they might live for many years under the false assumption that they are legally married.

In some situations, it is only one of the spouses who is unaware that the marriage has not been registered. In these cases, Ali has most often found it to be the woman, who has wrongly believed that her marriage was registered, while the man was fully aware that registration had not taken place. This can be a deeply problematic practice, since it deprives the woman of some of the legal guarantees she has in connection with a divorce.

While the traditional view on these unregistered marriages has often been that it is detrimental to the position of women, Ali has also found a very interesting new development, in which young women are actively choosing to engage in unregistered marriages. In some ways, this is an example of a new European version of Islam showing up in the data. Thus, some young people see unregistered marriages as a less binding relation than a legally valid marriage. Therefore, they use these relations as a way to test out a relationship before fully committing to a marriage. Due to the religious ceremony, these Muslims and their communities see the relationship as being *ḥalāl*. While in the earlier generations of Muslims it was often the woman who needed the financial protection that a legal marriage entails, Ali has now found young women stating that they are the ones who do not want to share their assets with a man before they are certain of the relation. Thus, those Muslim women who find it relatively easy to leave a religious marriage and who are economically successful and independent can find it beneficial to enter into unregistered marriages. Ali has

also found examples of such couples engaging in secret religious ceremonies and only informing their families of the relationship later. Thus, a new generation of Muslims are simultaneously following the formal rules of their religion of a religious marriage ceremony, while at the same time adopting a lifestyle of testing out a relationship and having cohabitation before fully committing to a legal marriage.

Finally, Ali has also found examples of couples who engage in unregistered marriages due to polygamy. Some Muslim women see positive benefits in only being a half-time wife, but there are no data on the prevalence of this.

In total, Ali's research shows that there are various marriage practices and wishes among Muslims, and that unregistered marriages can happen out of forgetfulness, convenience, misunderstanding, deception and by active choice for both men and women. In the following Q & A-session, she added that the main criteria differentiating the different practices were the intergenerational difference. Younger Muslims have very different practices than older Muslims. They are redefining Islam and doing it with a European identity. Thus, their European understanding of what a relationship is, is colouring their interpretations of Islam.

Ali also talked about the possibilities for the state in affecting these practices. While the state has originally had a *laissez-faire* approach, there are now talks of criminalizing imams and others who perform marriage ceremonies without registration. Ali stated that the most important tool in her opinion was to develop awareness and confidence among Muslims.

In his comments to Ali, Schultz-Knudsen added that unregistered marriages are also a concern in Muslim majority countries, e. g. in Morocco, where legislation makes it possible to register a religious marriage later, thus making it possible to be registered as married from your original religious wedding date, despite not having been registered

originally. These and other creative solutions from countries that have dealt with unregistered marriages for many years could potentially be used as inspiration for solutions in Europe.

He also encouraged more research like this across Europe, to make it possible to observe how these practices differ across countries based on the legal and cultural context in each country. It must be assumed that legislative differences, such as the possibilities for imams to perform marriages with legal validity in some European countries but not in others, would influence how normal it is to be unregistered, and how Muslims see the relationship between religion and law.

He also pointed out that the conclusions by Ali regarding the different motivations for entering into unregistered marriages are important to be aware of when developing legal solutions. If those developing solutions are assuming that women entering into unregistered marriages actually want to get the legal protection of a marriage, then this could harm the position of the women who have consciously decided not to be registered.

Panel 2: Torkel Brekke: The Europeanisation of Islamic Finance and the Potential for Better Financial, Economic and Social Inclusion of Muslims in Europe

(Peace Research Institute Oslo and Oslo Metropolitan University)

Prof. Brekke talked about a project based at the Peace Research Institute, which he is carrying out with other researchers across four Nordic countries (Denmark, Finland, Norway and Sweden). The background for the research is that there are no official solutions for Islamic finance in the Nordic countries. There are no banks offering Islamic finance. The few times this has been attempted it has failed. However, some Muslims choose to not use the traditional financial services, especially when it comes to house mortgages. Brekke and the other researchers are thus looking at how this

affects Muslims. Are they excluded from the financial market, and how does this influence them?

Brekke explained what the consequences of financial exclusion were. It directly creates inequality, since it is almost impossible to buy a house in the Nordic countries without a mortgage. Becoming a house owner is key to achieving middle class status, so if many Muslims are unable to do this due to clashes between their religious beliefs and the legal possibilities in the Nordic countries, then this will keep Muslims in a low societal status for generations. However, there is also a more indirect effect, where it is feared that Muslims feel less of a belonging to the surrounding society, if they are not able to own property and thus fully become members of the society.

The study is based on 100 individual interviews, 18 focus groups and an online survey spread across the Nordic countries, which 2500 Muslims have replied to.

Brekke discussed the choice the researchers made to go through mosques and other Islamic organizations to spread their survey and to find participants. This means that the study is not representative of Muslims who are not in contact with mosques, but on the other hand, it allowed easier access to more people. In recent years, mosques have revolutionized their communication with the community, by staying in contact through a variety of social media. The survey made it directly out into private *WhatsApp*- and *Facebook*-groups due to this choice.

He also presented a table with statistic data of Muslims in each of the Nordic countries, which in itself showed an interesting picture. To give an example: 75% of the Muslims in Norway are members of a mosque, while the same only holds true for 20 to 30% of the Muslims in Denmark and Sweden. This shows that the local culture and the local way of organizing and doing things are influencing how Islam is being practiced, even between neighbouring countries.

The survey contained more than 50 questions. In his presentation, Brekke focused on only a few of these. The survey showed that a majority of the participants found Islamic finance to be an important issue for Muslims in the country they live in. This tendency was strongest in Sweden, followed by Denmark, Norway and then Finland. There also seemed to be ethnic differences, with people with Somali ethnic background being more in agreement with this statement and Bosnians and Turks less so.

Brekke stated that it was necessary for the governments and EU to have an agenda on Islamic finance. So far, this has only happened in a very limited way, but the issue cannot be ignored forever.

He also mentioned the *fatwā* from the European Council of Fatwa and Research, which under very specific circumstances allows Muslims to take interest-based mortgages in Europe. However, in many of the focus groups, Muslims have been critical towards this *fatwā*. Several Muslims have stated that they personally do not want to take a mortgage, even if their local imam tells them it is okay. These Muslims are fine with other Muslims taking mortgages, but personally, they want to stay away from it, to be on the safe side. This seems to be a prevalent opinion.

He stressed that further research is needed. While this has been a large research project in the Nordic countries, it is necessary to look into the same issues in other European countries. He mentioned that some research has been carried out in the UK. Research projects looking at this should be interdisciplinary and include both legal scholars and people from fields of economy, ethnography, social science etc. It is also necessary to involve the stakeholders, including both Muslim organizations and conventional banks.

He has experienced Norwegian right-wing politicians telling him that they simply do not see

the legitimacy of doing this research. Nevertheless, Brekke disagrees, since it is a question of social sustainability. The fact that large groups of people in a society are outside of the financial system is a serious problem for social sustainability. It does not necessarily have to be framed as *šari‘a* compliant finance, according to Brekke, instead it can be called ethical finance. In fact, in the UK many non-Muslims use *Islamic banking*, so it is simply a question of framing it as an addition to conventional banks.

In the following Q & A-session, it was asked whether it was the society's responsibility to find solutions to the financial problems of Muslims, when the cause of it is basically Muslims choosing themselves to not want loans with interest. Brekke pointed out that it is not really something Muslims choose. It is a belief. For some Muslims, especially among Somalis, it is connected with a belief that your children might get sick if you live in a house based on interest. Beliefs are not something people choose themselves and it is therefore necessary to ask whether the current systems in Europe are as neutral as they are often believed to be.

The assigned commentator to this talk was **Kumm Sabba Mirza** (Roskilde University). Dr. Mirza added stories about how Muslims being denied help from the banks in relation to housing financing causes them to feel a lack of belonging to Denmark and other European countries. She used an actual case to describe how her own family experienced this feeling of not belonging, which caused them to invest their money in building a house in Pakistan instead of doing it in Denmark. This process showed that the younger generations in the family who have been born and raised in Denmark do not feel much attachment to Pakistan and are culturally much more attached to Denmark. They are not interested in moving to Pakistan or even in spending their summer vaca-

tions there. It is a loss for both Muslims in Denmark and the Danish society that Muslims end up investing their money in Pakistan or other Muslim countries instead of Denmark, where they live and want to spend their future.

In connection with this, Mirza also asked Brekke if he had any estimates of the financial loss to Western societies due to Muslims investing their money abroad. Brekke replied that he did not have such estimations, but that he thinks there is a need for good economists to calculate the loss to society. Brekke does not think that money being sent abroad is the largest loss to society, but rather that there is a significant loss to society due to Muslims paying high rent to live in bad rental apartments instead of paying down on their own loans. This is both a loss to themselves but also for society. Another loss comes from people directly leaving Western countries due to not being able to invest in property etc. He also pointed out that his project has interviewed 40 business owners who have been trying to run business without lending money with interest. This also limits their possibilities and causes financial harm to both them and society.

Marie-Claire Foblets: Islam in Europe: Is ‘Freedom of Religion’ the Appropriate Approach? (Max Planck Institute for Social Anthropology, Halle/Saale)

Prof. Foblets’ presentation looked at which legal techniques we have for solving these issues between Western law and Islam.

She explained that after the Second World War, Europe had been welcoming of immigration for labor and had facilitated family reunification. Some of the immigrants came from Muslim countries. Because of that, when the first issues of Islamic law showed up in Europe, it became a question of private international law. These Muslims were simply following the family laws from their

countries of origin, and the question for courts in Europe was to determine to which extent e. g. Pakistani family law should be applied to the situation of a Pakistani couple living in the Netherlands. This led to questions concerning how much of the foreign law we should recognize and how to avoid forum shopping.

However, private international law is not a solution for the future, because it only deals with international situations involving people who have moved from one country to another. Today, and in the future, issues arise around Muslims born and raised in Europe who are still adhering to Muslim norms. Private international law is of course still relevant in situations with immigration, but it does not solve the new situations we see today.

Instead, Foblets looked at whether constitutional frameworks can solve the problems. However, these often overprotect some religions and underprotect others. Islam is not a religion that easily has representation due to the decentralized organization of the religion. The setup in the European states generally assumes that religions do have a representation.

Foblets then turned to human rights and especially freedom of religion. Are these rights a solution for the future? Maybe to some degree. Human rights are a technique for accommodating diversity. However, they are meant to be corrective. They are only meant to be the lower limit, so they cannot replace legislative work and policy. They also only have effect in actual cases where someone claims to have had their rights breached. Thus, their use is on an *ad hoc* basis.

Currently, human rights are our first technique to manage diversity, but that also means that everyone proclaims religion as their excuse. If an action is due to religion instead of culture, then it is suddenly protected by the freedom of religion. This also means that it is left to the judges

to a large degree to understand e.g. the content of Islam. Judges are often well intended but not equipped for the task. This leads to Muslims losing confidence in the courts when the results do not make sense for those who understand the content of Islam better.

Instead, Foblets suggests some new techniques focused on participatory diversity. She especially suggests further developing the possibilities for self-determination and free consent in contractual obligations, which will make it easier for Muslims (and others) in Europe to choose to follow other rules than the standard ones, as long as everyone involved in the contractual relationship agrees. However, this requires it to be clear to people when they are opting in or out of such arrangements. Other possibilities are to give more group rights for Muslims. One example could be to give Muslims a quota in the European Parliament. Foblets also asked why German is a national language in Belgium while Arabic is not, despite the fact that there are more Arabic than German speakers in the country.

She also suggested solutions, which would entail the local community negotiating with a group, for instance Muslims, on how to facilitate them in the community. However, this would still require Muslims to have a spokesperson. Another possibility would be professional bodies that can represent people freely in areas of discrimination.

Foblets ended with looking at the responsibility of researchers and gave several suggestions for further research. Her first suggestion was to look at how we can institutionalize this possibility of using free consent in contractual obligations. She gave the example that many Muslims are very hesitant to put special clauses in their marriage contracts, since it limits their possibilities of changing their mind later. She also suggested that researchers think more sophisticated

about representation. How can Muslims be represented? She further suggested a focus on institutionalization of religious education.

Outside of legal issues, she also encourages researchers to do more documentation of Muslim practices and beliefs. More ethnographic studies and more focus on the reasoning of young Muslims are needed. She also encourages a de-problematizing of the alternative conflict resolution that happens in Muslim communities. It is natural for communities to try to solve their conflicts internally and this should not automatically be seen as a competition to the state.

Other than documentation, Foblets also suggested a focus on systematization. Researchers need to look at what happens across Europe and try to determine where the creative legal reasoning is happening. She strongly vouched for making databases as an instrument for visibility. This could be a database on the legal reasoning used for religious accommodation. It could also gather the typical cases that we see repeatedly, thus making a casebook on how these are solved in different European countries. This would make it possible to take inspiration from creative solutions in one country to solve similar problems in other countries.

Mirza pointed out in her comments to this presentation that while some try to widen the protection of freedom of religion, there are also opposing tendencies trying to replace freedom of religion with a weaker protection. An example of this is the *SAS v France* case at the ECHR (European Court of Human Rights), in which the court found the importance of living together in a society more important than the religious freedom to wear burqa (*burqu*). Foblets responded to this that she found both that case and the cases concerning forbidding the veil in the work place to be problematic. The court seems to have concluded

that people look neutral when they do not look religious. In these cases, the customer's right to not meet a religiously looking person is found more important than the religious woman's right to dress as she wants while also being part of a work place.

Panel 3: Werner Menski: European Islam in the Age of Globalisation and Legal Pluralism: Not Easy Being European
(School of Oriental and African Studies, University of London)

Prof. Menski's main argument was that in our current age of globalization, it has become increasingly dangerous to insist that either 'law' or 'religion' each on their own can sustainably manage how we live together in Europe and how our multi-cultural societies should operate. Instead, we need to look at more polycentric principles to allow for situation-specific forms of solutions. In this talk, he presented his kite-model that describes how to balance between various considerations.

The model is about how to balance between, for instance, religious or cultural rules and state law. Menski pointed out that globally, there are only three forms of state-centric legal management. The first is the global north, including the Nordic countries that claims to have one uniform law that applies to all citizens regardless of their religion or culture. However, even in these legal systems specific exceptions can be made based on religious freedom. Another form is found in among others the US and Canada, which have made some general exceptions to their legal systems when it comes to indigenous groups. The final form is found in the global south – including the Middle East – and combines having some common laws including constitutions, with having special laws for different groups when it comes to family law and other personal laws. Thus, from a state-centric point of view, these are

our three current models for engaging with religious and cultural norms. The form used in the global south is actually the global majority system that is found all over Africa and Asia. This means that many immigrants to Europe come with this type of legal system in their mind.

The background for Menski's model is that we are living in a time of rapid change, which is making it difficult for both scholars and legal systems to keep up with and find solutions to new situations. Menski has named his model after kites, because kites need the right balance between all four corners to be able to fly safely. Similarly, to develop an alert legal practice and theory, it is necessary to keep the right balance between different types of law.

The four types of law are: natural law (the individual's values, ethics and religion), social norms (coming from a group or society), state law (made by the state) and the combination of new natural law with global positivism (human rights instruments and other global developments).

Menski also described the four corners as Power-from-within, Power-with-others, Power-over and Power-from-within-and-over.

These four types of law exist in all legal and religious orders and have always been there. Thus, they are also present within Islamic law itself, where it could be said that the corners consist of the natural law made by God (the Qur'ān), the law of the society (*sunna*), the state law (*qānūn*) and international law (*dunyā, siyar*). This means that what is called *šarī'a* is actually a legal pluralism combining all of these sources. In this way, each of the four corners of the original model also contain elements of the three other corners.

According to Menski, we always have to consider all four corners of the model (natural law, social norms, state law and international law) when making a legal decision. If an agent (such as a judge) were to only consider state law (thus seeing that as the only law without considering

personal values, norms of society or international law) it would lead to a crash, just as a kite crashes if all weight is in one corner. We see attempts at this in Europe where state-centric and secular-dominated actors claim that religion is simply not law and that state law gets to control religion. This denies religion and culture any place in shaping and influencing the law. However, the opposite approach, like a Muslim choosing only to follow the Qurʾān and not societal norms, state law or human rights, is also problematic. Thus, state law needs to accept a place for religion, but religion also needs to accept a place for state law. Other approaches burn the bridges between different views, leading to inequality and a toxic environment.

Menski's suggestion is instead to highlight the key role of individual agency and alertness for the legal agents. This means making responsible legal and religious decisions by navigating the legal and cultural context.

So how to find such a balance? Menski suggested that the legal agents, such as a judge, should always know who they are, what they want to achieve and why. Therefore, they should begin by defining which of the four corners they see themselves primarily in, e. g. a judge in a national court having a state law perspective. However, instead of only looking at their own perspective, the next step in the kite model would be to look at all four corners again and try to connect the primary identity with the other corners. This means accepting that state law, human rights, religion, tradition and society will play a role in the legal decision.

An example could be a Muslim who wants to follow her religion but who realizes that she cannot just follow religious interpretations from 1500 years ago without considering which society and culture she is living in (which traditional Islamic law also allows for). Thus, in addition to religion as her primary corner, she includes the corner on

social norms. Then she realizes that she also needs her actions to be lawful, so she thinks about how to balance the ideals in her religion with the reality of state law, thus including the third corner. Finally, she might realize that her practices also need to live up to basic human rights. Similarly, a national judge follows state laws, but he also needs to combine this with human rights and he might realize that he needs to take into account both the religious and cultural context to reach decisions that actually work in practical life and are not oppressive.

The model is useful both for self-reflection and for analysing where other actors have placed themselves, thereby better understanding their decisions and how they take the different corners into account.

Effie Fokas: The Role of the European Court of Human Rights in Relation to Islam across Europe (Hellenic Foundation for European and Foreign Policy, Athens)

The presentation from Dr. Fokas looked at various cases from the ECHR dealing with Islam.

Fokas mentioned that questions on Islam mainly show up in cases regarding freedom of religion, expression and assembly, as well as in cases on discrimination and on the right to education. The rules in the European Convention on Human rights are quite elastic and have limitations, which makes it possible to discuss where the exact limits are for states trying to restrict these freedoms for Muslim.

Some of the earliest cases Fokas has identified regarded the religious autonomy of Muslim communities in Greece and Bulgaria, and whether these communities had the right to elect their own religious leaders. In these cases, the Court ruled in favour of the Muslim community.

However, in most of the other identified cases, which mainly had to do with the right to wear a religious dress and/or a headscarf, the court found

that the states had not violated the rights of Muslims. Examples include states telling primary school teachers and students not to wear hijab (*hiġāb*), banning the burqa in public spaces and allowing employers to forbid the headscarf in the workplace.

Fokas went through several of these cases to show how the Court often refers to secularism and the need to preserve the secular nature of the state. This concern then allows the member states to restrict the freedom of Muslims. However, secularism – as opposed to religious freedom and freedom of expression – is not mentioned in the convention at all. Regardless of this, it has received a prominent role in cases concerning Muslims in which religious freedom is rejected for the protection of secularism.

Fokas argued that there seems to be a double standard in this regard, since secularism is not applied in the same way in cases to do with Christianity. For instance, the court allowed Italian schools to have crucifixes on the wall and did not find that this was a violation of the right to have children educated in a neutral and secular environment. On the other hand, the court has allowed states to forbid teachers and students from wearing hijab based on the need for secularism.

She also pointed out that the court is potentially influenced by politics and might be placing political concerns over the freedom of religion. She referred to several scholars criticizing the Court for this. The margin of appreciation, allowing the states a certain leeway, is used a lot in cases concerning religious freedom. In the case concerning crucifixes, there was a massive campaign in the years leading up to the final judgment attempting to influence the Court to rule in favour of the state, which it eventually did. In the current context, where a country like Britain has threatened to leave the Convention, the Court is avoiding making decisions that might upset the governments, especially of the larger countries.

Fokas then discussed whether it would be better for Muslims to forum shop and take their cases to the European Court of Justice (ECJ), which now also has a fundamental rights charter and a number of EU-directives protecting religion, race, ethnicity etc. However, the ECJ is also under political pressure, and in recent cases concerning the right to wear a headscarf in the workplace, the ECJ prioritized the right of the company to have neutrality.

However, it is not a uniform jurisprudence. In one of its most recent cases on headscarves, *Lachiri v. Belgium*, the ECHR found that a violation had taken place when Belgium had excluded a civil party from a courtroom due to her headscarf.

The assigned commentator for this presentation was **Malthe Hilal-Harvald** (University of Copenhagen). He pointed out the connection between Fokas' criticism of the ECHR and Foblets' suggestion that it is time for other instruments than human rights.

Hilal-Harvald criticized the use of terms such as 'neutrality' in the ECHR decisions, since in reality it ends up giving the member states the right to prioritize Christianity over Islam and call it 'neutrality'. The states have the power to decide how things are defined and interpreted, and the Court is allowing it. The example of this is the member states defining a crucifix as a cultural thing and the hijab as a political thing, thus promoting the crucifix in government institutions and schools while forbidding the hijab out of 'neutrality'. The court has not found a good way to deal with this.

In the following Q&A-session it was argued by some participants that the Court has to think politically. There is no point in insisting on very strong rights if this will lead to the UK, France, and Russia leaving the convention. In that regard, it might be better for the Court to give a decent protection for many, rather than giving a very good protection that will end up only helping a

few. Fokas also mentioned that it is important to use the court strategically. Currently sexual minorities are able to use the Court to push for more rights. However, the Court has been accepting many regulations aimed at Muslims, but there are also internal conflicts at the Court and often dissenting opinions in these cases.

Hanne Petersen: Concluding Remarks

(University of Copenhagen)

Prof. Petersen took the floor again to give a short conclusion on the day. The final panel discussion had focused on the negative, the political pressure and the erosion of religious freedom, but Petersen ended the day on a positive note. She compared the conference with a conference she had been part of in 2006, during the Cartoon Crisis, at a time where the feeling of crisis was much more present than at the current conference. She referred to the term ‘moral panics’ used by Doris Lessing. The Western reaction to Islam in Europe has been in many ways such a moral panic, but Petersen believes that it is now in a later stage. The younger generation, and more and more the governments of Europe, are increasingly more focused on the panic over climate change. In that way, the ‘War on Terror’ and thereby the most visible conflicts between Islam and the West are no longer the main problem on the agenda.

Petersen then said that we have a shared responsibility. Law is based on negotiations and currently Europe is negotiating how to deal with

the Muslim minority. There is a need for adaptation, also by Muslims but not only by Muslims. The majority in Europe also need to adapt because Europe is a minority in the world. In conclusion, this area is more mature and less conflicted than it was 10 years ago, but at the same time, it has become even more diverse and difficult to navigate in. Therefore, there is still a need to make sure that our legal system is able to handle this.

Overall, the conference brought many new perspectives on the relationship between Islam and Western law. It showed how diverse the practices of Islam are, and how a new generation of Muslims is applying Islam in new ways, due to their European culture and context. However, the conference also highlighted issues of social sustainability, as well as Muslims experiencing exclusion and other problems due to Western law having been made without regard to these cultural and religious practices. There is a need for legal solutions to be developed further. The presentations provided many suggestions for such solutions, as well as recommendations for further research to be carried out.

The conference will be followed by a special issue of the journal *Naveiñ Reet: Nordic Journal of Law and Social Research*, to be published in 2020, which will focus specifically on Islam and law in the Nordic countries and will also include contributions from some of the speakers.

Mikele Schultz-Knudsen is a PhD Student at the Centre for European and Comparative Legal Studies, Faculty of Law, University of Copenhagen, working on a research project about interactions between practised Islam and law in Denmark.

Conference Report: *Words Laying Down the Law: Translating Arabic Legal Discourse*, Aga Khan University, London, UK, October 7 & 8, 2019

Gianluca Parolin

What is the impact of translation on the diffusion of legal concepts between domains of discourse? Does the translation of legal terminology modify the perception of the corresponding legal phenomena in observable and applied ways? How are words translated from legal discourse into everyday discourse, and does translation happen in the other direction?

The Governance Programme at the Aga Khan University Institute for the Study of Muslim Civilisations (AKU-ISMC) addressed some of these questions in a two-day conference on translations of legal discourse in Arabic-speaking contexts with contributions in the disciplines of legal anthropology, law and comparative law, legal pragmatics, sociolinguistics and discourse analysis, politics, and translation studies.¹

The various contributors examined translation in the broad senses of mediation, transposition, and modification, where at least one of the languages is Arabic in any of its varieties and registers, as used in law-making and law-enforcing contexts, or in popular representations of the law. The contributions were not limited to a specific time period or geographical region; from conversation analysis of legal hearings to intertextual analysis of historical law books, from ethnographic understandings of the law in Arabic-speaking countries to the sociology of translation in state offices handling asylum applications from Arab refugees.

The conference goal was to start reflecting on possible conceptual frameworks for exploring the effects of the moment of translation on how law is applied and understood in Arabic and/or by Arabic speakers.

Keynote Panel Lectures and Roundtable Discussion

Myriam Salama-Carr: *Translating and Interpreting Law* (University of Manchester)

Taking the field of translation and interpreting studies as its point of departure, Salama-Carr focussed on the ways research in translation studies has engaged with the particularities of legal translation, and on the role of translation in the shaping of legal concepts and terms. Although some approaches might be seen as reductionist when they appear to focus solely on issues of accuracy and conventions, particularly when dealing with practice, others have opened more interdisciplinary research avenues and engaged with the centrality of translation in the construction and dissemination of knowledge and its historical grounding. Moreover, the increased global awareness of the issue of rights, and the challenges faced when protecting such rights, have also brought issues of language and translation to the fore. Examples of the role of translation in shaping legal language and discourse were drawn from both historical perspectives, for example the work of Rifā‘a Rāfi‘ at-Ṭaḥṭāwī (1801–1873) in the context of the early Egyptian Nahḍa, and from contemporary and timely debates on the issue of animal protection and rights at a global level.

¹ All materials made available by speakers (including recordings of speakers who agreed to be recorded) are available on the Governance Programme website, currently at

www.aku.edu/govprogramme/Pages/home.aspx (last access 17. 09. 2020).

Neveen Al Saeed: *Egyptian Interrogation Records: Considerations for Translation*
(Ain Shams University)

Translating interrogations is considered a challenging task, because the translator is not only attempting to produce a translated text that bridges the gap between two languages,² but he/she also needs to be aware of the different social, and political layers that the record went through that have led to its current format. Exploring interpretation in interrogations has been widely researched in the past few decades;³ however, researchers in these studies have mainly focused on the presence of interpreters with suspects and witnesses in the interrogation room or the courtroom. They have tackled issues such as suspects' rights and their understanding of their caution or Miranda rights.⁴ Al Saeed, however, focussed on the challenges of translating the actual interrogation record in Egypt which are three-tiered. The first challenge is the translation of a legal text which researchers have agreed is not a straightforward task and could even be seen as deceptively simple.⁵ According to El-Farahaty,⁶ a translator faces many problems that are based on linguistics, culture-specific, and system-based. The second challenge is that we are dealing with a written record which is made by a clerk who takes verbatim notes of whatever goes on in the interrogation.

Therefore, translators need to be aware of how transcripts and records play an important role in the legal system. He/she also has to think of what was included in the record and what might have been left out? Why? What is the context? What transformations did the record go through? The third and final challenge is that of semantic and lexical problems in the Arabic text such as register shift, punctuation, and the use of archaic words. El Saeed discussed these three different challenges, but also the strategies that can be used to overcome such challenges of translation.

Roberta Aluffi: *Law – Lost in Translation? Arabic through the Eyes of a Legal Comparatist* (University of Turin)

Legal translation cannot be dissociated from legal interpretation – Aluffi posited – and comparative law can greatly contribute to enhancing the awareness of translators on its specificities. Legal traductology is one of the new frontiers of comparative law.

Arabic, both as a source and as a target language, presents a number of specific challenges to legal translators. These challenges are related to the characteristics of Arabic as a legal language, that is, at the same time, unitary and diverse. Aluffi thus offered a multiplicity of practical examples of these challenges.

² Rafat Alwazna: Islamic Law: Its Sources, Interpretation and the Translation of It into Laws Written in English, in: *International Journal for the Semiotics of Law* 29.2 (2016), pp. 251–260.

³ Mustapha Taibi / Anne Martin: Court Translation and Interpreting in Times of the 'War on Terror': The Case of Taysir Alony, in: *Translation & Interpreting* 4.1 (2012), pp. 77 ff.

⁴ Sandra Hale / John Gibbons: Varying Realities: Patterned Changes in the Interpreter's Representation of Courtroom and External Realities, in: *Applied Linguistics* 20.1 (1999), pp. 203–220; Ikuko Nakane: *Silence in Intercultural*

Communication. Perceptions and Performance, Amsterdam/Philadelphia 2007.

⁵ Janet Ainsworth: Lost in Translation? Linguistic Diversity and the Elusive Quest for Plain Meaning in the Law, in: *The Ashgate Handbook of Legal Translation*, ed. by King Kui Sin Le Chang and Anne Wagner, Abingdon 2014.

⁶ Hanem El-Farahaty: *Arabic–English–Arabic Legal Translation*, Abingdon 2015; id.: Translating Lexical Legal Terms Between English and Arabic, in: *International Journal for the Semiotics of Law / Revue internationale de Sémiotique juridique* 29 (2016), link.springer.com/journal/11196 (last access 22. 09. 2020), pp. 473–493.

Baudouin Dupret: *Reifying the Mind: The Development of Forensic Psychiatry in Egyptian Law and Justice* (Sciences Po Bordeaux)

In his remarkable *In Quest of Justice*, Khaled Fahmy sheds light on two parallel though imbricated phenomena that impacted the transformation of law in nineteenth century Egypt. The first one is the building of the Egyptian nation-state which, through the process of bureaucratization, constituted Egyptians into individual citizens and subjects of law (*sujets de droit*). The second one is the development of forensic medicine which altered, in the criminal domain, the conception of evidence and thus causal reasoning in both scientific and legal matters. Contrary to Fahmy's claim, however, Dupret contended that these transformations reflect the impact, through circuitous channels, including the Ottoman Empire's legal reforms, of both the civil law and the sciences-of-the-mind ways of thinking. In other words, what Egypt faced in the legal domain is best characterised by what Dupret calls the 'positivisation' of law and science. This holds true regarding the sciences of the mind and, by the same token, forensic psychiatry. Although the mind was a question of medical concern in pre-modern societies, e. g. Muslim, and was the object of legal doctrinal categorizations, the very science of psychiatry and its corollary pathologies and kinds of concerned patients was invented in the nineteenth century, when the mind was transformed into an object of knowledge. Egypt participated in this movement that witnessed the invention of psychiatry and created, accordingly, psychiatric hospitals, specialised personnel, specific vocabulary, and scientifically relevant categories into which categorising persons suffering from 'mental illness'. This dynamic impacted law and justice, as it progressively entered, through the gate of medical expertise, the ways in which individual re-

sponsibility was assessed and sanctioned. Dupret followed this transformation of the understanding of the mind through the words and concepts used by Egyptian courts, from the middle of the nineteenth century to the middle of the twentieth century, to characterise mental states and to attach to them legal consequences.

Panel 1: *Historical Perspectives*

Mohammad Ahmad Thawabteh: *Legal*

Pragmatics and Politics: The Case of Translation in the Government of Palestine
(Al-Quds University)

Thawabteh premised that legal discourse is characterised by straightforward and unambiguous language to be legally binding. He then attempted to shed some light on the legal language of the Government of Palestine under the British mandate in the early 1920s, as can be illustrated in the study of twenty documents comprising different legal documents, e. g., title receipt, revenue tax receipt, registration of birth, agrarian documents, and marriage contracts, all of which were collected from a septuagenarian Palestinian and represented sporadic periods of time until 1948. The rationale behind this selection is that the Palestinian had to cater for their daily lives due to the political upheavals since World War II that have inflicted long-standing harm on Palestinians to date. A thorough investigation into the documents over these periods of time shows a language of inimitable nature in terms of the terminologies, structure, and cultural components which show Palestinian identity as indigenous people who used to have real experiences in daily life. Thawabteh claimed a good affinity between the language employed in the structure of the documents and the social, economic, and political situations. In terms of translation, Thawabteh argued that the documents were written in English, Arabic, or Hebrew on occasion. He reflected on

the function of the Source Language and the ostensible translation (Target Language[s]) and intricacies of legal translation thereof. Thawabteh's findings show how significant the role of the translation was as a tool for intercultural communication, i. e. narrowing the cultural gap between (un)related languages and cultures to enhance the 'hegemony' of the British Mandate in Palestine. Thawabteh finally drew some conclusions which may be useful for legal translator trainers/trainees.

Claire Savina and Hannah Scott Deuchar:

“Define Rape?”: Translation and Correction of Sexual Violence across French, Ottoman, and Egyptian Penal Codes (St Antony's College Oxford & New York University)

Savina and Scott Deuchar re-examined the role of translation and adaptation in late Ottoman penal reform, focusing particularly on the shifting legal articulations of sexual violence through the long 19th Century and the first half of the 20th Century. Reading Ottoman and Egyptian penal codes, adapted from the 1801 French criminal code, and official court reports and bulletins, Savina and Scott Deuchar investigated how legal status and representation of sexual violence were altered, displaced, received, or renewed, tracing the emergence of rape, in particular, as a sexual crime whose delineation and penalization respond to the changing lexica of gender, private property, and public morality. Through a transnational, and translational linguistic approach, Savina and Scott Deuchar explored sexual violence, its definition, and its constitution as a criminal offense in constant relation to both property law and public order. The notion of sexual consent, particularly, rising in the first half of the 20th Century, sheds light on the untangled construction of vocabulary

rape/theft across languages. What constitutes its violation of the body? Who (as an individual or a group) is entitled to provide consent? Who, ultimately, 'owns' the body, especially the female body? All questions that emerged through Savina and Scott Deuchar's readings support their attempt to unveil the processes of sexual violence's penalization.

Translation was not limited to the official texts: Versions in the many languages of Egypt and the Ottoman Empire, including Italian and Greek, were printed and published in the press and official bulletins of the Native Tribunal were published in three languages. While work in literary studies has identified rape as a metaphor for colonial translation, Savina and Scott Deuchar examined a more material connection between the two. They investigated the legal codification of sexual violence as a process that occurred in translation: both the verbal translation of legal lexica across and within languages, and the cultural translation of one penal system into another. Translation in this reading is not a mere literary pursuit, but a social practice, key to legal articulations and representations of sexuality and gender, and participates, they argued, to the challenging definition of what is rape.

The crime was produced and punished in streets, homes, police stations, forensic hospitals, courts, and a range of media, in concert with – and sometimes in spite of – the codes themselves. Reading the official codes alongside the circulating translations in the press, and the legal texts they came to replace, Savina and Scott Deuchar approached the text as a body in which legal and translation practices, and shifting notions of gender and sexuality, converge and interact with one another. If “rape is a form of social performance”,⁷ its wordings and forms of penalization

⁷ Joanna Bourke: *Rape: A History from 1860 to the Present Day*, London 2007.

embody the reform of society at stake in the nineteenth-century Ottoman Empire and Egypt.

Mujeeb Khan: *Law and Modernity in Non-European Contexts: Contemporary Sensibilities in Japanese and Islamic Law*
(Tokai University)

Khan offered a comparative study between Japanese and Islamic law. An apparently odd combination – Khan claimed – that was meant to understand the role and negotiation of contemporary sensibilities in Japanese and Islamic law, the former being a pre- and post-war amalgamation of German, French, American, and Japanese sensibilities and the latter a complex system of legal schools that has developed over a millennium, which arguably influenced the conceptualization of early modern European sensibilities of law. How then have these European-derived sensibilities fared in non-European environments? Khan focussed on gender and women's rights with a brief discussion of citizenship. He considered how gender differences have been conceptualised in law and practice in each legal system. Contemporary sensibilities have legally shifted from gender equity to equality despite an absence of social shifts or their prolonged delay. In particular, Khan focussed on works in Japanese and Arabic by first examining the thought of major intellectuals as Japan and the Arab-Islamic world encountered modernity, Fukuzawa Yukichi (d. 1901) and Muḥammad 'Abduh (d. 1905). Fukuzawa's thought precedes the creation of the National Eugenic Law (*Kokumin yūsei hō*) of 1940 and its post-war replacement the Eugenic Protection law (*Yūsei hogo hō*) of 1948 while 'Abduh's works followed the *tanzīmāt* reforms of the Ottoman state from 1839 until the start of the latter's first constitutional period in 1876. As part of the analysis, Khan examined the nature of Fukuzawa's and

'Abduh's thought in relation to legal and administrative changes that followed. While investigating these two case studies in each legal system, Khan focussed on the approaches native to each system to understand how contemporary sensibilities could be and have been negotiated into cultural systems foreign to them in addition to related problems that were locally developed and resolved. For example, in the case of 'Abduh, Khan also included the latter's discussions on marriage in his collected *fatāwā* in addition to his *tafsīr* of the Qur'ān. Rather than simply examining the translation of terminology, Khan investigated how concepts of modern European sensibilities were translated and negotiated. Khan aimed at demonstrating how sensibilities, while often construed universally, are inevitably culturally derived, thus making their universal application impossible without appropriate cultural negotiation at the local level. It was also Khan's hope that his investigation would shed light on the intellectual flexibility of the Islamic and Japanese legal codes in their negotiation of modern sensibilities without compromising their commitments to their own ethical systems.

Hanem El-Farahaty: *A Corpus-Based Analysis of Deontic Modality of Obligation and Permission in Arabic-English Constitutions*
(University of Leeds)

Although Arabic corpus linguistics has developed in the last few decades, with much research on Arabic media and Qur'ān translation, research on legal Arabic linguistics and translation is underdeveloped, El-Farahaty claimed. The United Nations has its own parallel corpus of international documents available in the six official languages, but little corpus-based Arabic research has been undertaken on this corpus.

Translation of English modals into Arabic and *vice versa* has received some attention⁸ but translating deontic modals in the legal genre has received very little attention.⁹ El-Farahaty's aim was to fill this research gap in hope of identifying a well-defined list of deontic modal expressions and their equivalents in English through a bigger scale corpus-based study. More specifically, El Farahaty aimed at investigating how rights and commitments are communicated through deontic modality (modals of obligation and permission) in *The Leeds Annotated Parallel Corpus of Arabic–English Constitutions* and *The Leeds Monolingual Corpus of English Constitutions*.

Panel 2: Theoretical and Linguistic Perspectives
Amr Shalakany: Translating the 'Social' into Arabic Private Law Theory

(American University in Cairo)

Shalakany explored the reception of the Social in Egyptian private law theory from 1908 to 1948. By the time 'Abd ar-Razzāq as-Sanhūrī's Civil Code was formally adopted a year later, the term had settled into a twofold translation:

First as *al-madrassa al-iğtimā'īya* or *al-maḍhab al-iğtimā'ī* understood as socio-legal method of private law governance emphasising the importance of case law over codes, standards over rules, and tailored justice over the rigidity of formalist legal thought in French and Anglo-American jurisprudence. And second, the term also translates under the Code as *al-fiqh al-iştirākī* covering an actual set of socialist legal doctrines in contracts, property, and torts, advancing an alternative pro-

gressive agenda to the legal individualism of capitalist logic.

While as-Sanhūrī features prominently at the tail end of this story, its beginning dates back to 1908 when Mohamed Lutfi Gom'a arrived in Lyon as the very first Egyptian student to follow Edouard Lambert into legal studies in France. Lambert had been the Dean of the Khedival Law School in Cairo for under a year when he clashed with the colonial British Advisor and left in 1907 declaring support for Egyptian independence. Lutfi Gom'a studied under him for both undergraduate and doctoral work, and with his leadership Lyon transformed within years into the centre of student nationalist agitation in France. And while the work of as-Sanhūrī on the subject has been well studied, Lutfi Gom'a's role has not received the attention it deserves as the first station in our translation story – if not movement – that as-Sanhūrī eventually dubbed 'L'École Lambert Égyptienne'.

Shalakany therefore sought to shed light on Lutfi Gom'a and his contribution to both the politics animating translations of the 'Social' as both legal reform and anti-colonial activism before the term settled in translation to the twofold meanings contained in as-Sanhūrī's Code. He examined Lutfi Gom'a's work in student organization and activism during the 1909 and 1910 first meetings of Egyptian Youth Conference and the Egyptian National Conference in Geneva and Brussels – attended by Mohamed Farid Bek head of National Party – and hosted outside of France due to Lambert's limited capacity at the end to defend his students' activities.

⁸ See, e. g., Dany Badran: Modality and Ideology in Translated Political Texts, in: *Nottingham Linguistic Circular* 16 (2001), pp. 47–61; id.: *Ideology through Modality*, PhD thesis, University of Nottingham, 2002; Mohamed Abdel-Fatah: Translating Modal Auxiliaries from English into Ara-

bic and Vice Versa, in: *Babel* 51.1 (2005), pp. 31–48; Domyenk Eades: Translating English Modal Expressions: An Arab Translator Trainee's Perspective, in: *Babel* 57.3 (2011), pp. 283–304.

⁹ See, e. g., El-Farahaty: *Arabic–English–Arabic Legal Translation*.

Shalakany's primary materials examining this period included Lutfi Gom'a's published memoirs, his varied translation work ranging from theological and legal to the unfinished literary project of rendering Joyce's novel *Ulysses* into Arabic, and closing with his legal campaign against Ṭāhā Ḥusain during the *On Jahili Poetry Book Crisis* in 1926 – the same year as-Sanhūrī graduated from Lyon also under Lambert's supervision.

Saqer Almarri: *Decentring Audiences of Legal Discourses: The Case of Translating a Legal Manual on the Khunthá* (Independent scholar)

Almarri explored the process of translating a legal manual titled *Īdāh al-muškil fī ahkām al-ḥuntā al-muškil* [*Clarification of the Problem in the Rules of the Uncertain Khunthá*] written by the Mamlūk Cairo-based jurist 'Abd ar-Raḥīm al-Isnawī (d. 772/1370) and its relationship to the various audiences of the Arabic and translated versions. Almarri traced the decision-making process that allowed the author's translation to be focused on certain materials in the text. While the Arabic text was written for other jurists and judges within the same school of law, the translation brings forth the text into a new context: A readership within Western academia, as well as a potential readership of queer Muslims. Almarri argued that attention to the queer Muslim readership can influence the translation practice by decentring the power of the Western academic readership on the translation. This is done through thinking of translation, following Rolando Vázquez, as recognition, remembrance, and emergence. Almarri reflected on what Vázquez describes as the struggle between translation as a practice of recognition, remembrance, and emergence and translation as

a practice of violent erasure, incorporation, and border-keeping. This counts as recognition of the primarily diasporic queer Muslim readership that seeks to remember the possibilities of queerness within an Islamic-legal framework through an investigation of that heritage and the possible future emergence of queer Muslim subjectivities through such translations. Such a translation counters the orientalisng tendencies found in academic readership of Islamic discourses that creates a spectacle out of pre-modern Islamic understandings of sex and the body. Almarri thus attempted to demonstrate how, and argued for, attention to the different categories, particularly the minoritised categories, of audience can pose as a guiding light for engaging in translation as a practice of emergence.

Thomas Odell: *Translation In and Out of Focus: 'Domesticating' versus 'Foreignising' in Judicial Decisions of the Egyptian State Council*

(Law Office of Thomas Odell in New York)

Odell presented his own experience translating administrative court judgments for a forthcoming collection from the American University in Cairo (AUC). With examples drawn from these texts, he illustrated how this project of translating Egyptian administrative law from Arabic to English has tackled a challenge well-known to all translators: How to balance *domesticating* (i. e., the process by which a text "is inscribed with domestic intelligibilities and interests") with *foreignising* (i. e., efforts by the translator "to restore or preserve the foreignness of the foreign text").¹⁰ Odell paid particular attention to how this challenge differs between the legal and literary contexts.

¹⁰ Cited from Lawrence Venuti: Translation, Community, Utopia, in: *The Translation Studies Reader*, ed. by Lawrence Venuti (2004), pp. 482 f.

For the volume of translations in question, the AUC's Law and Society Research Unit has collected several landmark opinions handed down by the Egyptian State Council (ESC) between 2007 and 2017, including a 2011 decision ordering the government to stop conducting forcible 'virginity tests' on female protesters held in military custody, two decisions (2016 and 2017) invalidating the government's decision to cede sovereignty over the islands of Tiran and Sanafir to Saudi Arabia, and many others.

Odell looked at three aspects of the debate:

- First, the issues at stake in choosing between domesticating or foreignising. This tension's usual complexities when translating Arabic literature (comprehensibility, aesthetics, politics, etc.), take on new forms in the field of legal translation. These are illustrated through a brief survey of English-language examples of attitudes toward Arab legal systems, and the fraught context of translating inherently political judicial decisions from Arabic into English.
- Second, the relevance of the fact that legal texts are primarily technical documents. Unlike literary texts, in which ambiguity is often a virtue, legal documents purport to provide certainty by assigning uniform, agreed-upon meanings to the technical words and phrases of legal discourse. In this context, the comparative benefits of domesticating or foreignising were determined less by aesthetics or even politics, and more by comprehensibility, and especially by functionality. The primary question became whether domesticating or foreignising would better serve the desired functions of the legal texts involved. Odell went on to show, however, that this prioritization did not provide automatic solutions to the dilemma, it only created new versions of the problem.

- Third, the problem of what to do when legal texts 'self-Orientalise', in effect 'foreignising' themselves. Exploring instances of Egyptian law deliberately replacing generic Arabic terms with seemingly more 'authentic' alternatives shows that, in some instances, domesticating would do violence to the intention behind the act of self-representation latent in the original Arabic phrase.
- Finally, the implications of Odell's foregoing analysis call into question the continued usefulness of the East/West binary common to both Orientalist discourse and anti-Orientalist discourse and explores the extent to which legal texts everywhere in the world are necessarily acts of self-representation based on societal aspirations, rather than realities.

Rafat Alwazna: *The Syntactic Features of Islamic Legal Texts and Their Implications for Translation* (King 'Abdulaziz University)

Certain religious texts – Alwazna claimed – are deemed part of legal texts that are characterised by high sensitivity and sacredness. Amongst such religious texts are Islamic legal texts that are replete with Islamic legal terms that designate particular legal concepts peculiar to Islamic legal system and legal culture. However, from the syntactic perspective, Islamic legal texts prove lengthy, condensed and convoluted, with little use of punctuation system, but with an extensive use of subordinations and co-ordinations, which separate the main verb from the subject, and which, of course, carry a heavy load of legal detail. Such features appear more clearly in jurisprudential texts rather than in codes that are composed of legal articles.

Legal language is viewed as a technical language which is considered an adjunct of typical/ordinary language.¹¹ Indeed, Caton¹² holds the view that both technical as well as ordinary languages have to some extent identical syntactic rules but differ in lexicon. Caton, Morrison and Schauer all regard legal language as a technical language.¹³ Schauer claims that legal language is often utilised in a context that assigns specific legal meanings to legal terms different from those they convey in non-legal contexts.¹⁴

Alwazna argued that the syntactic features of Islamic legal texts succinctly lie in having lengthy and complex sentences with very minimal use of punctuation system. Moreover, nominalisation, passivisation, participles, and the use of the Arabic cohesive device (*ayy*) as a syntactic tool to connect pronouns with their referents, are all syntactic features of Islamic legal texts, which also characterise English legal texts with some variations and with the exception of the last feature. Alwazna also claimed that when rendering an Islamic legal text, however small, into legal English, certain translation implications emerge. Such translation implications crucially lie in the necessity of having a sentence break when rendering a text from legal Arabic into legal English due to the difference in length between the two legal languages in question. What is more, the use of punctuation system, nominalisation, passivisation, passive participles are all employed in legal English texts more than Islamic legal texts. With regard to the use of active participles, there is no considerable difference in number between Islamic legal texts and legal English texts according to the sample used in the current research.

The use of the Arabic cohesive device (*ayy*) in Islamic legal texts is omitted alongside the pronoun(s) placed before it when translating such texts into legal English.

Panel 3: Applied Perspectives

Rana Roshdy: Formalising UN-established International Commercial Procedures: Translation as a Broker of World Trade (Dublin City University)

Roshdy initially remarked that translation has, across decades, carved out its fundamental role in establishing channels of communication among world populations. Contributing to the development of shared knowledge, translation was deployed by international organizations such as the United Nations (UN) to stipulate rules to facilitate interaction across nations. With the growing trade on a global level, the UN has endeavoured to put forward standardised procedures that came to be known as the International Commercial Terms (abbreviated as INCOTERMS), with the aim to organise export sales. In this regard, Roshdy discussed the role of translation in creating a shared discourse and laying down the laws of international commerce. Roshdy thus analysed the translation strategies employed to render such commercial standards to the Arab context, showing how the preliminary translations introduced in 1990 engaged in detailed paraphrases ('thick translation' in Kwame Appiah's terms) for the novel concepts and further highlighting the eventual translational shift starting from the year 2000 towards the creation of technical Arabic correspondents. Interpreting the translation decisions in tandem with the norms theory that views

¹¹ Charles Caton: *Philosophy and Ordinary Language*, Champaign 1963, p. viii.

¹² Id.

¹³ Id.; Mary Jane Morrison: Excursions into the Nature of Legal Language, in: *Cleveland State Law Review* 37 (1989),

pp. 271 ff.; Frederick Schauer (ed.): *Law and Language*, Aldershot 1993.

¹⁴ Schauer: *Law and Language*, p. 571.

“the translator’s activity as both pressure-driven and goal-seeking at the same time”, Roshdy intended to demonstrate the social drivers that propel the selection of one mode of translation over another.¹⁵

Furthermore, by analysing a sample of translated material featuring the use of the INCOTERMS in diverse business, academic, and media contexts, Roshdy exposed the diffusion of legal lexis into the everyday discourse. In order to do so, she had conducted a computational analysis to investigate how legal concepts travel across interdisciplinary contexts, questioning the extent of unification *vis-à-vis* lexical transformation. She therefore argued that translating law lends itself to the functional model, which upholds that the linguistic message can be formulated differently according to the purpose or what Hans Vermeer calls the ‘skopos’ of the text.¹⁶ Roshdy drew on the dialectical modes of ‘documentary’ versus ‘instrumental’ translation introduced by Christiane Nord to compare between a tendency to observe a closer conformance to source elements and the opposing pattern that caters to delivering a smoother and more natural rendering for foreign aspects.¹⁷

Roshdy then proceeded to investigate the notable use of glossing as a supplementary technique, which is a typical aspect of specialised translation standing for the practice of adding the original lexical input (whether a technical term, abbreviation or acronym) next to its translated correspondent in the target text.¹⁸ In fact, this raises

questions regarding the frequency and rationale behind glossing in legalese and its implications for the process of knowledge transfer, the hegemony of English as the *lingua franca*, and the hierarchical position of the Arabic technical discourse. Roshdy’s final argument aimed at revealing how translation enriches the understanding of law by enabling constant development of its lexicon both within law-making contexts and across other related language discourses.

Jamel Goui: *Legal Translation between Arabic and English in Algeria Revisited: Requirements for Professional Practice*
(Kasdi Merbah Ouargla University)

Reflecting on his own experience, Goui explained that legal translation in Algeria is mostly the outcome of personal efforts, as no legal specialised translation training is provided in Algeria, apart from some superficial courses taken at some universities. This fact leads to a weak position of the Algerian legal translators into English, consequently requiring an urgent remedy to the situation. Legal translators in Algeria are mostly native Arabic speakers influenced by French which is the second language in use (language of the colonial period), or French speakers – who for one reason or another are influenced by Arabic, being the national language of Algeria. Nevertheless, English is of less influence in the Algerian context; used merely by international companies investing in Algeria, hence it represents truly a foreign language *par excellence*. However, the

¹⁵ Theo Hermans: The Translator’s Voice in Translated Narrative, in: *Target. International Journal of Translation Studies* 8.1 (1996), pp. 23–48, www.jbe-platform.com/content/journals/15699986 (last access 22. 09. 2020), p. 7.

¹⁶ Hans Josef Vermeer: Skopos and Commission in Translation Action, in: *The Translation Studies Reader*, ed. by Lawrence Venuti, London / New York 2000, archive.org/details/translationstudi00venu (last access 22. 09. 2020), pp. 221–232 (221).

¹⁷ Christiane Nord: *Text Analysis in Translation: Theory, Methodology, and Didactic Application of a Model for Translation-oriented Text Analysis*, Amsterdam / New York 2005, pp. 72 f.

¹⁸ Hala Sharka: The Use of Glossing in Modern Original Scientific Writing in Arabic, in: *The Translator* 17.2 (2011), pp. 369–389 (372 f.).

need of translating from and into English is of high significance, especially to enable contracting parties of investment or else to communicate successfully (the aim being accuracy in understanding) and accordingly execute works or provide services professionally and appropriately. Translation and mainly legal translation come to mediate, but its outcome is generally literal, or includes traces of other language(s), all regardless of the difficulty in rendering the correct legal meaning due to the work of non-specialist translators. This is why – Goui claimed – legal translation between Arabic and English needs to be given much more attention and care at several levels to avoid nonsense or misunderstanding. On the linguistic level, it is possible to suggest solutions such as fighting for the purification of English language from other language's interferences first, and then devote specialised training for legal translators or students. Training future legal translators would provide them with the necessary legal background and provisions, focusing on highlighting the differences of the worldview, and identifying French traces or other languages to get rid of them in the final translation. Goui intended to shed light on some linguistic interference occurring when translating into English by official translators in Algeria, trying to study their origins, and showing some difficulties related to terminology namely 'Islamic' terminology when translating into English. After that, Goui considered diction differences between Arabic and English, showing French signs in English while translating; and he finally attempted to propose a remedy to the situation, starting from universities offering translation courses by designing a micro model curriculum for teaching legal translation at Algerian universities in connection with the country's needs and requirements, seeking to make legal translation a professional practice and not merely a mechanical operation consisting of lexical substitution which is not well done at all as per the standards

and norms. Poor translation leads to misunderstanding and communication failure which are undesirable outcomes, Goui concluded.

Ouided Sekhri: *The Importance of Legal Translation Among First Year Master Students, Process and Strategies: A Key to Enhancing Students' Ability of Translating Legal Terms in the Arabic Context* (Frères Mentouri University)

The aim of Sekhri's presentation was to cast light on the translation subject matter in the department of Arts and English at the University of Frères Mentouri, Constantine 1. In doing so, it considered the translation process among first year Master students (linguistics and applied language studies) when they are given a legal text where the translation becomes special and specialised. Thus, the focus was on the importance of legal translation considering the nature of legal language and focusing on the tension between legal uncertainty and linguistic indeterminacy. Doing so, the characteristics of legal language are proposed in terms of vocabulary, syntax, pragmatics, and style. Then, the sources of difficulty of legal translation, whether legal, linguistic, or cultural are elaborated. For that, Sekhri hypothesised that: If First Year Master students of English, Linguistics, and Applied Language Studies, know about the contextual meaning of legal terms and use appropriate translation strategies, they will be able to provide right Arabic equivalents. To test the validity of this hypothesis, a test, which is a code composed of a number of chapters, was given to twenty-four students to test their ability of translating legal terms, and the strategies they follow to do so. These students are taught for three weeks how to translate legal terms by giving them two texts to translate as part of their syllabus before asking them to deal with the intended test. Through looking at the strategies that students use in the translation of legal terms, it seems to

Sekhri that they tend to use literal translation and, sometimes, free translation as the commonest general strategies rather than the specialised ones needed in the translation of this special and specialised register. These latter are mainly foreignisation (*Source Language [SL]-oriented equivalents*) which seeks to summon the sense of the foreign, and domesticating (*Target Language [TL]-oriented equivalents*) which evokes facilitating comprehension through the assimilation to of the target language culture. Lastly, Sekhri suggested some recommendations especially for teachers to implement in their courses and for students to follow in order to tackle the difficulty of translating legal texts.

Zakia Deeb: *Legal Translation in a Political Context: The Difficulty of Choosing between Alternatives in Translating Electoral Law Terms* (The Libyan Academy)

Legal electoral terminology has its specialty within the broad legal language discourse, Deeb posited. While legal terms proper such as ‘prosecutor’ and ‘appeal’, for example, have their fixed legal equivalent terms in Arabic, legal electoral terms have varied alternative equivalents within the relevant linguistic field or the semi-legal domain. It is true that terms such as election and ‘polling day’, have their fixed Arabic terms, but a term such as ‘dispute solving’ in the context of

election has more than one equivalent that are all used exchangeably: *ḥall an-nizā‘āt, faḍḍ an-nizā‘āt, al-faṣl fī n-nizā‘āt, taswiyat an-nizā‘āt*. Moreover, while in English words such as adjudication, settlement, decree, resolution, verdict, arbitration, negotiation are given as alternative synonyms for ‘solving’ in the context of ‘dispute solving’, one would probably think ‘negotiation’ would be the least possible equivalent to any of the Arabic alternatives given above since it comes at the end of the list of ‘solving’ synonyms, in fact, the opposite is true in the case of the following statement in the context of complaints against election results: “possible referral to prosecutor for criminal negotiation” (*imkāniyat al-iḥāla ilā l-mudda‘ī al-‘āmm li-l-faṣl fihā ḡinā’īyan bi-ḥukm qaḍā’ī*). In Deeb’s presentation, data collected from the 2012 election for electing members of the Libyan General National Conference (the first election after more than forty years) was analysed with an intention to test consistency in selecting from alternatives. The hypothesis drawn from working on a large sum of material translated from English into Arabic and vice versa shows that consistency in selecting equivalents for electoral legal terms is only partial. Consistency is more apparent when terms are law proper but not otherwise. Also, material from different sources shows problems of standardization, abbreviations and acronyms as well as cultural and linguistic problems.

Prof Gianluca Parolin teaches Islamic and Middle Eastern Law at the Institute for the Study of Muslim Civilisations of the Aga Khan University in London, UK, where he also leads the Governance Programme. He works on constitutional design, State-Islam relations, citizenship, shifting semiotics of law, and images of law in Egyptian popular culture.

Conference Report: *Law Between Dialogue and Translation: Harmonizing National Law with International Law – The Case of Women’s Rights in Palestine*, University of Göttingen, Germany, November 5 & 6, 2019

Lara-Lauren Goudarzi-Gereke

The conference was the initial event of the project *Law between Dialogue and Translation (The Example of Palestine)* funded by the DAAD within the program *Higher Education Dialogue with the Islamic World* and was hosted by head of the project, **Irene Schneider** (Department for Arabic and Islamic Studies, University of Göttingen), in cooperation with the project partner from the Faculty of Law (Al-Quds University Jerusalem), **Munir Nuseibah**.

The project aims to analyze and understand how international human rights conventions such as CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women), to which Palestine acceded in 2014, are implemented – or ‘translated’ – into the national Palestinian legislation, also taking into view how this is a process of translation and how it is shaped by discussing, (re)defining and interpreting traditional and new legal terms and concepts. The conference was held in German and Arabic.

Panel I: *Law between Dialogue*

and Translation – The Example of Palestine

Mohammed Khalaf: *The Chaos of Applied Legislation in the Palestinian Territories on the Civil Level* (Faculty of Law, Al-Quds University, Jerusalem)

The first panel was opened by Mohammed Khalaf, Dean of the Faculty of Law from Al-Quds University, with a discussion of the unique and highly

complex legal situation in Palestine. The applicable laws stem from different legal traditions, historical periods, states, and administrative powers, which, Khalaf argued, created a chaotic and difficult legal situation. Laws regulating important parts of civil substantive and procedural law have been introduced by Ottoman rule and under the British Mandate and still remain in force today. Later, laws introduced during the Egyptian administration of the Gaza Strip and the Jordanian rule in the West Bank were added. Since 1967, civil law has also been affected by the Israeli occupation. The establishment of the Palestinian Authority and subsequently, the introduction of Palestinian legislation, did not lead to the elimination of the described legal chaos. Khalaf pointed out that this situation remains problematic as too many of the applicable laws are not only out of date but also contradicting each other. In the current situation however, he concluded, a solution is not in sight.

Lena Foljanty: *Cultural Translation of Law:*

Theoretical Considerations (Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt)

Unfortunately, Lena Foljanty was not able to attend the conference in person. To present some considerations on the theoretical framework of the project topic nonetheless, extracts from her article

*Rechtstransfer als kulturelle Übersetzung: Zur Tragweite einer Metapher (Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor)*¹ were read out. Herein, she discusses how the metaphor of ‘translation’ opens up perspectives in comparative law, which go beyond terms such as ‘transfer’ or ‘transplant’ when analysing influences from foreign law on a given legal system. With reference to the ‘translational turn’ in cultural studies, Foljanty shows how the concept of translation is not limited to linguistic translation and instead also takes into view transcultural transfer of knowledge, values, practices and symbolism. Applying this to the process of legal transfer allows for a better understanding of the role and positioning of actors in this process, and of their conscious and unconscious modifications of legal thinking as well as of the product of this process, the law itself.

Irene Schneider: *Between Dialogue and Translation: How International Human Rights Conventions Are Rendered into National Legislation – Discussing Equality in Palestine (West Bank and Gaza)*

(Department for Arabic and Islamic Studies, University of Göttingen)

In her talk, Irene Schneider presented the starting point of the project which is her research on the construction of gender, gender relations and gender rights in legal discourse in Palestine. She analyses jurisgenerative iterations in Palestinian debates on law and gender and how they impact the legal discourse as well as the legal situation. Schneider argued that between 2012 and 2018 the two main legal themes which were debated with regard to

women’s rights were *ḥulʿ*-divorce (divorce initiated by the wife based on redemption payed to the husband) and the implementation of international law, namely CEDAW, which was signed by Palestinian President Abbas in 2014. A regulation on *ḥulʿ*, allowing women to get divorced against their husband’s will as long as the marriage remains unconsummated, was issued by the Supreme Islamic Judge in 2012 and improved women’s access to divorce to a limited extent. However, family law in Palestine continues to contradict CEDAW in a number of areas and the question of whether and how to harmonize the former with the latter – or ‘translate’ international law into Palestinian law – remains the subject of discussion, which, as Schneider demonstrated, is influenced by how legal terms and concepts are translated and interpreted. She especially analyzed a discussion of the *šarīʿa* establishment, which took place in 2013 at the Al-Quds University. In this discussion, a draft drawn up for a new family law by civil society groups and women’s organizations was rejected by the representatives of the *šarīʿa* establishment as it contradicted *šarīʿa*.

Panel II: *The Law of ‘the Other’ in Theory and Practice*

Haitam Suleiman: *Legal Orientalism as a Postcolonial Discourse: Redefining the Concept of the ‘Other’s Law’* (Faculty of Law, Al-Quds University, Jerusalem)

Haitam Suleiman addressed fundamental questions of law and legal studies in the area of tension between Western and non-Western law and legal research. He argued that legal scholars should employ more vigorously with legal orientalism as a

¹ Lena Foljanty: *Rechtstransfer als kulturelle Übersetzung: zur Tragweite einer Metapher*, in: *Kritische Vierteljahres-*

schrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 98.2 (2015), S. 89–107.

postcolonial discourse, stating that its critical methodology provides a pioneering way of thinking about the current structures of laws. This, he further suggested, could help to overcome an understanding of law which in many ways has essentially remained a Eurocentric enterprise. He exemplified this argument by contrasting legal positivism as represented by the state as the sole lawmaker with divine law such as Islamic law. While the former always remains subjective, the latter provides for an objective source of law, which, Suleiman argued, deserves consideration.

Ivo Bach: *Islamic Law in German Courts*

(Faculty of Law, University of Göttingen)

In his contribution, Ivo Bach discussed the main challenges that come up when, on the basis of international private law regulations, German courts apply foreign law based on Islamic law. The application of foreign private law finds its limits in the German *ordre public* according to which a foreign legal norm is not to be applied if the result of this application is manifestly contrary to fundamental principles of German law. Bach discussed a number of legal regulations and concepts from Islamic family and inheritance law that raise the question of whether the *ordre public* rules out their application. As equal rights for men and women rank among the fundamental principles of German law, the *ordre public* forbids to apply foreign rules of which the application results in a violation of legal equality between men and women. However, as Bach showed by the example of German court rulings, this does not necessarily lead to the inapplicability of all Islamic norms granting women not the same or less rights than men. Instead, every individual case has to be examined with regard to the application result and, Bach emphasized, whenever children are involved, the best interest of the child is of prior importance.

Panel III: *Religion and State Law*

Sana Tawtah: *The Rights of the Palestinian*

Woman between the Shari’a and its Implementation in the Palestinian

Constitution (Faculty of Law, Al-Quds University, Jerusalem)

Sana Tawtah discussed the implementation of Women’s Rights in Palestine, taking into account rights granted to women before Islam and by Islam and by the Palestinian constitution. She argued that the impediments for the implementation of women’s rights are mainly found on the level of ordinary legislation. Legislation dealing with rights and protection of women is disjointed and incoherent and oftentimes not Palestinian in origin. Examples for this are the Jordanian Criminal Law of 1960 and the Jordanian Personal Status Law of 1976, which are both still in force in the West Bank despite Palestinian draft laws being available. In order to protect and implement women’s rights, Tawtah concluded, Palestinian legislation which considers social needs, international standards, and Islamic principles is needed.

Roman Lehner: *Religious Symbols and the Functional Purpose of the State: Headscarf and Cross between Neutrality, Basic Rights, and Basic Rights Obligations*

(Faculty of Law, University of Göttingen)

The state’s dealing with religious symbols has repeatedly occupied federal and regional courts and sparked public debates in Germany. Roman Lehner explained developments and current status of German jurisdiction and legal science regarding the legality of state employees and state institutions displaying visible religious symbols. The cases in questions dealt with whether a Muslim teacher is allowed to wear a headscarf, whether a Christian cross is allowed to be put on a classroom wall of a public school, whether a Muslim judge is allowed

to wear a headscarf, and whether a Christian cross is allowed to be put on a courtroom wall. In all of these cases, the neutrality obligation of the state and the religious freedom (positive and negative) of individuals collide. Lehner showed how each of the cases was and needs to be examined and decided separately, in order to carefully balance rights, freedoms and state obligations.

**Panel IV: Religious Family Law
and International Women’s Rights**

**Dörthe Engelcke: *Is Christian Law
in Jordan Non-State Law? Reflections
on the Exemption of Christian Law
from the CEDAW Debate***

(Max Planck Institute for Comparative
and International Private Law, Hamburg)

The debates about the implementation of CEDAW to family law of Middle Eastern countries usually focuses on Islamic law. As Dörthe Engelcke showed by the example of Jordan, similar and additional questions arise regarding Christian family law, which is applied to Christians in matters of personal status. In Jordan, the church courts are integrated into the state judicial system and at the same time enjoy great autonomy in the application of their laws. While Islamic family law is legislated by the state, Christian law is not. Therefore, to what extent, Engelcke asked, is the state responsible for matters related to Christian family law? And what follows from Jordan’s ratification of CEDAW in 1992 for Christian family law? She pointed out that at the one hand, CEDAW reports and documents hardly ever mention Christian family law and that on the other hand, state

actors usually perceive Christian family law as non-state law and therefore do not consider the state responsible for it. She concluded that these factors greatly impact the implementation of international law on the local level as well as potential reforms and legal development.

**Somoud Damiri: *Challenges in Implementing
International Women’s Rights in Palestine –
The Example of Family Law*** (Appeals Court,
Sharia Court Ramallah)

The recognition of Palestine as a non-member observer state by the UN in 2012 and the subsequent accession to several international human rights conventions revived hope among Palestinian women’s rights activists to achieve improvements of the legal situation of Palestinian women. Judge Damiri discussed the diverse challenges Palestinian women are nonetheless still facing: She argued that conservative thinking is dominant in the political establishment and the society and suggested that investigation is needed as to why social thinking with regard to women’s issues is so strongly impacted by conservative religious notions. Furthermore, she argued, the fear of a society under occupation of changes affecting traditions and identity has to be taken into consideration. The current lack of a unified Palestinian legislative organ, the priorities of a state under occupation, and the lack of clarity regarding the implementation of international conventions impede developments in the field of women’s rights. Damiri argued that sensibility for these challenges and their roots is necessary in order to achieve sustainable solutions.

Panel V: Family and Conflict

Munir Nuseibah: Family Unification and Violence against Women

in occupied East Jerusalem (Faculty of Law, Al-Quds University, Jerusalem)

Munir Nuseibah focused on the special situation of Palestinian women and families in East Jerusalem. In 2003, Israel legislated a new law that restricts the Palestinian population from getting any permanent status in Israel or Jerusalem through family unification. While gaining a permanent status was totally banned, the Israeli ministry of interior may, according to this law, grant temporary permits to stay for family members coming from the West Bank. Such family members are excluded from the social welfare subscription and are not permitted to drive in Jerusalem or Israel. These policies, Nuseibah argued, have mainly affected women who moved with their male spouses, causing them to become more vulnerable, even with cases of domestic violence. By presenting case examples from his human rights work, he illustrated how Palestinian women in East Jerusalem become trapped in a net of conservative social norms and conflicting laws regulating family affairs, criminal issues, and rights of residence, concluding that protecting Palestinian women’s rights has to happen on many levels.

Jeremias Schmidt: Informal Justice in the Palestinian Legal System: Family-based Conflict Resolution from the Perspective of the Rule of Law Principles (Faculty of Law, the University of Münster)

Jeremias Schmidt provided insights into a branch of Palestinian law which is not implemented by the State, but which plays an important role in conflict regulation. In Palestine, in many cases of conflict, a pre-state and family-based conflict resolution system is applied. The extended families of the conflict parties engage respected figures who, according to procedures determined by customary law, decide the case or work towards reconciliation between the families. While in the Fatah-ruled West Bank there tend to be interaction and recognition between State courts and family-based conflict resolution, this applies less to the Gaza Strip under Hamas rule and even less to East Jerusalem and Israeli courts. Schmidt pointed out that while this tribal or customary law is an important factor in conflict resolution among Palestinians, significant questions remain open, with which he deals in his ongoing research. These questions include the relation of customary or tribal law with Islamic law as well as with rule of law principles.

Lara-Lauren Goudarzi-Gereke (member of the GAIR) currently is a research assistant and lecturer at the Department for Arabic and Islamic Studies at the Georg-August-Universität Göttingen. In her PhD research she focuses on developments in Shi’i family law in Afghanistan, Bahrain, and Iraq.

Workshop-Bericht: *God's Justice and Animal Welfare*, Department Islamisch-Religiöse Studien an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, 13. & 14. Dezember 2019

Isabel Schatzschneider & Rosa Shuaibat

Am 13. und 14. Dezember 2019 wurde am Department Islamisch-Religiöse Studien an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg erstmalig ein Workshop zum Thema Tierschutz und Gerechtigkeit im Islam gehalten. Der Workshop wurde im Rahmen der Nachwuchsforschergruppe *Norm, Normativität und Normenwandel* von PD Dr. **Abbas Poya** und **Isabel Schatzschneider** organisiert. Die Nachwuchsforschergruppe, die sich seit einigen Jahren mit dem Thema *Gerechtigkeit im islamischen Kontext* beschäftigt, wollte im Rahmen der Tagung einen weiteren Aspekt des Themenkomplexes, nämlich ob und inwieweit Tiere von dem Konzept der Gerechtigkeit umfasst sind, zur Diskussion stellen. Dafür wurden international Expert*innen aus verschiedenen Disziplinen zur Tagung eingeladen, um die Fragestellung aus interdisziplinären Perspektiven zu behandeln. Nach einem gemeinsamen Mittagsessen hielt zunächst Dr. **Farid Suleiman** stellvertretend das Begrüßungswort für Abbas Poya. Darauf folgte die Begrüßung durch die zweite Veranstalterin Isabel Schatzschneider.

Der Einstieg in die Vortragsreihe wurde von Frau Schatzschneider gehalten und bot den Anwesenden eine allgemeine Übersicht zum Thema *Tierrechte und Gerechtigkeit im Islam*. Schatzschneider betonte, dass dieses Thema im Islam keine Modeerscheinung unserer momentanen gesellschaftlichen Situation sei, sondern bereits ein langes Erbe habe. So habe es in der islamischen Welt bereits im 7. Jahrhundert Berichte über den Umgang mit Tieren gegeben.

Nach diesem Einstieg und einer regen Diskussionsrunde sprach **Bernd Ladwig**, Professor für politische Theorie und Philosophie an der Freien Universität Berlin, der aktuell an einer Monographie zu Menschenrechten und Tierrechten arbeitet, über den politischen Aspekt einer Gleichberechtigung von Tieren. Ladwigs theoriereicher Beitrag wurde kontrovers diskutiert. Dabei wurden insbesondere die Vor- und Nachteile einer Gleichberechtigung von Tieren eingehend besprochen.

Nach einer kurzen Pause wurde der Workshop mit dem Vortrag von **Asmaa el-Maaroufi**, Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Münster, fortgesetzt. El-Maaroufis zentrale These war eine Ethik des Mitseins aller Lebewesen. Die Wissenschaftlerin stellte mit Bezug auf verschiedene Anekdoten aus dem Qur'ān ihre Argumente eines Miteinanderseins aller Lebewesen dar.

Nicht weniger interessant war der Beitrag von Dr. **Ibrahim Özdemir**, Professor für Philosophie an der Abo Akademi (Turku, Schweden). Er diskutierte in seinem Beitrag die Ansichten von Said Nursi (gest. 1960), dem religiösen Führer und Begründer der Reformbewegung *Nurculuk* in der Türkei. Dabei fokussierte Özdemir vor allem die Ethik über den Umgang mit Fliegen und Bienen, die Nursi in seiner Gefangenschaft konzipiert hatte.

Nach einer kurzen Pause hielt Dr. **Sarra Tlili**, Professorin für arabische Sprache und Literatur an der Universität Florida, einen Vortrag über Vegetarismus aus islamischer Sicht. Sie argumentierte für einen ausgewogenen Fleischkonsum und einen verantwortungsvollen Umgang mit

Tieren. Aus islamischer Perspektive konnte Tlili jedoch nicht gänzlich für einen Vegetarismus plädieren. Nichtsdestotrotz kritisierte die Dozentin die Halal-Branche und bezichtigte sie der Geldmacherei ohne Beachtung von religiösen Vorgaben. Sie appellierte an Muslime weltweit, die Halal-Industrie auf Grund von meist unethischen und ebenfalls unislamischen Umständen bei Haltung der Tiere bis hin zur Schlachtung zu boykottieren. Nach einer interessanten Diskussion klang der erste Tag des Workshops bei einem gemeinsamen Abendessen aus.

Den zweiten Tag eröffnete Dr. **Bethany Somma**, Postdoktorandin an der Ludwig-Maximilians-Universität (LMU) München, mit ihrem Beitrag über Tierethik in der alt-arabischen Philosophie. Sie spezifizierte ihren Vortrag auf den muslimischen Philosophen Avicenna (Abū ‘Alī al-Ḥusain bin ‘Abd Allāh ibn Sīnā, gest. 1037) und seine Gedanken zur Tierethik. Gleichzeitig analysierte sie die menschliche Wahrnehmung von Tieren aus verschiedenen philosophischen Perspektiven.

Auf diesen philosophischen Beitrag folgte ein Einblick in die *šarī‘a*-rechtliche und mystische Haltung zum Thema Tierrechte bzw. Tierschutz. Dieser Aspekt wurde von Dr. **Sabrina Sohbi**, Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der LMU München, diskutiert. Sohbi erläuterte anhand des Buches *al-Ġunya li-Ṭālibī al-Ḥaqq* des Sufi-Gelehrten ‘Abd al-Qādir al-Ġilānī (gest. 1166) Regelungen bezüglich des Tötens oder Schonens von gefährlichen Tierarten.

Nach abschließenden Fragen und Anmerkungen der Anwesenden folgte ein Beitrag von Dr. Dr. **Orhan Jašić**, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Sarajevo. Er sprach über zwei bosnische muslimische Gelehrte, Derviš Buturović (gest. 1971) und Derviš Spahić (gest. 1978), die sich in ihren Werken mit der Unantastbarkeit des Lebens von Tieren auseinandersetzen.

Necmettin Kizilkaya, Professor an der Universität Istanbul, berichtete in seinem Beitrag über Tierpflege und -fürsorge im osmanischen Reich. In seinem Vortrag stellte er dar, wie man mit Storchkrankenhäusern und in Haus- und Palastfasaden integrierte Vogelhäuser seine Zuneigung zu anderen Lebewesen bewies.

Nach einer Mittagspause berichtete der Unternehmer **Yousuf Younus**, Direktor *des Dragon Animal Care Center* in Doha, als letzter Referent aus seinen Alltagserfahrungen über den Umgang mit Tieren in einer islamischen Gesellschaft. Darüber hinaus legte er eindrucksvoll vor, wie er gleichzeitig eine Aufklärungsarbeit in seinem Betrieb bezüglich eines würdevollen Umgangs mit Tieren vorantreibt.

Im Großen und Ganzen war *God's Justice and Animal Welfare* thematisch ein Novum im islamwissenschaftlichen und islamisch-theologischen Bereich und stellte innovative und anspruchsvolle Forschungsansätze in diesen Disziplinen vor.

Um die wissenschaftlichen Ergebnisse des Workshops mit einem größeren Fachpublikum zu teilen, werden die Beiträge des Workshops im Jahr 2021 im *Journal of Islamic Ethics* (JIE) erscheinen.

Isabel Schatzschneider ist wissenschaftliche Mitarbeiterin des Departements für islamisch-religiöse Studien an der Friedrich-Alexander-Universität in Erlangen-Nürnberg. Sie forscht derzeit zu dem Themenkomplex *Tierschutz und Gerechtigkeit*.

Rosana Shuaibat ist Masterstudentin des Departments für islamisch-religiöse Studien an der Friedrich-Alexander-Universität in Erlangen-Nürnberg.

**Conference Report: Modern Law and Institutional Decay –
The Ecology of Institutional Transplants in the Muslim World,
University of Vienna, Faculty of Law, February 10 & 11, 2020**

Viktor Forian-Szabo, Martin Baumgartner & Leonard Soldo

General Information

The conference *Modern Law and Institutional Decay – The Ecology of Institutional Transplants in the Muslim World* was held at the University of Vienna, Faculty of Law, from 10 to 11 February 2020. It sought to investigate the growth and decline of institutions in the Muslim world throughout the modern period and the role that transplanted institutions play in the effective provision and administering of state functions. The speakers were Clark B. Lombardi, Rainer Grote, Ebrahim Afsah and Viktor Forian-Szabo.

Financial contributions were gratefully received from the Dean's Fund of the Faculty of Law and the Danish Damascus Foundation.

Clark B Lombardi: *The Translation of Institutions into Muslim Countries*

(University of Washington)

Prof. Dr. Clark B. Lombardi opened the first panel with a talk on the ecology of institutional transfer and the translation of certain institutions to adapt them to Muslim countries.

A constitutional amendment in Egypt of the 1990s required conformity of all laws with *šari'a*. However, this provision's impact through the enforcement of the courts was much smaller than anticipated, as the Egyptian courts embraced a rather liberal view in accepting that Islam is broadly and generally compatible with the concept of a liberal state. By doing that, they were able to appeal to both Islamists and Egyptian liberals, thereby garnering support by each of those groups and ensuring *legitimacy* of their decisions. Lombardi emphasized that whether a certain institutional transplant

is considered legitimate by powerful groups and the population in a country is crucial to ensure the transplant's success. According to him, if stakeholders don't see the benefits of the institution, it will ultimately struggle.

Another successful transplant he pointed out is the appearance of legal NGOs in many parts of the Muslim world. These NGOs use the courts to contest legislation which they consider unfavourable. The motivation for this can be found in the principle of 'Commanding Right and Forbidding Wrong'. Whereas traditionally the focus for this principle has been on the individual or on people in power, modern courts open a third possibility: NGOs (and individuals) can engage with the courts to challenge legislation they consider incompatible with their moral and religious convictions and beliefs. Even if this pathway has not always been successful for the NGOs, they keep coming back to the courts. By doing so, they fulfil their religious obligation to command right and forbid wrong, even if ultimately their motions do not succeed.

These examples showed that under the right circumstances and, in addition, if the institutions enjoy legitimacy among a country's influential groups, institutional transfer – formally or informally – can be successful. However, it is important to keep in mind that the 'translated' institutions do not work in a vacuum. Much depends on how the institution can adapt to be morally accepted and culturally authentic. It should also be considered whether after undergoing this adaptation process, the institution will still have the properties that the transplanted institution was chosen for.

Rainer Grote: *The Ecology of Institutional Transplants in the Muslim World:*

Judicial Oversight of the Bureaucracy

(Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law)

In his contribution, Prof. Dr. Rainer Grote was concerned with the way administrative courts can and do exercise judicial oversight of the bureaucracy. In his elaborations, Grote focused on the situation in Egypt. Two main points were highlighted in the presentation.

First, the nature of such oversight is necessarily reactive. The courts do not have the ability to examine administrative acts proactively. This leads to the assumption that bureaucratic actors act fairly until charged with exceeding the limits of the law. A suit needs to be filed in order for an administrative act to be subjected to the courts' scrutiny.

Second, the standards against which administrative acts are held and judged is important for understanding the way judicial oversight of the bureaucracy works. Administrative courts can measure administrative acts only against the constitution or a statute. In many Arab countries, statutes are issued by heads of state who are not part of the legislative branch but of the executive. With parliaments under such an executive domination, and with legislation often drafted by the bureaucracy, courts are constrained to measure bureaucratic actions against standards that are generally themselves developed inside the bureaucracy. In effect, the bureaucracy is thus held to standards that it itself has created. This form of circular oversight is not necessarily ineffective. While this form of oversight may not be able to hold the bureaucracy to a substantial standard created by another, independent body, it forces the bureaucracy to operate according to standards

and rules that are clear and fixed; it gives individuals recourse when bureaucratic actors make decisions that exceed the legal limits to their discretionary authority. In effect, it leads to the bureaucracy constraining itself.

This circular form of judicial oversight is precisely the reason why it is appealing to Arab regimes. This form of oversight hardly undermines the general authority. It simply renders authoritarianism a little more consistent and less personalistic, as it only restricts the discretion that officials can exercise, and does not scrutinize the rules governing administrative behaviour in light of a higher, say constitutional, standard.

Judicial oversight of the bureaucracy in the form described makes an authoritarian and state-centric variant of the idea of rule of law possible: executive authorities are held accountable to operate according to laws that they themselves composed.

Ebrahim Afsah: *Dysfunctional Resilience in the Civil Service*

(University of Vienna)

Prof. Dr. Ebrahim Afsah concluded the morning panel with his presentation on the concept of dysfunctional resilience, a topic where he could draw on years of experience as an advisor with the Independent Administrative Reform and Civil Service Commission (IARCSC) in Afghanistan. He opened his presentation by pointing out the lack of scholarly work on the administrative structure in any given country, which is usually simply treated as a given upon which undertakings of institutional transfer could build upon. However, in the implementation of structural changes, this leads to problems when there are severe deficits in the country's administration.

Contrary to the perception of many outsiders, the Afghan administrative structure does *not* resemble a blank slate (*tabula rasa*). Even after many internal and external shocks, the people in the administration still demonstrate remarkable attachment to their posts and to the institutions that they work for. Afsah pointed out that this shows a surprising degree of *resilience* of the workforce and administrative structures, emerging from the responses to shocks that they have suffered over decades. However, this resilience protects and maintains the pre-existing *dysfunctional* bureaucratic systems and renders efforts to reform them much more challenging.

To form a robust administration, the IARCSC was established as an independent body with very ample funds. However, by the people *inside* the administration, the efforts were mainly faced with ignorance and contempt. The work of the commission was widely perceived as ‘just another external shock’, leading the administrative staff to deploy the same successful tactics that they had previously used against other changes and which had enabled them to persist in their posts following various external shocks in the first place. Without support (and actually faced with active resistance) of the administrative workforce, the success of that undertaking was made impossible.

Afsah highlighted that this perspective is precisely what needs to be addressed before a successful institutional transfer can take place and that it has been sorely lacking in the many failed attempts to reform or to transfer institutions in these countries. Therefore, the focus on the normative aspect of institutional reform is ill-advised if the underlying problems with the administrative structures are not recognised and addressed. Until these issues are resolved, and effective and clear state

structures have been established, any discourse on a constitutional level will be meaningless.

Viktor Forian-Szabo: Constitutional Discrepancies and their Effects on the Economy of Iran – An Example from the Insurance Industry
(University of Vienna)

Viktor Forian-Szabo highlighted that the Iranian constitutional process after the Revolution of 1979 was by no means entirely solely an ‘Islamic project’. Especially the broad economic stipulations of the new constitution included many leftist elements, from which the most far reaching was Article 44 of the new constitution stipulating that key industries e. g. banking and insurance must be run by the state.

Insurance business, which is seen as highly problematic in Islamic Law due to its resemblance to gambling, did not gain a foothold in Iran until the very end of the 19th century. As a result of Reza Pahlavi’s modernization efforts, most foreign competitors were pushed out and one state firm, *Bimeh Iran* dominated the market. The biggest milestones were the 1937 insurance act and the 1972 insurance supervision act.

The Islamic Revolution has greatly influenced Iran’s insurance market, inasmuch as all firms were nationalized, however this stipulation was revised in 2008, when a great privatization wave took place. Despite the fact that there are several small and mid-sized private and semi-private firms, the Iranian insurance market is still largely dominated by the large state-owned firm *Bimeh Iran*. Forian-Szabo argued that seemingly the insurance sector didn’t undergo major changes since the Islamic revolution, as the key legislation, the institutional framework and the market structure from the Shah era remain intact.

CALL FOR PAPERS

Aufruf zum Einreichen von Beiträgen für die

Zeitschrift für Recht & Islam

Die *Zeitschrift für Recht & Islam* (ZR&I, vormals *GAIR-Mitteilungen*) wird herausgegeben unter der Ägide der *Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht e. V.* (GAIR), einem seit 1997 bestehenden gemeinnützigen Verein, der sich die Förderung des gegenseitigen Verständnisses im Hinblick auf die Rechtssysteme und die Rechtspraxis in den europäischen sowie in den arabischen und sonstigen islamisch geprägten Staaten zur Aufgabe gemacht hat. Die Fachzeitschrift ZR&I trägt diesem Anliegen Rechnung. In jährlich erscheinenden Ausgaben werden die einschlägigen rechtlichen Entwicklungen, die ihren Ausdruck in theoretisch besprochenem und praktisch umgesetztem säkularem und islamischen Recht finden, aus unterschiedlichen Perspektiven und im zeitlichen Verlauf thematisiert. Dabei gilt es, auch das Zusammenspiel von säkularem und islamischem Recht in unterschiedlichen Kontexten zu berücksichtigen. Betrachtung und Auseinandersetzung erfahren dabei nicht nur die allgemeinen Grundsätze und Grundzüge der jeweiligen Rechtsordnungen, sondern auch deren angestrebte sowie tatsächliche Entwicklung. Darüber hinaus werden die Schlüsselphänomene untersucht, die den wissenschaftlichen Diskurs, die Rechtssetzung und die Rechtspraxis in den betreffenden Staaten beeinflussen oder sogar prägen. Der Blick soll dabei jedoch nicht auf Themen von besonderem oder allgemeinem regionalen Interesse beschränkt bleiben, sondern auch die Einflüsse globaler Entwicklungen und Tendenzen im Hinblick auf die beschriebenen Rechtsbereiche bzw. die rechtlichen Beziehungen zwischen den Staaten nicht vernachlässigen.

In diesem Rahmen laden wir bereits anerkannte sowie Nachwuchs-Wissenschaftler und (Nachwuchs-)Praktiker dazu ein, durch das Einreichen veröffentlichungswürdiger Manuskripte zum gegenseitigen Verständnis und zum Austausch beizutragen! Mit dem Ziel, das der Gesellschaft zugrunde liegende Bestreben umfassend und breit gefächert umzusetzen, heißen wir sowohl disziplinäre als auch interdisziplinäre Beiträge willkommen, die sich mit den angesprochenen Aspekten befassen. Wir begrüßen hierfür unveröffentlichte und nicht an anderer Stelle zur Veröffentlichung eingereichte eigene Aufsätze, Berichte, Kommentare, Rezensionen sowie darüber hinaus Urteile.

Beiträge können auf Deutsch oder Englisch eingereicht werden. Bitte senden Sie Ihren Beitrag an

zri@gair.de

und fügen Sie diesem auch eine Kurzbeschreibung (keinen ausführlichen Lebenslauf) zu Ihrer Person bei. Beim Verfassen Ihres Beitrages bitten wie Sie, die folgenden Richtlinien zu berücksichtigen:

- Beiträge sollten in den Formaten doc, docx, odt oder rtf übermittelt werden.
- Font: Wir empfehlen die Schriftarten Times New/Beyrut Roman, Arial, Junicode; bitte Unicode-Zeichen für diakritische Zeichen verwenden!
- Quellenverweis: Bitte Fußnoten, kein separates Literaturverzeichnis.

Literaturangaben umfassen:

1) für Monographien und Aufsätze in Sammelbänden:

- a) Christian Starck (Hg.): *Constitutionalism, Universalism and Democracy – a Comparative Analysis, Studien & Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit* 75, 1999.
- b) Matthias Herdegen: Constitutional Rights and the Diminishing State, in: *Constitutionalism, Universalism and Democracy – a Comparative Analysis, Studien & Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit* 75, hrsg. von Christian Starck, 1999, S. 183–198.

2) für Zeitschriftenartikel:

- a) William M. Ballantyne: The New Civil Code of the UAE: A Further Reassertion of the Shari'a, in: *Arab Law Quarterly* 1.3 (1985), S. 245–264.

3) für Internetseiten: www.aladalacenter.com (letzter Aufruf 15. 10. 2017).

Sollte der Beitrag Zitate bspw. aus dem Arabischen enthalten, deren Umfang über Fachbegriffe oder kurze Wortgruppen hinausgeht, so ist es wünschenswert, neben dem arabischen Originaltext stets sowohl eine wissenschaftliche Umschrift als auch eine Übersetzung mitzuliefern.

Jeder Beitrag wird in einem *Double-Peer-Review*-Verfahren von zwei unabhängigen anonymen Fachkolleg*innen begutachtet. Nach Eingang der Gutachten erfolgt die Rückmeldung an die Autor*innen bezüglich der Annahme, Ablehnung oder Notwendigkeit einer Überarbeitung des Beitrages. Den diesen Prozess begleitenden Herausgeber*innen obliegt die letzte Entscheidung zur Veröffentlichung. Alle Autor*innen erhalten den redaktionell bearbeiteten Text vor Drucklegung zum Korrekturlesen noch einmal zugesandt.

Für Rückfragen stehen Ihnen die Redaktionsleitung Sina Nikolajew sowie die Herausgeber Beate Anam, Dr. Hatem Elliesie, Kai Kreutzberger und Prof. Dr. Dr. Peter Scholz unter zri@gair.de jederzeit zur Verfügung.

Call for Papers

Zeitschrift für Recht und Islam

The *Zeitschrift für Recht und Islam / Journal of Law & Islam* (ZR&I, previously: *GAIR-Mitteilungen*) is a scientific journal in co-operation with the *Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht e. V.* (GAIR), a non-profit scientific association established in 1997. Its aim is the furthering of mutual understanding of law, legal systems and legal practice between European scholars and those of the Arabic and wider Islamic region. The annual scientific journal contributes to this aim by publishing contributions on the legal developments in this field, covering theoretical legal debate as well as the practical application of both secular and Islamic laws. The journal gives space to a wide range of perspectives and takes regard of the historical development as well as the interaction of “secular” and Islamic laws in different contexts. Its analyses and debates go beyond the basic principles and outlines of those legal systems, but also address the actual developments, both in aspiration and reality. In addition, it covers key phenomena affecting – or even determining – scientific discourse, legislation and legal practice in the relevant states. This focus does however not confine itself to topics of specific or general regional interest, but also addresses the influence of global developments and tendencies, as well as the legal relations among states.

Accordingly, we invite well-known and junior scholars as well as practitioners to help furthering this mutual understanding and dialogue by submitting publishable manuscripts. In view of implementing the aims of our association in a full and broad manner, the editors welcome contributions from specific disciplines, as well as interdisciplinary contributions that address the aspects above. We highly welcome the submission of articles, reports and reviews as well as case reports and comments on cases and legislation to the editorial double peer review process. Submissions must, however, not have been published or submitted for publication elsewhere.

The editors accept submissions in German and English. Please send your contributions to

zri@gair.de

enclosing a brief personal description (no detailed curriculum vitae required). We kindly ask you to provide your submissions in the following format:

- Submissions should have the formats doc, docx, odt or rtf.
- Concerning fonts, we recommend Times New/Beyrut Roman, Arial, Junicode.
Please use Unicode-characters for diacritic purposes.
- Please use footnotes instead of a separate bibliography.

Bibliographical references should include:

1) concerning monographs and miscellanies:

- a) Christian Starck (ed.): *Constitutionalism, Universalism and Democracy – a Comparative Analysis*, Studien & Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit 75, 1999.
- b) Matthias Herdegen: Constitutional Rights and the Diminishing State, in: *Constitutionalism, Universalism and Democracy – a Comparative Analysis*, Studien &

Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit 75, ed. by Christian Starck, 1999, pp. 183–198.

2) concerning articles:

a) William M. Ballantyne: The New Civil Code of the UAE: A Further Reassertion of the Shari'a, in: *Arab Law Quarterly* 1.3 (1985), pp. 245–264.

3) concerning internet sources: www.aladalacenter.com (last access 15.10.2017).

Quotes from the Arabic language that go beyond technical terms or short phrases should, in addition to the Arabic original, be provided in transcribed form (using an accepted scientific transcription system such as DMG or Encyclopaedia of Islam) and in translation.

Each submission will be subject to a double peer review procedure by two anonymous colleagues in the relevant area. Once their reports on a submission have been received, the authors will be notified whether their submission is accepted, accepted subject to changes, or rejected. The editors will be overseeing this process and make the final decision on publication. All authors will receive their contribution with editorial changes for a final review prior to publication.

For any queries please contact Sina Nikolajew from the editorial team, as well as the editors Beate Anam, Dr Hatem Elliesie, Kai Kreutzberger and Prof Dr Dr Peter Scholz at zri@gair.de.

IMPRESSUM

ZR&I: Zeitschrift für Recht & Islam – Journal for Law & Islam (vormals GAIR-Mitteilungen)

wird herausgegeben von

Hatem Elliesie (Halle/Saale) – Editor-in-Chief

Peter Scholz (Berlin)

Kontakt per E-Mail unter zri@gair.de

Beate Anam (Halle/Saale) – Managing Editor

Kai Kreutzberger (Kairo)

Redaktionssekretariat der ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam

Sina Nikolajew (Berlin) – Redaktionssekretariat (zri@gair.de)

Redaktionsmitglieder der ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam

Abir Haddad (Köln)

Tim Knoche (Heidelberg)

Abdelghafar Salim (Halle/Saale)

Fachgutachter*innen der ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam 12 (2020)

Bielefeldt, Heiner (Institut für Politische Wissenschaft, Lehrstuhl für Menschenrechte und Menschenrechtspolitik, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg)

Börner, Andreas (Rechtsanwalt, Köln)

Ebert, Hans-Georg (Orientalisches Institut, Universität Leipzig)

El Shamsy, Ahmed (Division of the Humanities, Near Eastern Languages and Civilizations, The University of Chicago)

Gräf, Bettina (Institut für den Nahen und Mittleren Osten, Ludwig-Maximilians-Universität München)

Hefny, Assem (Centrum für Nah- und Mittelost-Studien, Philipps-Universität Marburg)

Jaraba, Mahmoud (Abteilung Recht und Ethnologie, Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung, Halle/Saale)

Klemm, Verena (Orientalisches Institut, Universität Leipzig)

Knoche, Tim (Rechtsanwalt [Associate] bei SZA Schilling, Zutt & Anschütz, Mannheim)

Kurnaz, Serdar (Berliner Institut für Islamische Theologie, Humboldt-Universität zu Berlin)

Meier, Astrid (Seminar für Arabistik und Islamwissenschaft, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg)

Menhofer, Bruno (Oberlandesgericht, Frankfurt am Main)

Möller, Lena-Maria (Orientalisches Institut, Universität Leipzig)

Oberauer, Norbert (Institut für Arabistik und Islamwissenschaft, Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Otto, Dirk (DENK Rechtsanwälte, Frankfurt/M.)

Salim, Abdelghafar (Abteilung Recht und Ethnologie, Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung, Halle/Saale)

Scheiner, Jens (Seminar für Arabistik / Islamwissenschaft, Georg-August-Universität Göttingen)

Schneider, Irene (Seminar für Arabistik/Islamwissenschaft, Georg-August-Universität Göttingen)

Scholz, Peter (Amtsgericht Charlottenburg; Fachbereich Rechtswissenschaft, Freie Universität Berlin)

Vora, Vishal (Abteilung Recht und Ethnologie, Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung, Halle/Saale)

Würth, Anna (Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin)

Erscheinungsweise

Die *ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam* erscheint jährlich in elektronischer Form.

Inhaltliche Verantwortung

Jeder Autor ist für den Inhalt seines Beitrags selbst verantwortlich. Meinungsäußerungen sind solche der Autoren und spiegeln im Zweifel nicht die Ansicht der *GAIR*, der Redaktion oder der Herausgeber wider.

Manuskripteinreichung

Beiträge können jederzeit den Herausgebern unter zri@gair.de zugesendet werden. Manuskripteinsendungen gelten grundsätzlich als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen der Herausgeber. Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich oder in Textform. Nicht sinnentstellende redaktionelle Bearbeitung bleibt vorbehalten.

Transkription

Die Transkription innerhalb der *ZR&I* orientiert sich grundsätzlich am Standard der *Deutschen Morgenländischen Gesellschaft*.

Zitiervorschlag

Autor: Titel des Beitrags, in: *ZR&I – Zeitschrift für Recht & Islam / Journal of Law & Islam* 12 (2020), S. X–XX.