

# Ancilla Iuris

Special Issue:  
Flexibility in Religious Law

Prof. Dr. Ronen Reichman  
Dr. Britta Müller-Schauenburg (Guest Editors)

*Drei Modelle zur Lösung der Spannung zwischen  
Tradition und Innovation im islamischen Recht  
Three Models to Resolve the Tension Between  
Tradition and Innovation in Islamic Law*

Serdar Kurnaz\*  
Translated by Jacob Watson

## Abstract

Muslimische Gelehrte waren bestrebt, das vorhandene Recht zu dynamisieren und neue Fälle, die in den autoritativen Quellen nicht angesprochen wurden, rechtskonform zu bewerten. Vor allem ab dem 2./8. Jahrhundert wurden Rechtsfindungs- und Rechtfortbildungsmethoden entwickelt, die je nach unterschiedlicher erkenntnistheoretischer Haltung stark rechtflexibilisierend bis rechtskonservierend ausdiskutiert wurden. Der vorliegende Beitrag bezieht sich exemplarisch auf drei Rechtsfindungsmechanismen: 1. Die enge Textauslegung, die eher flexibilisierungshemmend wirkt, 2. die Betonung der übergeordneten Ziele der Scharia, die Flexibilität ermöglicht, aber (stark) kontrolliert und 3. eine unbekannt alternative Herangehensweise von Ibn Rušd (Averroes), der das Recht in Naturrecht und positives Recht unterteilt und entsprechend auf das islamische Recht anwendet. Diese letzte Herangehensweise wird im Beitrag als Möglichkeit gesehen, eine islamisch-theologische und rechtsphilosophisch fundierte alternative Methode für die Gespräche über die Rolle des zeitgenössischen islamischen Rechts zu gewinnen.

I.  
EINFÜHRUNG

In der muslimischen Rechtstradition wird angenommen, dass zu Lebzeiten des Propheten Muhammad der Koran teils mit vielen Details, wie etwa in Bezug auf die Erbverteilung in 4:11f., oft aber ohne Details juristisch relevante Ereignisse regelte. Es war auch die Regel, dass der Prophet selbst die juristischen Fälle, die entstanden sind, unabhängig vom Koran selbst bewertete. Die Muslime standen im Allgemeinen nicht der Herausforderung gegenüber, selbst die neu entstehenden Fälle zu bewerten oder durch Auslegungsmethoden normative Aussagen im Koran zu deuten und Regelungen (*aḥkām*)<sup>1</sup> aus ihnen zu gewinnen.<sup>2</sup> Mit dem Ableben des Propheten standen seine Gefährten (*ṣaḥāba*) vor der Herausforderung, für neue Fälle

\* Prof. Dr. Serdar Kurnaz ist Juniorprofessor für Islamische Theologie an der Universität Hamburg.

1 Kursiv gedruckte Termini im Fließtext folgen den Transkriptionsempfehlungen der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft. Hingegen wurden aus technischen Gründen Autorennamen und Texttitel in den Fußnoten sowie gewisse Ausdrücke im Fließtext partiell an das westliche Alphabet angepasst.

2 Ausnahmen gab es dennoch, denn viele Prophetengefährten, die als Gouverneure oder als Befehlshaber einer Armee entsandt wurden, mussten rechtliche Fälle lösen und auch als Quasi-Richter urteilen. Zu solchen Fällen wird in der Literatur auch diskutiert, ob die Prophetengefährten zu Lebzeiten des Propheten selbst Recht finden und darüber hinaus auch Rechtsfortbildung betreiben durften. Für die diesbezügliche rechtsmethodische Diskussion s. *Serdar Kurnaz, Der Prophet als juristische Autorität*, in: Mark Chalil Bodenstein et al. (ed.), *Muhammad – Ein Prophet – viele Facetten* (Berlin 2014), 123–148.

## Abstract

Muslim scholars were anxious to dynamize existing law and to evaluate new cases that were not addressed in the authoritative sources, in conformity with the law. From the 2nd and 8th centuries onwards, in particular, methods of finding and furthering the law were developed which, depending on different epistemological attitudes, were discussed in a way that made the law very flexible and even conserved it. The present article refers to three legal mechanisms as examples: The narrow interpretation of the text, which tends to inhibit flexibility; 2. the emphasis on the overarching aims of Sharia law, which allows for flexibility but (strongly) controls it; and 3. an unknown alternative approach by Ibn Rušd (Averroes), who divides law into natural and positive law and applies it to Islamic law accordingly. This last approach is seen in the present article as a possibility to gain an Islamic-theological and legal-philosophically founded alternative method for the discussions on the role of contemporary Islamic law.

I.  
INTRODUCTION

In the Muslim legal tradition it is assumed that in the lifetime of the Prophet Muhammad the Qur'ān regulated legally relevant events, considering many details, such as the distribution of inheritance in 4:11f., but often without any details at all. It was also the rule that the Prophet himself evaluated the legal cases that arose independently of the Qur'ān itself. In general, Muslims were not faced with the challenge of evaluating the newly arising cases themselves or interpreting normative statements in the Qur'ān by means of interpretation methods and extracting rules (*aḥkām*)<sup>1</sup> from them.<sup>2</sup> With the death of the Prophet, his companions (*ṣaḥāba*) were faced with the challenge of formulating norms for new cases in the tradition of the Prophet (Sunna)

\* Prof. Dr. Serdar Kurnaz is Junior Professor of Islamic Theology at the University of Hamburg.

1 The emphasized phrases in the body text follow the transcription recommendations by the Deutsche Morgenländische Gesellschaft. However, due to technical reasons, authors, titles and certain expressions in the footnotes and the body text have been partially adapted to the western alphabet.

2 There were exceptions, however, because many Companions who were sent as governors or as commanders of an army had to solve legal cases and also judge as quasi judges. In such cases, the literature also discusses whether the prophet's companions were allowed to establish laws during the Prophet's lifetime and whether they were also allowed to pursue further legal education. For the relevant discussion see *Serdar Kurnaz, Der Prophet als juristische Autorität*, in: Mark Chalil Bodenstein et al. (ed.), *Muhammad – Ein Prophet – viele Facetten* (Berlin 2014), 123–148.

der Tradition des Propheten (Sunna) und dem Koran entsprechende bzw. ihnen nicht widersprechende Normen zu formulieren und diese neuentstehenden Fälle nicht offen zu lassen. Hinzu kommt auch die Frage, wie die juristisch relevanten Passagen des Korans und ebensolche Berichte über Muhammads Aussagen und Handlungen für den Alltag adäquat umgesetzt werden können. In der bisherigen Forschung wird betont, dass bis in das 2./8. Jahrhundert eine relativ unsystematische Auseinandersetzung mit dem Recht und mit möglichen Rechtsfindungsmethoden vorherrschte.<sup>3</sup> Mit dem 2./8. Jahrhundert entwickeln die Gelehrten Methoden, um von den mittlerweile als autoritative Quellen geltenden Koranversen und Hadithen (mündlich und schriftlich tradierte Aussagen und Handlungsberichte Muhammads) Normen abzuleiten und Rechtslücken zu füllen. Systematisiert wurden solche Methoden ab dem Ende des 2./8. und vor allem zwischen dem 4./10.–6./12. Jahrhundert,<sup>4</sup> um zum einen die Frage danach, wie Normen aus den Quellen abgeleitet werden sollen, zu beantworten, und zum anderen der Frage nachzugehen, ob und wie bestehende Normen revidiert werden können. Eine weitere Frage war, wie Fälle bewertet werden können, die nicht in den Quellen behandelt werden. Ab dem 4./10. Jahrhundert dominiert die Herangehensweise, sich von den schriftlichen Quellen inspirieren zu lassen und sich hauptsächlich daran zu orientieren. Die Methoden werden mittels der *bayān*-Epistemologie, die es noch zu erklären gilt, begründet.

Diesem Ansatz widerspricht das heutige Verständnis, nach den Zielen (*maqāṣid*) der Scharia zu fragen, um die Gültigkeit bestehender Regelungen und Normen zu prüfen und Alternativen vorzuschlagen. Im Rahmen dieser Herangehensweise wird nicht davon ausgegangen, dass die autoritativen Texte (*nuṣūṣ*) in der Rechtsfindung eine hierarchisch übergeordnete Rolle haben, sondern übergeordnet sind gewisse Prinzipien, die wiederum von den Texten gewonnen wurden, wie etwa der unbestimmte Schutz der Vernunft. Dieser Ansatz wird begünstigt durch eine gewisse Epistemologie, die ich als *maqāṣid*-Epistemologie bezeichnen möchte – diese Epistemologie wird ebenfalls noch zu beschreiben sein. Sowohl dieser Ansatz als auch die Rechtsfindungsmethoden, die im Rahmen der *bayān*-Epistemologie entwickelt wurden, versuchen der Flexibilität des Rechts, die die Gelehrten

and the Qur’ān that correspond to or do not contradict them, and of not leaving these newly arising cases open. In addition, there is also the question of how the legally relevant passages of the Qur’ān and equally relevant reports on Muhammad’s statements and actions can be adequately implemented for everyday life. Previous research has emphasized that up to the 2nd/8th century a relatively unsystematic examination of the law and possible methods of jurisprudence prevailed.<sup>3</sup> With the 2nd/8th century, methods developed to derive norms and fill legal gaps from the Qur’ān verses and Hadiths (oral and written statements and reports of Muhammad’s actions), which are now regarded as authoritative sources. Such methods were systematized from the end of the 2nd/8th century and especially between the 4th/10th–6th/12th centuries<sup>4</sup> in order to answer the question of how standards should be derived from the sources and to investigate the question of whether and how existing standards can be revised. Another question was how to assess cases that are not dealt with in the sources. From the 4th/10th century onwards, the dominating approach was to take inspiration from the written sources and mainly orientate oneself towards these. The methods are justified by means of the *bayān* epistemology, which still requires explanation.

This approach is contradicted by today’s understanding of asking questions within the aims (*maqāṣid*) of Sharia law in order to examine the validity of existing rules and norms and to propose alternatives. In this approach, it is not assumed that the authoritative texts (*nuṣūṣ*) have a hierarchically superior role in jurisprudence but rather that certain principles are superior, which in turn have been derived from the texts, such as the indefinite protection of reason. This approach is favored by a certain epistemology, which I would like to call *maqāṣid* epistemology – this epistemology will also have to be described. Both this approach and the jurisprudential methods developed within the framework of *bayān* epistemology try to do justice

3 Vgl. *Wael Hallaq*, *The Origins and Evolution of Islamic Law* (Cambridge 2004), 44–116.

4 Da eine Lücke zwischen dem 2./8. und dem 4./10. Jahrhundert klafft und uns kaum Handschriften aus dieser Zeit oder Kopien solcher vorliegen, kann nicht gesagt werden, ob sich schon im 3./9. Jahrhundert starke Systematisierungsprozesse abgespielt haben. Weil jedoch al-Jassās (gest. 370/981) ein sehr umfangreiches Werk mit den für die spätere Rechtsmethodik typischen Themen geschrieben hat, ist davon auszugehen, dass bereits ähnliche Werke im 3./9. Jahrhundert geschrieben wurden, s. *Wael Hallaq*, *A History of Islamic Legal Theories* (Cambridge 1997) 36f.

3 Cf. *Wael Hallaq*, *The Origins and Evolution of Islamic Law* (Cambridge 2004), 44–116.

4 Since there is a gap between the 2nd/8th and the 4th/10th centuries and we have hardly any manuscripts from this period or copies of such, it cannot be said whether strong systematization processes already took place in the 3rd/9th century. Due to the fact that al-Jassās (d. 370/981) wrote a very extensive work with the topics typical of the later legal methodology, it can be assumed that similar works were already written in the 3rd/9th century, see *Wael Hallaq*, *A History of Islamic Legal Theories* (Cambridge 1997) 36f.

als rechtsimmanent wahrnehmen, gerecht zu werden. Es stellt sich daher die Frage, wie in diesen beiden Ansätzen die Spannung zwischen Flexibilität und Beständigkeit des Rechts gelöst wird.

Eine Alternative zu beiden Ansätzen bietet Ibn Rušd (Averroes, gest. 595/1198) an.<sup>5</sup> Er geht, nach dem Vorbild von Aristoteles, von der Teilung des Rechts in Naturrecht und positives Recht aus. So verortet er das islamische Recht (*fiqh*) im positiven Recht und geht davon aus, dass das islamische Recht in den unterschiedlichen rechtspraktischen Lösungen nicht universal ist, sondern nur die Prinzipien des Rechts sind universal, da sie für Ibn Rušd teil des universalen Naturrechts sind. Dadurch ermöglicht Ibn Rušd dem Rechtsgelehrten höchste Flexibilität: Das Recht ist stets wandelbar.

Im vorliegenden Artikel werde ich auf diese drei unterschiedlichen Konzepte in ihren Grundzügen eingehen.<sup>6</sup> Dabei werde ich die Methoden, die im Rahmen der *bayān*-Epistemologie entstanden sind, hauptsächlich in Anlehnung an die sunnitische, rechtsmethodische Literatur, die sog. *uṣūl al-fiqh*, präsentieren. Die anderen beiden Ansätze werde ich in ihrem jeweiligen Kontext darstellen, d.h. zum einen in der modernen *maqāṣid*-Forschung und zum anderen in vier Werken Ibn Rušds, auf die ich unter der Analyse seiner Herangehensweise eingehen werde. Der Fokus liegt darin, die epistemologischen Grundlagen jeder Herangehensweise darzustellen und darauf einzugehen, wie jede Methode Anwendung findet. Die Leitfrage ist, wie jeder einzelne Ansatz die Normderivation ermöglicht und wie im jeweiligen Ansatz mit der rechtsimmanenten Flexibilität umgegangen und inwiefern ihr mögliche Grenzen gesetzt werden oder auf eine Grenzziehung verzichtet wird.

to the flexibility of the law which scholars perceive as immanent in law. The question therefore arises as to how these two approaches resolve the tension between flexibility and permanence of law.

An alternative to both approaches is offered by Ibn Rušd (Averroes, d. 595/1198).<sup>5</sup> He starts from the division of law into natural law and positive law, following the example of Aristotle. He places Islamic law (*fiqh*) in positive law and assumes that Islamic law is not universal in the different legal-practical solutions, but only the principles of law are universal, since for Ibn Rušd they are part of universal natural law. Thus, Ibn Rušd gives the legal scholar maximum flexibility: Law is always changeable.

In this article, I will discuss the broad outlines of these three different concepts.<sup>6</sup> In doing so, I will present the methods that have been developed within the framework of *bayān* epistemology, mainly on the basis of the Sunni legal methodological literature, the so-called *uṣūl al-fiqh*. I will present the other two approaches in their respective contexts, i.e. in modern *maqāṣid* research on the one hand and in four works by Ibn Rušd on the other, which I will mention under the analysis of his approach. The focus is on presenting the epistemological foundations of each approach and how each method is applied. The main question is how each individual approach allows for the derivation of norms and how it deals with the flexibility inherent in the law, to what extent it potentially draws lines and how it disposes of demarcation.

5 Weitere Alternativen sind zu finden bei *Serdar Kurnaz*, Möglichkeiten der Anwendung der *maqāṣid* in den erkenntnistheoretischen Grenzen der *uṣūl al-fiqh* am Beispiel des Analogieschlusses bei al-Gazālī, des Vorziehens der *maṣlaḥa* bei at-Tūfī, der juristischen Präferenz (*istiḥsān*) und der Spezifikation (*taḥṣīs*), in: Ben Abdeljelil (ed.), *Historizität und Transzendenz im Islam* (Berlin 2017), 241–263.

6 Dabei stütze ich mich in Bezug auf die Ausführungen zur *bayān*-Epistemologie auf meinen Artikel *Who is the lawgiver? – The Hermeneutical Grounds of the Methods of Interpreting Qurʾān and Sunna (istinbāt al-ahkām)*, in: *Oxford Journal of Law and Religion*, 6/2 (2017), 347–371, die in Fn 4 des hiesigen Artikels erwähnte Studie zum Analogieschluss, zur juristischen Präferenz und der Spezifikation. Eine etwas detailliertere deutsche Fassung meiner Studie zur *bayān*-Epistemologie habe ich als Antrittsvorlesung an der Universität Hamburg am 25.04.2017 gehalten, die als *Islamisches Recht zwischen Recht, Ethik und Theologie* (Münster 2017) publiziert wurde und sich an meinen Ausführungen der publizierten Fassung meiner Dissertation orientiert, s. *Serdar Kurnaz*, *Methoden zur Normderivation im islamischen Recht – Eine Rekonstruktion der Methoden zur Interpretation autoritativer textueller Quellen bei ausgewählten islamischen Rechtsschulen* (Berlin 2016), 335–405. In Bezug auf die Herangehensweise Ibn Rušds orientiere ich mich an meiner zur Publikation bereitstehenden kommentierten Übersetzung des Kapitels zum *Ribā* aus dem *Bidāyat al-mujtahid* von Ibn Rušd und deren rechtshermeneutische und erkenntnistheoretische Analyse. Diese Studie ist derzeit in Redaktionsarbeit und wird zur Publikation vorbereitet.

5 Further alternatives can be found in *Serdar Kurnaz*, Möglichkeiten der Anwendung der *maqāṣid* in den erkenntnistheoretischen Grenzen der *uṣūl al-fiqh* am Beispiel des Analogieschlusses bei al-Gazālī, des Vorziehens der *maṣlaḥa* bei at-Tūfī, der juristischen Präferenz (*istiḥsān*) und der Spezifikation (*taḥṣīs*), in: Ben Abdeljelil (ed.), *Historizität und Transzendenz im Islam* (Berlin 2017), 241–263.

6 I based my comments on *bayān* epistemology on my article *Who is the lawgiver? – The Hermeneutical Grounds of the Methods of Interpreting Qurʾān and Sunna (istinbāt al-ahkām)*, in: *Oxford Journal of Law and Religion*, 6/2 (2017), 347–371, the study on analogy, legal preference and specification mentioned in Fn 4 of this article. I gave a somewhat detailed German version of my study on *bayān* epistemology as my inaugural lecture at the University of Hamburg on 25.04.2017, which is published in *Islamisches Recht zwischen Recht, Ethik und Theologie* (Münster 2017), and is based on my comments in the published version of my dissertation, see *Serdar Kurnaz*, *Methoden zur Normderivation im islamischen Recht – Eine Rekonstruktion der Methoden zur Interpretation autoritativer textueller Quellen bei ausgewählten islamischen Rechtsschulen* (Berlin 2016), 335–405. With regard to Ibn Rušd's approach, I am guided by my annotated translation of the chapter on *Ribā* from Ibn Rušd's *Bidāyat al-mujtahid* and its analysis in terms of legal hermeneutics and epistemology, which is ready for publication. This study is currently in editorial work and is being prepared for publication.

II.  
RECHTSFINDUNG UND  
RECHTSFORTBILDUNG IM RAHMEN DER  
BAYĀN-EPISTEMOLOGIE

1. Die *bayān*-Epistemologie

Folgt man den Ausführungen der Gelehrten ab dem 4./10. Jahrhundert, so ist zu sehen, dass sie als Grundlage der ihrerseits etablierten Methoden ein Kommunikationsmodell entworfen haben. Dies ist scheinbar für sie notwendig gewesen, da zumindest der Koran, als Offenbarung Gottes, eine Kommunikationssituation voraussetzt. Hinzu kommt, dass die Mehrheit der Gelehrten annimmt, dass Gott der einzige Gesetzgeber (*šāri‘* bzw. *ḥākim*) ist.<sup>7</sup> Allenfalls ist der Prophet im übertragenen Sinne zugleich Gesetzgeber, da er die Botschaft verkündet, diese erklärt und ergänzt.<sup>8</sup> In diesem Kommunikationsmodell gehen die Gelehrten davon aus, dass Regelungen (*aḥkām*) von Gott und vom Propheten erlassen werden. Demnach gilt, die autoritativen Quellen, also Koran und Sunna, korrekt zu verstehen, die dort vorhandenen Bedeutungen zu rekonstruieren und aus ihnen Regelungen abzuleiten.<sup>9</sup> Denn alles andere würde für sie bedeuten, dass nicht Gott bestimmt, was getan und unterlassen werden soll bzw. was zulässig ist, sondern der Mensch selbst. Aber der Mensch, so die Mehrheit der sunnitischen Gelehrten, kann nicht unabhängig der Offenbarung das Gute und Böse entdecken.<sup>10</sup> Da alles, was Recht ist, aus den autoritativen Quellen Koran und Sunna gewonnen werden muss, konzentrieren sich die Gelehrten auf die Mitteilungen und Erklärungen des Gesetzgebers, auf den sogenannten *bayān* („Erklärung“). Der Gesetzgeber kann mittels unterschiedlicher Arten des *bayān* – so etwa Aussagen, Handlungen, Sendschreiben – mitteilen oder bereits eine getroffene, aber unklare Aussage erklären, was genau getan oder unterlassen werden soll.<sup>11</sup> Die Grundpfeiler der Methoden, die im Rahmen dieser Epistemologie entwickelt wurden, sind wie folgt: Man geht davon aus, dass Koran und Sunna wie Texte gelesen werden können, und zwar unabhängig ihres Ent-

II.  
JURISPRUDENCE AND LEGAL  
DEVELOPMENT WITHIN THE  
FRAMEWORK OF BAYĀN EPISTEMOLOGY

1. *Bayān* epistemology

If one follows the explanations of the scholars from the 4th/10th century onwards, it can be seen that they have designed a communication model as the basis for their established methods. This was apparently necessary for them, since at least the Qur’ān, as revelation of God, presupposes a speech situation. In addition, the majority of scholars assume that God is the only lawgiver (*shāri‘* or *ḥākim*).<sup>7</sup> At most, the prophet in the figurative sense is also the lawgiver, since he proclaims the message through notification, then explains it and clarifies it.<sup>8</sup> In this communication model, the scholars assume that rules (*aḥkām*) are issued by God and by the Prophet. Accordingly, the authoritative sources, i.e. the Qur’ān and Sunna, must be understood correctly, the meanings existing there reconstructed and rules must be derived from them.<sup>9</sup> For anything else would mean for them that it is not God who determines what to do or avoid or what is permissible, but man himself. But man, according to the majority of Sunni scholars, cannot discover good and evil independently of the revelation.<sup>10</sup> Since everything associated with the law must be derived from the authoritative sources of the Qur’ān and Sunna, the scholars concentrate on the communications and explanations of the lawgiver, on the so-called *bayān* (here: statement). The lawgiver can use different types of *bayān* – such as statements, actions, scripture – to communicate or clarify speech that has already been made but left unclear on what exactly is to be done or avoided.<sup>11</sup> The cornerstones of the methods developed in this epistemology are as follows: It is assumed that the Qur’ān and Sunna can be read as texts, regardless of their context of origin.<sup>12</sup> This leads to authoritative texts, instead spoken utterances, that can overcome temporal and spatial boundaries. The Qur’ān and the Sunna address all those who see themselves as

7 S. z.B. *Sayf al-Dīn al-Āmidī*, al-Ihkām fī usūl al-ahkām, Hg. ‘Abdarrazzāq ‘Afīfī, (Riyad 2003), Bd. I, 111.

8 Daher ist die prophetische Sunna auch eine Rechtsquelle (hier: *hujja*, wörtl. Beweis, Argument), vgl. *Abū l-Walīd Ibn Ruṣd*, ad-Darūrī fī usūl al-fīqh, Hg. Jamāl ad-Dīn al-‘Alawī (Beirut 1994), 66.

9 Vgl. *Yunus Apaydın*, *Klasik Fıkıh Usulünün Yapısı ve İşlevi*, in: *Islam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 1 (2003), 7–28, hier besonders 10; *Yunus Apaydın*, *Fıkıh Usulünün Temel Kabulleri ve Tarihselcilik*, in: Kallek (Hg.), *Dini Hükümlerin Kaynağı ve Dini Metinlerin Anlaşılması* Konusundaki Çağdaş Yaklaşımlar Çalıştayı (Istanbul 2010), 323–364, hier besonders 328, 331, 333.

10 Vgl. *al-Āmidī*, al-Ihkām, Bd. I, 112–121; *Bernard Weiss*, *The Search for God’s Law – Islamic Jurisprudence in the Writings of Sayf al-Dīn al-Āmidī* (Utah 2010), 83–90.

11 Für eine Systematisierung des *bayān* und eine Übersicht, s. *Serdar Kurnaz*, *Methoden zur Normderivation im islamischen Recht – Eine Rekonstruktion der Methoden zur Interpretation autoritativer, textueller Quellen in ausgewählten islamischen Rechtsschulen* (Berlin 2016), 335–355.

7 S. e.g. *Sayf al-Dīn al-Āmidī*, al-Ihkām fī usūl al-ahkām, ed. ‘Abdarrazzāq ‘Afīfī (Riyad 2003), vol. I, 111.

8 Therefore the prophetic Sunna is also a source of law (here: *hujja*, literal proof, argument), see. *Abū l-Walīd Ibn Ruṣd*, al-Darūrī fī usūl al-fīqh, ed. Jamāl al-Dīn al-‘Alawī (Beirut 1994), 66.

9 Cf. *Yunus Apaydın*, *Klasik Fıkıh Usulünün Yapısı ve İşlevi*, in: *Islam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 1 (2003), 7–28, here especially 10; *Yunus Apaydın*, *Fıkıh Usulünün Temel Kabulleri ve Tarihselcilik*, in: Kallek (ed.), *Dini Hükümlerin Kaynağı ve Dini Metinlerin Anlaşılması* Konusundaki Çağdaş Yaklaşımlar Çalıştayı (Istanbul 2010), 323–364, here especially 328, 331, 333.

10 See *al-Āmidī*, al-Ihkām, vol. I, 112–121; *Bernard Weiss*, *The Search for God’s Law – Islamic Jurisprudence in the Writings of Sayf al-Dīn al-Āmidī* (Utah 2010), 83–90.

11 For a systematization of *bayān* and an overview, see *Serdar Kurnaz*, *Methoden zur Normderivation im Islamischen Recht – Eine Rekonstruktion der Methoden zur Interpretation autoritativer, textueller Quellen in ausgewählten Islamischen Rechtsschulen* (Berlin 2016), 335–355.

stehungskontexts.<sup>12</sup> Dies führt dazu, dass nunmehr autoritative Texte anstatt einer Rede vorliegen, die zeitliche und räumliche Grenzen überwinden können. Der Koran und die Sunna adressieren all diejenigen, die sich als Adressaten vom Koran verstehen, also jeder, der sich von Koran und Sunna angesprochen fühlt, unabhängig davon, wann und wo der Adressat lebt. Das hat auch eine Auswirkung auf die juristische Hermeneutik. Denn fortan gilt, dass der allgemeine Wortlaut der Aussagen in den Quellen berücksichtigt werden muss und nicht der spezifische Anlass. Dadurch werden die Aussagen nicht mehr historisch konkretisiert, sondern alle Bedeutungen, die durch den allgemeinen Wortlaut ableitbar sind, werden in die Rechtsprechung einbezogen<sup>13</sup> – der historische Kontext zeigt nur eine mögliche unter vielen Bedeutungen. Da aber nun viele Bedeutungen durch den allgemeinen Wortlaut zugänglich werden, müssen die Gelehrten sich die Frage stellen, ob Wörter eine vorzügliche Bedeutung unter möglichen Bedeutungen haben. In der Tat gehen die Gelehrten davon aus, dass Wörter eine wörtliche (*ḥaqīqī*) Bedeutung haben und eine Bedeutung im übertragenen Sinne (*maǧāzī*) – man geht von einer *ḥaqīqa-maǧāz*-Dichotomie aus.<sup>14</sup> Die wörtliche Bedeutung einer Aussage hat jedoch Vorrang vor der Verwendung von Aussagen und Wörtern im übertragenen Sinne. Dieser letzte Sinn kann vorgezogen werden, wenn dazu Indizien vorliegen. Diese Dichotomie hat eine besondere Auswirkung auf die Formung der Textauslegungsmethoden bzw. den Normderivationsmethoden, auf die aber hier nicht eingegangen werden kann.<sup>15</sup>

Nach diesem Ansatz müssen alle juristisch relevanten Fälle, seien sie in den Quellen genannt oder auch nicht, mit Hilfe der in den Quellen vorhandenen Informationen und Anweisungen bewertet und gelöst werden. Vor allem die Fälle, die im Koran nicht genannt werden, werden mit Bezug auf die Analogie (*qiyās*) bewertet. Da aber die Analogie nicht auf alle Fälle übertragen werden kann, sind zumindest zwei weitere Methoden bekannt, die es erlauben, neu entstehende Fälle rechtskonform zu bewerten, ja sogar Ausnahmen zu bestehenden Regelungen zu machen. Diese beiden Methoden sind die Billigkeit bzw. das Gutdünken (*istiḥsān*),

12 Dies hat zum einen mit dem Offenbarungsmodell zu tun, dass der Koran in einer gewissen Nacht auf eine Himmelskugel namens *bayt al-ʿizza* (Haus der Erhabenheit) als Ganzes herabgesandt wurde, und von dort zu unterschiedlichen Anlässen, ohne dass die Anlässe bestimmen, was im Koran steht, s. *Badr ad-Dīn al-Zarkashī*, al-Burhān fi ‘ulūm al-Qur’ān. Hg. Abū l-Faḍl al-Dīmīyātī (Kairo 2006), 160; *Jalāl al-Dīn as-Suyūṭī*, al-Itqān fi ‘ulūm al-Qur’ān, Hg. Markaz al-dirāsāt al-Qur’āniyya (Mekka 2005), Bd. I, 268 ff. Gelehrte wie *Badr ad-Dīn al-Zarkashī* (gest. 794/1392) ziehen eine Parallele zur Sunna und sehen die überlieferte Sunna, also die Hadithe, als schriftliche Quelle, s. *Badr ad-Dīn al-Zarkashī*, al-Bahr al-muḥīt fi usūl al-fiqh, Hg. Sulaymān al-Ashqar (Kuwait 1992), Bd. III, 492f.

13 Für dieses Prinzip s. *al-Zarkashī*, al-Bahr al-muḥīt, Bd. III, 198

14 Für eine Übersicht über diese Dichotomie s. *Heinrichs Wolfhart*, On the Genesis of the *ḥaqīqa-maǧāz* Dichotomy, in: *Studia Islamica* 59 (1984), 111–140; *Kurnaz*, Methoden, 369–373.

15 S. hierfür *Kurnaz*, Methoden, 420–438.

addressees of the Qur’ān, i.e. anyone who feels addressed by the Qur’ān and the Sunna, regardless of when and where the addressee lives. This also has an effect on legal hermeneutics. From now on it is true that the general wording of the statements in the sources must be taken into account and not the specific occasion. Thus the statements are no longer historically concretized, but all meanings that can be derived from the general wording are included in jurisprudence<sup>13</sup> – the historical context shows only one of many possible meanings. But now that many meanings become accessible through the general wording, scholars must ask themselves whether words have arrived at a preferred meaning among possible meanings. Indeed, the scholars assume that words have a literal (*ḥaqīqī*) meaning and a meaning in the figurative sense (*maǧāzī*) – one assumes a *ḥaqīqa-maǧāz* dichotomy.<sup>14</sup> The literal meaning of a statement always takes precedence over the use of statements and words in the figurative sense. This last meaning can be preferred if there are indications of it. This dichotomy has a special effect on the formation of the text interpretation methods or the standard derivation methods, which, however, cannot be discussed here.<sup>15</sup>

Under this approach, all legally relevant cases, whether or not cited in the sources, must be assessed and resolved using the information and instructions available in the sources. In particular, the cases not mentioned in the Qur’ān are evaluated with reference to analogy (*qiyās*). However, since analogy cannot be applied to all cases, at least two further methods are known that allow newly arising cases to be evaluated in a legally compliant manner, or even to make exceptions to existing rules. These two methods are equity or juridic discretion (*istiḥsān*), which is specific, but not exclusively a Hanafī, and considering beneficial (*istiḥlāḥ*), which

12 This has to do with the revelation model that the Qur’ān was sent down on a certain night to a heavenly sphere called *bayt al-ʿizza* (House of Sublimity) as a whole, and from there on different occasions, without the occasions determining what is written in the Qur’ān, see *Badr ad-Dīn al-Zarkashī*, al-Burhān fi ‘ulūm al-Qur’ān. Ed. Abū l-Faḍl al-Dīmīyātī (Kairo 2006), 160; *Jalāl al-Dīn as-Suyūṭī*, al-Itqān fi ‘ulūm al-Qur’ān, ed. Markaz al-dirāsāt al-Qur’āniyya (Mecca 2005), Vol. I, 268 ff. Scholars such as *Badr ad-Dīn al-Zarkashī* (d. 794/1392) draw a parallel to the Sunna and see the Sunna, i.e. the Hadith, as a written source, see *Badr ad-Dīn al-Zarkashī*, al-Bahr al-muḥīt fi usūl al-fiqh, ed. Sulaymān al-Ashqar (Kuwait 1992), Vol. III, 492f.

13 For this principle see *al-Zarkashī*, al-Bahr al-muḥīt, vol. III, 198

14 For an overview of this dichotomy see *Heinrichs Wolfhart*, On the Genesis of the *ḥaqīqa-maǧāz* Dichotomy, in: *Studia Islamica* 59 (1984), 111–140; *Kurnaz*, Methoden, 369–373.

15 See *Kurnaz*, Methoden, 420–438.

was spezifisch, aber nicht ausschließlich hanafitisch ist, und das Für-Nützlich-Halten (*istiṣlāḥ*), was spezifisch mālikitisch ist. Da die hiesige Leitfrage sich auf die Flexibilität des Rechts bezieht, möchte ich auf die Normderivationsmethoden, die die Hinweise, die in den Rechtsquellen zu finden sind, auslegen und sie berücksichtigend den Gelehrten befähigen, Regelungen von ihnen abzuleiten, nicht eingehen. Ich schließe somit den sogenannten *istinbāt al-aḥkām* aus. Beginnen möchte ich daher mit der Darstellung des *qiyās*, der es ermöglicht, nicht genannte Fälle in Koran und Sunna ihnen entsprechend zu bewerten und mögliche bestehende Regelungen in Anlehnung an die Quellen zu revidieren bzw. Ausnahmen vorzuschlagen.

## 2. Rechtsfortbildung im Rahmen der *bayān*-Epistemologie

### *Qiyās* (Analogie bzw. Subsumtion)

Der *qiyās* setzt in den Grundzügen voraus, dass es einen Ausgangsfall in den Quellen gibt, der einen Rechtsgrund (*‘illa*) besitzt, der auch im Zielfall vorzufinden ist, sodass dem Zielfall dieselbe Rechtsfolge zugeschrieben wird wie dem Ausgangsfall.<sup>16</sup> Paradebeispiel ist die Verbotserklärung jeglicher alkoholhaltiger Getränke, in dem die Rechtsfolge (hier: *ḥukm*) des Ausgangsfalls (*aṣl*) – die Rechtsfolge der Aussage in Sura 5:90 ist das Verbot des Weinkonsums – auf einen möglichen Zielfall (*far’*), wie etwa den Bierkonsum, durch den in beiden Fällen vorliegenden, identischen Rechtsgrund – und zwar die Trunkenheit – übertragen wird. Da der Rechtsgrund, in Anlehnung an einen Hadith, zum allgemeinen Prinzip wird, bezeichnet al-Ġazālī (gest. 505/1111) solch eine Analogie als *at-tamassuk bi-l-‘umūm*, also eine Ableitung aufgrund von allgemeinen Kriterien.<sup>17</sup> Somit liegt in diesem Fall keine Analogie im engeren Sinne, sondern eine Art Subsumtion/Syllogismus vor. Solch eine Analogie ist aber selten, denn der Mittelbegriff, der eine Analogie ermöglicht, ist meistens kein Rechtsgrund (*‘illa*), der objektiv bestimmbar, auf adäquate Fälle übertragbar ist und evident vorliegt.<sup>18</sup> Der hier beschriebene *qiyās*, der sich an einem Rechtsgrund orientiert und zwei Dinge mittels solchen Rechtsgrunds aufeinander bezieht, ist nicht die maßgebliche Methode, die die Entstehung der einzelnen Rechtsbestimmungen (die sogenannte *furū’ al-fiqh*) beeinflusst hat. Vielmehr findet die stark unbe-

is specifically Mālikī method. Since the central question here refers to the flexibility of the law, I do not wish to go into the methods for deriving norms, which interpret the references found in the sources of law and enable scholars to derive rules from them by taking them into account. I therefore exclude the so-called *istinbāt al-aḥkām*. I would therefore like to begin with the presentation of *qiyās*, which makes it possible to evaluate cases unmentioned in the Qur’ān and Sunna, accordingly. It also allows for revision of possible existing rules on the basis of the sources or to propose exceptions.

## 2. Derivation of legal norms in the context of *bayān* epistemology

### *Qiyās* (analogy or subsumption)

*Qiyās* presupposes in the main features that there is an initial case in the sources which has a legal ground (*‘illa*) which can also be found in the target case, so that the target case is attributed the same legal consequence as the initial case.<sup>16</sup> A prime example is the prohibition of all alcoholic beverages, in which the legal consequence (here: *ḥukm*) of the initial case (*aṣl*) – the legal consequence of the statement in Sura 5:90 is the prohibition of wine consumption – is transferred to a possible target case (*far’*), such as beer consumption, by which in both cases there is an identical legal ground – namely drunkenness. Since the legal ground, based on a Hadith, becomes a general principle, al-Ġazālī (d. 505/1111) describes such an analogy as *at-tamassuk bi-l-‘umūm*, i.e. a derivation on the basis of general criteria.<sup>17</sup> Thus in this case there is no analogy in the narrower sense, but a kind of subsumption/syllogism. But such an analogy is rare, because the notion of means that makes an analogy possible is usually not a legal ground (*‘illa*) that can be objectively determined, can be transferred to adequate cases and is evident.<sup>18</sup> The *qiyās* described here, which is based on one legal ground and relates two things to each other by means of such, is not the decisive method that influenced the emergence of the individual legal provisions (the so-called *furū’ al-fiqh*). Rather, the strongly indefinite and subjectively varying analogical similarity (*qiyās al-shabah*) is applied. This is an analogy oriented towards a

16 Vgl. *Abū Hāmid al-Ġazālī*, al-*Mustasfā min ‘ilm usūl al-fiqh*, Hg. Hamza b. Zuhayr Hāfiz (Medina o.J.), Bd. III, 481.

17 Vgl. *Abū Hāmid al-Ġazālī*, *Asās al-qiyās*, Hg. Fahd b. Muhammad al-Sadihān (Riyad 1993), 27. Die Übersetzung des „*al-Tamassuk bi-l-‘umūm*“ habe ich von Griffel übernommen, s. *Ibn Ruṣd*, Maßgebliche Abhandlung, *Faṣl al-maqāl*, aus dem Arabischen übersetzt und herausgegeben von Frank Griffel (Berlin 2010), 161.

18 Für die Herleitung eines Rechtsgrunds für eine gültige Analogie, s. *al-Ġazālī*, al-*Mustasfā*, Bd. 3, 590–633.

16 Cf. *Abū Hāmid al-Ġazālī*, al-*Mustasfā min ‘ilm usūl al-fiqh*, ed. Hamza b. Zuhayr Hāfiz (Medina n.d.), vol. III, 481.

17 Cf. *Abū Hāmid al-Ġazālī*, *Asās al-qiyās*, ed. Fahd b. Muhammad al-Sadihān (Riyad, 1993), 27. The translation of the „*al-Tamassuk bi-l-‘umūm*“ was done by Griffel, see *Ibn Ruṣd*, *Maṣṣab al-fiqh*, *Faṣl al-maqāl*, translated from Arabic and edited by Frank Griffel (Berlin 2010), 161.

18 For the derivation of a legal ground for a valid analogy, see *al-Ġazālī*, al-*Mustasfā*, vol. 3, 590–633.

stimmte und subjektiv variierende Ähnlichkeitsanalogie (*qiyās aš-šabah*) Anwendung. Hierbei handelt es sich um eine Analogie, die sich an einer Eigenschaft als Mittelbegriff orientiert, die sich zwischen zwei Dingen finden lässt. Dabei wird aber zugegeben, dass es sich nicht um einen wirklichen Rechtsgrund handelt. Al-Ġazālī sagt, dass der meiste angewandte *qiyās* seitens der Rechtsgelehrten eben die Ähnlichkeitsanalogie sei.<sup>19</sup>

In diesem Normderivationsvorgang ist nicht die *illa* der entscheidende Faktor, sondern es sind andere „Dinge“, wie etwa eine unbestimmte und subjektiv variierende Ähnlichkeit (*šabah*) zwischen zwei Dingen, die zeigt, wie der Zielfall zu beurteilen ist. Solch eine Normderivation „ermöglicht“, sollten wir in den Grenzen der *bayān*-Epistemologie bleiben, eine *notwendige* und möglicherweise unerwünschte Flexibilität, denn je nach Rechtsschule und möglicherweise auch je nach Zeit und Ort kann die „Ähnlichkeit“ (*šabah*) für eine Ähnlichkeitsanalogie variieren. Offensichtlich zu sehen ist dies im Falle des Verbots von *ribā* (Wucherzins). Die Mehrheit der Gelehrten geht davon aus, dass das *ribā*-Verbot sich nicht auf einige wenige Dinge bezieht, wie es etwa in Varianten eines für den *ribā*-Verbot zentralen Hadith der Fall ist,<sup>20</sup> sondern diese wenigen Dinge, die im Hadith genannt werden, weisen auf weitere Dinge hin. So etwa kann Salz, der im Hadith als Gegenstand des *ribā*-Verbots genannt wird, auf Gewürze im Allgemeinen hinweisen. Was aber der wirkliche Rechtsgrund der im Hadith genannten sechs Dinge (Gold, Silber, Weizen, Gerste, Dattel und Salz) ist, ist nicht zu ermitteln. So ergeben sich nach den Mālikiten zwei unterschiedliche Rechtsgründe: 1. Gold und Silber sind auf Gold und Silber begrenzt und auf keine weiteren Dinge zu übertragen und 2. Alles, was gelagert werden kann und als Grundnahrungsmittel gilt. Die Šāfiīten gehen auch von zwei Rechtsgründen aus, wobei der erste Rechtsgrund identisch mit den der Mālikiten ist. Der zweite Rechtsgrund, der sich auf Weizen, Gerste, Dattel und Salz bezieht, wird als „alles Essbare“ (Sg. *maʿkūl*) bzw. „Genießbare“ (Sg. *maṭʿūm*) verstanden. Hanafiten hingegen sehen in Gold und Silber den Rechtsgrund, dass dies Dinge sind, die gewogen werden (*mawzūn*), und die restlichen Dinge solche sind, die im Hohlmaß gemessen (*makīl*) werden. Demnach ist alles, was gewogen oder im Hohlmaß gemessen wird, Gegenstand des *ribā*-Verbots. Die Rechtsschulen versuchen ihre jeweilige Herangehensweise mit Hadithen und rationalen Argumenten zu untermauern, können aber keinen wirklich „objektiv“ ableitbaren Rechtsgrund bestimmen.<sup>21</sup>

property as a mediating concept, which can be found between two things. It is admitted in making the analogy, however, that this is not a real legal ground. Al-Ghazālī says that the most used *qiyās* on the part of jurists is analogical similarity.<sup>19</sup>

In this norm-derivation process, the decisive factor is not *illa*, but rather it is other “things,” like an indefinite and subjectively varying similarity (*shabah*) between two things, that show how the target case is to be judged. Deriving norms thusly “enables,” if we are to remain within the limits of *bayān* epistemology, a *necessary* and possibly undesirable flexibility, because depending on the school of law and possibly also depending on time and place, the “similarity” (*shabah*) for analogical similarity can vary. This can obviously be seen in the case of the prohibition of interest (*ribā*). The majority of scholars assume that the prohibition of *ribā* applies not just to a few things, as is the case in variants of a central Hadith regarding the prohibition of *ribā*,<sup>20</sup> but these few things mentioned in the Hadith point to further things. For example, salt, which is mentioned in the Hadith as a subject of the prohibition of interest, can point to spices in general. But what is the real legal basis of the six things mentioned in the Hadith (gold, silver, wheat, barley, date and salt) cannot be determined. Thus, according to the Mālikī, there are two different legal grounds: 1. Gold and silver are limited to gold and silver and do not transfer to any other things, and 2. everything that can be stored and is considered a staple food. The Šāfiī scholars also have two legal grounds, the first being identical to those of the Mālikīs. The second legal ground, which refers to wheat, barley, dates and salt, is understood as “everything eatable” (*maʿkūl*) or “everything edible” (*maṭʿūm*). The Hanafī scholars, on the other hand, see legal basis in gold and silver in that these are things measured by weight (*mawzūn*) and other things are measured by volume (*makīl*). Accordingly, anything weighed or measured by volume is subject to the prohibition of *ribā*. The schools of law try to underpin their respective approaches with Hadiths and rational arguments, but cannot determine a really “objectively” derivable legal ground.<sup>21</sup> This then necessarily leads to a flexibility that is strongly criticized by Zāhirī scholars such as Ibn Hazm (d. 456/1064). The main idea is that the variance does not make legal certainty possible and that subjectivity predominates in the schools of law.<sup>22</sup>

19 Vgl. *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, Bd. 3, 643. Für die Beschreibung, was *qiyās al-shabah* ist, s. ebd. 643.

20 S. für den Hadith: *Muslim b. al-Hajjāj*, *Jāmiʿ as-sahih*, Kitāb al-Musāqāh, Bāb 15, Hadith Nr. 82 (1587), und Hadith Nr. 81.

19 See *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, vol. 3, 643. For the description of what *qiyās al-shabah* is, see ibid. 643.

20 See for the Hadith: *Muslim b. al-Hajjāj*, *Jāmiʿ al-sahih*, Kitāb al-Musāqāh, Bāb 15, Hadith No. 82 (1587), and Hadith No. 81.

Dies führt dann notwendig zu einer Flexibilität, die von zāhirī-tischen Gelehrten wie etwa Ibn Hazm (gest. 456/1064) stark kritisiert wird. Der Hauptgedanke ist, dass durch die Varianz keine Rechtssicherheit möglich ist und hier die Subjektivität in den Rechtsschulen überwiegt.<sup>22</sup>

Wir haben bisher gesehen, dass die Analogie dafür dient, Rechtslücken zu füllen. Dabei werden unterschiedliche Analogieschlüsse angewandt. Die vielfach verwendete Analogie ist dabei die Ähnlichkeitsanalogie. Sie hingegen ist aber auch nur dann auszuführen möglich, wenn ein Ausgangsfall in den autoritativen Quellen vorhanden ist. Was geschieht aber mit den Fällen, zu denen kein direkter Ausgangsfall vorhanden ist? Also, wenn der Rechtsgrund einer bestehenden Regelung für einen Ziel-fall nicht mittels tradiert autoritativer Quellen (also mittels *adilla*, die *manqūl* sind) bestimmt werden kann, welche Methoden finden dann Anwendung? Hier sind die Ausführungen al-Ġazālī prägend für die Entwicklung des *qiyās* vor allem unter den Šāfi'īten. Nachdem al-Ġazālī besprochen hat, wie man den Rechtsgrund aus den autoritativen Quellen und aus dem Konsens (*iġmā'*) der Gelehrten bestimmen kann,<sup>23</sup> geht er genau dieser Frage nach. Er schlägt vor, dass der Rechtsgrund hergeleitet werden kann: Die erste Art der Herleitung ist das Ausschlussprinzip (das sog. *as-sabr wa-t-taqsim*)<sup>24</sup>. Die zweite Art, die für die Frage der Flexibilität interessante Art ist, ist die Herleitung der sogenannten Kongruenz (*al-munāsaba*).<sup>25</sup> Nach dieser sogenannten Kongruenzanalogie gilt nach den Zielen (*maqāsid*) der Aussagen in Koran und Sunna zu fragen, um einen Rechtsgrund für eine Analogie zu formulieren. Um dies zu gewährleisten, leiten die Gelehrten in der Federführung von al-Ġazālī von den koranischen Verboten ab, dass es notwendig zu schützende Interessen gibt, die sogenannten *ḍarūriyyāt*: Schutz der Religion, des Lebens, der Vernunft, der Nachkommenschaft und des Besitzes. Daneben sind zwei weitere schützenswerte Interessen vorhanden, die, im Gegensatz

We have seen so far that the analogy serves to fill in legal gaps. Different analogies are applied here. The analogy frequently used is analogical similarity. This analogy, on the other hand, can only be carried out if there is an initial case in the authoritative sources. But what happens in cases for which there is no direct initial case? That is, if the legal basis of an existing rule for a target case cannot be determined by means of traditional authoritative sources (i.e. by means of *adilla*, which are *manqūl*), which methods are then applied? Here the remarks of al-Ġazālī are formative for the development of the *qiyās* especially among Šāfi'īs. After al-Ġazālī discussed how the legal ground can be determined from authoritative sources and from the consensus (*iġmā'*) of the scholars,<sup>23</sup> he pursues exactly this question. He suggests that legal ground can be determined by derivation: The first type of derivation is the principle of exclusion (the so-called *al-sabr wa-t-taqsim*).<sup>24</sup> The second type of derivation and interesting for the question of flexibility is the derivation of the so-called congruence (*al-munāsaba*).<sup>25</sup> According to this analogical congruence it is necessary to ask about the aims (*maqāsid*) of the statements in Qur'ān and Sunna in order to formulate a legal reason for an analogy. In order to guarantee this, the scholars following al-Ġazālī derive from the Qur'ānic prohibitions that there are essential interests requiring protection, the so-called *ḍarūriyyāt*: protection of religion, of life, of reason, of descendants and of possessions. In addition, there are two other interests worthy of protection which, in contrast to the essential interests above, are not defined in greater detail: the necessities (*ḥājjiyyāt*), the neglect of which can lead to hardship, and optional interests (*taḥsīniyyāt*), the disregard of

21 Für eine Gesamtanalyse s. *Abū l-Walīd Ibn Rušd*, *Bidāyat al-mujtahid wa-nihāyat al-muqtasid*, Hg. Abū Aws Yūsuf b. Ahmad al-Bakrī (Kuwait 2007), 655–659. Für eine englische Übersetzung s. *Ibn Rušd*, *The Distinguished Jurist's Primer. A translation of Bidāyat Al-Mujtahid*. Übersetzt von Imran Ihsan Khan Nyazee (London 1994–1996), Bd. 2, 158–163. Für eine türkische Übersetzung s. *Ebū'l-Velīd Ibn Rušd*, *Bidāyetü'l-Müctehid ve Nihāyetü'l-Muktesid* (Mezhepler Arası Mukayeseli İslām Hukuku). Übersetzt von Ahmed Meylānī, überarbeitet von Vecdi Akyüz (Istanbul 2015), Bd. 2, 569–575. Besonders gut ist die stark subjektive Herleitung des Rechtsgrunds des *ribā*-Verbots bei Abū l-Hasan al-Māwardī (gest. 450/1058) zu sehen, der *en detail* die Herleitung beschreibt, jedoch nicht von einem *shabah* ausgeht. Es ist an dieser Stelle nicht möglich zu diskutieren, weshalb al-Māwardī nicht von *shabah* ausgeht. S. für seine Ausführungen *Abū l-Hasan 'Alī b. Muhammad al-Māwardī*, *al-Hāwī al-kabīr fī fiqh madhab al-Imām aš-Šāfi'ī radiya llāh 'anhu wa-huwa sharh Muhtasar al-Muzanī*. Hg. 'Alī Muhammad Mu'awwad et al. (Beirut 1994), 93–99.

22 Vgl. *Abū Muhammad 'Alī b. Ahmad Ibn Hazm*, *al-Muhallā bi-l-Āthār*, Hg. 'Abdalghaffār Sulaymān al-Bindārī (Beirut 2003), Bd. 7, 401–438.

23 Vgl. *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, Bd. 3, 605–617.

24 Vgl. *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, Bd. 3, 618–619.

25 Vgl. *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, Bd. 3, 620.

21 For an overall analysis see *Abū l-Walīd Ibn Rušd*, *Bidāyat al-mujtahid wa-nihāyat al-muqtasid*, eds. Abū Aws Yūsuf b. Ahmad al-Bakrī (Kuwait 2007), 655–659. For an English translation see *Ibn Rušd*, *The Distinguished Jurist's Primer. A translation of Bidāyat Al-Mujtahid*. Translated by Imran Ihsan Khan Nyazee (London 1994–1996), vol. 2, 158–163. For a Turkish translation see *Ebū'l-Velīd Ibn Rušd*, *Bidāyetü'l-Müctehid ve Nihāyetü'l-Muktesid* (Mezhepler Arası Mukayeseli İslām Hukuku), translated by Ahmed Meylānī, revised by Vecdi Akyüz (Istanbul 2015), vol. 2, 569–575. The highly subjective derivation of the legal ground of the prohibition of *ribā* can be found with Abū l-Hasan al-Māwardī (d. 450/1058), who describes the derivation in detail but does not see it as a *shabah*. It is not possible to discuss at this point why al-Māwardī does not see it as a *shabah*. For his remarks, see *Abū l-Hasan 'Alī b. Muhammad al-Māwardī*, *al-Hāwī al-kabīr fī fiqh madhab al-Imām al-Šāfi'ī radiya llāh 'anhu wa-huwa sharh Muhtasar al-Muzanī*, ed. 'Alī Muhammad Mu'awwad et al. (Beirut 1994), 93–99.

22 Cf. *Abū Muhammad 'Alī b. Ahmad Ibn Hazm*, *al-Muhallā bi-l-Āthār*, ed. 'Abdalghaffār Sulaymān al-Bindārī (Beirut 2003), vol. 7, 401–438.

23 See *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, vol. 3, 605–617.

24 See *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, vol. 3, 618–619.

25 See *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, vol. 3, 620.

zu den notwendig zu schützenden Interessen, nicht näher bestimmt sind: die bedürfnisorientierten Interessen (*ḥājīyyāt*), deren Vernachlässigung dazu führen kann, dass Mühsal entsteht, und verschönernde Interessen (*taḥsīniyyāt*), bei deren Nichtbeachtung keine besonderen negativen Auswirkungen für die Gesellschaft zu befürchten sind. Bleiben wir bei den notwendig zu schützenden Interessen – werden sie nicht berücksichtigt, kann eine Gesellschaft nicht existieren, so die Mehrheit der Gelehrten: Wenn zu einem Fall im Koran und/oder in der Sunna keine explizite Aussage vorhanden ist, wird dieser Fall unter diese *maqāṣid* subsumiert und entsprechend bewertet. Solch ein *qiyās* wird dann als *al-qiyās al-munāsib* (oder *al-munāsaba*, die Kongruenzanalogie, Kongruenz im Sinne von „kongruent zu den *maqāṣid*“).<sup>26</sup> Somit wird versucht, dass der Gelehrte weiterhin von den Texten geleitet eine Norm ableitet und selbst nicht bestimmt, was Recht und rechtens ist. Denn es sind auch solche Interessen vorhanden, die von den Quellen selbst als nichtig bestimmt werden,<sup>27</sup> sogenannte *maṣāliḥ mulgā*. Wenn der Gelehrte entdeckt, dass die Erbverteilung unter den Söhnen und Töchtern 1:1 bestimmt werden soll, ist das, was er als anerkanntes Interesse sieht, von den Quellen als nichtig erklärt, indem der Koran selbst die Erbverteilung – in einer gewissen Konstellation – als 2:1 bestimmt, s. Sure 4:11. Die Kongruenzanalogie leitet den Gelehrten somit mittels der Texte, um Fälle zu bewerten, die in den Quellen nicht genannt werden.

Eine alternative Methode zur Kongruenzanalogie bietet die Methode der Billigkeit (*istiḥsān*, wörtl. „das Für-Gut-Halten“) um bestehende Regelungen zu revidieren oder Rechtslücken zu füllen.

*Istiḥsān*: Die Billigkeit bzw. das Für-Gut-Halten

Im Gegensatz zum *qiyās* ermöglicht das Für-Gut-Halten (*istiḥsān*), eine Ausnahme zu bestehenden Regelungen und Normen zu machen und auch Revisionen zu unternehmen. In den ersten drei Jahrhunderten überwiegt unter den hanafitischen Gelehrten scheinbar die Haltung, dass der Gelehrte, der in der Anwendung einer bereits

which may not have any particular negative effects on society. Let us stick to the essential interests requiring protection – if they are not considered, a society cannot exist, according to the majority of scholars: If there is no explicit statement on a case in the Qur’ān and/or in the Sunna, this case will be subsumed under *maqāṣid* and evaluated accordingly. Such a *qiyās* is then called *al-qiyās al-munāsib* (or *al-munāsaba*, analogical congruence, probably in the sense of “congruent to the *maqāṣid*”).<sup>26</sup> The attempt is thus for the scholar to continue to derive a norm from the texts and does not himself determine what the law is and what is right. Because there are also such interests that are determined by the sources themselves as void,<sup>27</sup> so-called *maṣāliḥ mulgā*. If the scholar discovers that the distribution of inheritance among the sons and daughters is to be determined 1:1, what he sees as a recognized interest is declared null and void by the sources, in that the Qur’ān itself determines the distribution of inheritance – in a certain constellation – as 2:1, see Qur’ān 4:11. Analogical congruence thus guides the scholar through the texts to evaluate cases that are not mentioned in the sources.

An alternative method to analogical congruence is the method of equity (*istiḥsān*, lit. considering (something) to be good), to revise existing rules or fill legal gaps.

*Istiḥsān*: equity or considering good

In contrast to *qiyās*, “considering (something) to be good” (*istiḥsān*) allows an exception to existing rules and norms and also permits revisions. In the first three centuries, the attitude among the Hanafi scholars apparently prevails that the scholar who sees an evil in the way an existing rule is applied may make an exception the rule. The scholar ori-

26 Auch wenn al-Ghazālī in Bezug auf die Kongruenzanalogie andere Termini als *ḍarūriyyāt*, *ḥājīyyāt* und *taḥsīniyyāt* verwendet, wie etwa *mu’atḥthir*, *mulā’im* und *gharīb*, so ist doch, wenn beide Passagen über die *maqāṣid* und der *munāsaba* in *al-Mustasfā* gelesen werden, eine Übereinstimmung unter den *maqāṣid* und den unterschiedlichen Arten der *munāsaba* vorhanden, vgl. *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, Bd. 2, 478–489 und Bd. 3, 620–633. Daher betont al-Ghazālī selbst, dass wenn er in Bezug auf den *qiyās* die beiden Wörter *al-mukhīl* und *al-munāsib* unbestimmt verwendet, bezeichne er die notwendig zu schützenden Interessen, also die, mit seinen Worten, *ḍarūrāt* bzw. *al-uṣūl al-khamsa* (die fünf Prinzipien), vgl. *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, Bd. 2, 491. Für eine detaillierte Analyse der Kongruenzanalogie bei al-Ghazālī und Fakhr al-Dīn al-Rāzī (gest. 606/1210), s. *Felicitas Opwis*, *Maslaha and the Purpose of the Law. Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century* (Leiden/Boston 2010), Kap. 2.

27 Vgl. *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, Bd. 2, 479f. Ich habe das hier erwähnte Beispiel um der Verständlichkeit Willen ersetzt.

26 Although al-Ghazālī uses terms other than *ḍarūriyyāt*, *ḥājīyyāt* and *taḥsīniyyāt* in relation to analogical congruence, such as *mu’atḥthir*, *mulā’im* and *gharīb*, if both passages about *maqāṣid* and *munāsaba* are read in *al-Mustasfā*, there is agreement among the *maqāṣid* and the different types of *munāsaba*, see *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, vol. 2, 478–489 and vol. 3, 620–633. Therefore, al-Ghazālī himself stresses that if he uses the two words *al-mukhīl* and *al-munāsib* indefinitely in relation to *qiyās*, it designates essential interests requiring protection, that is to say, the interests which are, with his words, *ḍarūrāt* or *al-uṣūl al-khamsa* (the five principles), see *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, vol. 2, 491. For a detailed analysis of the analogical congruence by al-Ghazālī and Fakhr al-Dīn al-Rāzī (d. 606/1210), see *Felicitas Opwis*, *Maslaha and the Purpose of the Law. Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century* (Leiden/Boston 2010), ch. 2.

27 See *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, vol. 2, 479f. I have replaced the example mentioned here for the sake of comprehensibility.

bestehenden Regelung ein Übel sieht, eine Ausnahme zur Regel machen darf. Der Gelehrte richtet sich, so wie Abū Mansūr al-Māturīdī (gest. 333/944) es betont, nach seinem inneren Gefühl, sofern zu einem Sachverhalt keine Aussage in den Quellen vorzufinden ist.<sup>28</sup> Das ist ihm möglich, da al-Māturīdī und viele späteren māturīditisch-hanafitisch geprägten Gelehrten der Meinung sind, dass der Mensch in der Lage ist, das Gute und Böse zu erkennen und dementsprechend zu handeln, im Gegensatz zur dominierenden aš'arītischen Haltung, dass der Mensch unabhängig der Quellen nicht in der Lage ist, das Gute und Böse zu erkennen.<sup>29</sup> Die Offenbarung wirkt entweder bestätigend oder korrigierend. So lässt sich der hanafitische Gelehrte von der Offenbarung leiten, kann sich aber auch auf seine eigene Forschung stützen, um zu bestimmen, ob bestehende Regelungen weiter gültig sind oder sie revidiert werden müssen. Für mu'tazilitisch geprägte Hanafiten wie etwa al-Karkhī (gest. 340/952) und al-Jassās (gest. 370/981),<sup>30</sup> dürfte der *istihsān*, wie ihn al-Māturīdī beschreibt, eigentlich auch unproblematisch gewesen sein, da nach mu'tazilitischer Lehre der Mensch in der Lage ist, unabhängig von der Offenbarung das Gute und Böse zu erkennen.

Es scheint eher der Fall in der frühen Entwicklung des *istihsān* gewesen zu sein, dass Hanafiten nach dem Sinn einer Regelung gefragt haben, sodass sie sich nicht zu eng am Wortlaut einer Aussage in den autoritativen Quellen halten mussten. Zu erwähnen ist die Frage als Beispiel aus der klassischen Literatur danach, ob man, im Falle der Almosensteuer für Schafe, ein Schaf selbst als Almosensteuer entrichten muss, wenn man 40 Schafe besitzt, oder ob man auch den Wert eines Schafes entrichten darf. Hier entscheiden sich die Hanafiten dafür, dass man nicht nur das Schaf als Almosensteuer entrichten darf, weil es so in einem Hadith explizit erwähnt wird,<sup>31</sup> sondern, dass man auch den Wert entrichten kann. Denn Sinn und Zweck der Almosensteuer sei, dass dem Bedürfti-

ents himself, as Abū Mansūr al-Māturīdī (d. 333/944) stresses, according to his inner feelings, provided that nothing is said in the sources regarding a certain circumstance.<sup>28</sup> This is a possibility for him as al-Māturīdī and many later scholars of Māturīdī-Hanafī backgrounds are of the opinion that people are able to recognize good and bad and to act accordingly; contrary to the dominating Ash'arite attitude that people are unable, independently of the sources, to recognize good from bad.<sup>29</sup> The revelation works both confirmatively or correctively. Thus, the Hanafī scholar is guided by the revelation, but he may also rely on his own research to determine whether existing rules are still valid or need to be revised. For Hanafis, like al-Karkhī (d. 340/952) and al-Jassās (d. 370/981), who were influenced by the Mu'tazila,<sup>30</sup> *istihsān* should actually have been unproblematic, as al-Māturīdī describes it, since according to the Mu'tazilī doctrine people are capable of recognizing good and bad independently of the revelation.

It seems that it was rather the case in the early development of *istihsān* that Hanafis asked about the meaning of a rule so they did not have to adhere too closely to the wording of a statement in the authoritative sources. Worth mentioning is the question as an example from classical literature as to whether, in the case of the alms tax (*zakāt*) for sheep, one has to donate a sheep as alms tax if one owns 40 sheep, or whether one may also pay the value of a sheep. Here, the Hanafis decide that one is not only allowed to donate the sheep as alms tax, because it is explicitly mentioned in a Hadith,<sup>31</sup> but that one can also pay the value. Because the purpose of the alms tax is that the needy person is given his due, i.e. that he receives his share from the alms tax. How exactly it happens is secondary.<sup>32</sup> It is quite

28 Vgl. *Abū Mansūr al-Māturīdī*, Tafsīr al-Māturīdī – Ta'wīlāt Ahl al-sunna, Hg. Majdī Bāsallūm (Beirut 2005), Bd. 7, 47 [Auslegung zu Sura 17:37]. Ähnliche Definitionen werden auch von al-Jassās (gest. 370/981) angeführt, vgl. *Abū Bakr al-Rāzī al-Jassās*, al-Fusūl fī l-usūl, Hg. Wizārat al-awqāf al-kuwaytīyya (Kuwait 1994), Bd. 4, 233f.

29 Für die Ansicht al-Māturīdīs im Vergleich zu al-Ash'arīs Ansichten, s. *Ulrich Rudolph*, Ratio und Überlieferung in der Erkenntnislehre al-Ash'arīs und al-Māturīdīs, in: Zeitschrift der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft, 142 (1992), 73–89. Diese Haltung der Ash'ariten kann man sich wie folgt vorstellen: Da z.B. das Lügen je nach Situation etwas Gutes oder Böses sein kann, muss eine dritte Instanz entscheiden, ob bzw. wann das Lügen eine zu vermeidende schlechte Tat ist.

30 Vgl. *David Vishanoff*, The Formation of Islamic Hermeneutics. How Sunni Legal Theorists Imagined a Revealed Law (Connecticut 2011), 211, 220; *Murteza Bedir*, An Early Response to Shāfi'ī: 'Isā b. Abān on the Prophetic Report (*khabar*), in: Islamic Law and Society, 9 (2002), 285–311, hier 292.

31 Vgl. *Abū Dāwūd as-Sijistānī*, Sunan, Kitāb az-Zakāh, Bāb 1, Hadith Nr. 1561, 1567; *Muhammad b. 'Isā al-Tirmidī*, Sunan, Hg. Ahmad Muhammad Shākīr et al., Abwāb az-Zakāh, Bāb 4, Hadith Nr. 621.

28 Cf. *Abū Mansūr al-Māturīdī*, Tafsīr al-Māturīdī – Ta'wīlāt Ahl al-sunna, ed. Majdī Bāsallūm (Beirut 2005), vol. 7, 47 [interpretation of Sura 17:37]. Similar definitions are also cited by al-Jassās (d. 370/981), see *Abū Bakr al-Rāzī al-Jassās*, al-Fusūl fī l-usūl, eds. Wizārat al-awqāf al-kuwaytīyya (Kuwait 1994), vol. 4, 233f.

29 For al-Māturīdīs' view in comparison to al-Ash'arīs' views, see *Ulrich Rudolph*, Ratio und Überlieferung in der Erkenntnislehre al-Ash'arīs und al-Māturīdīs, in: Zeitschrift der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft 142 (1992), 73–89. This attitude of the Ash'arites can be imagined as follows: Since, for example, lying can be good or bad depending on the situation, a third instance must decide whether and possibly when lying is a bad act to avoid.

30 Cf. *David Vishanoff*, The Formation of Islamic Hermeneutics. How Sunni Legal Theorists Imagined a Revealed Law (Connecticut 2011), 211, 220; *Murteza Bedir*, An Early Response to Shāfi'ī: 'Isā b. Abān on the Prophetic Report (*khabar*), In: Islamic Law and Society 9 (2002), 285–311, here 292.

31 Cf. *Abū Dāwūd as-Sijistānī*, Sunan, Kitāb az-Zakāh, Bāb 1, Hadith No. 1561, 1567; *Muhammad b. 'Isā al-Tirmidī*, Sunan, ed. Ahmad Muhammad Shākīr et al., Abwāb az-Zakāh, Bāb 4, Hadith No. 621.

gen sein Recht zukommt, d.h., dass er seinen Anteil von der Almosensteuer erhält. Wie es genau geschieht, ist sekundär.<sup>32</sup> Es ist durchaus denkbar, dass diese Haltung, die auch in der Rechtspraxis (*furū' al-fiqh*), wie etwa von as-Sarakhsī (gest. 483/1096) beibehalten wurde, eine Methode wie den *istihsān* begünstigt hat.

Ab dem 3./9. und 4./10. Jahrhundert entwickelte sich der *istihsān* hin zu einer speziellen Form des *qiyās*, da er mit dem oben dargestellten *bayān*-Ansatz gedeutet wird.<sup>33</sup> Vielen Gelehrten aus anderen Rechtsschulen ist der Gedanke zuwider, dass eine deformalisierte Rechtsfindung durch die Billigkeit von Gelehrten unternommen werden darf, weil dies für sie bedeutet, dass die Gelehrten selbst Recht finden und nicht die Quellen vorgeben, was Recht ist. Daher wird der *istihsān* mit der folgenden Aussage kritisiert: Wer *istihsān* betreibt, stellt eine eigene Scharia auf (*man istahsana fa-qad šarra'a*).<sup>34</sup> Ab dem 4./10. und dem 5./11. Jahrhundert wird *istihsān* nunmehr explizit als versteckte Analogie (*al-qiyās al-ḥafī*) bezeichnet.<sup>35</sup> Eine Ausnahme wird zu einer offensichtlichen Analogie getroffen, indem man sich auf eine Aussage in der Sunna, auf eine Gewohnheit bzw. auf das Gewohnheitsrecht (*urf*) beruft, das von den Quellen nicht negiert wird, oder auf eine Notwendigkeit. Hiermit ist nicht gesagt, dass die frühe Anwendung vom *istihsān* niemals auf die Sunna oder einen anderen, später in den *uṣūl al-fiqh* als anerkannter Hinweis (*dalīl*) geltenden Hinweis fußte.<sup>36</sup> Jedoch wird alleine durch die Bezeichnung „versteckte Analogie“ wieder ein quasi-formalisierter Prozess etabliert, wo wieder die Quellen zeigen, was Recht ist – zumindest nach den Ausführungen in der rechtsmethodischen und -theoretischen Literatur. Ähnlich funktioniert der *istihsān*, wenn keine Aussagen in Koran und Sunna vorhanden sind: Der Gelehrte trifft keine Entscheidung nach Gutdünken, sondern direkte oder implizite Texte bzw. Prinzipien, die von den Texten abgeleitet wurden, leiten die Rechtsfindung. Daher wird es schwieriger, eine Ausnahme zur Regel zu

conceivable that this attitude, which was also maintained in legal practice (*furū' al-fiqh*), such as by al-Sarakhsī (died 483/1096), has favored a method such as *istihsān*.

Since the 3rd/9th and 4th/10th centuries, *istihsān* has developed into a special form of *qiyās*, as it is interpreted with the *bayān* approach described above<sup>33</sup>. Many scholars from other schools of law disagree with the idea that a deformalized jurisprudence may be undertaken by the equity of scholars, because for them this means that the scholars themselves find justice and it is not the authoritative sources dictating what justice is. Therefore, *istihsān* is criticized with the following admonishment: He who employs *istihsān*, sets up his own Sharia (*man istahsana fa-qad šarra'a*).<sup>34</sup> From the 4th/10th and 5th/11th centuries onwards, *istihsān* is now explicitly referred to as a hidden analogy (*al-qiyās al-khafī*).<sup>35</sup> An exception is made to an obvious analogy by invoking a statement in the Sunna, a habit or customary law (*urf*) that is not negated by the sources, or invoking a necessity. This is not to say that the early application of *istihsān* was never based on the Sunna or any other reference later found in the *uṣūl al-fiqh* as a recognized reference (*dalīl*).<sup>36</sup> However, the term “hidden analogy” alone re-establishes a quasi-formalized process where the sources again show what the law is – at least according to the explanations in the legal methodological and theoretical literature. *Istihsān* works in a similar way, when there are no statements in the Qur'ān and Sunna: The scholar does not take a discretionary decision but rather direct or implicit texts or principles derived from the texts guide the jurisprudence. Therefore, it becomes more difficult to make an exception to the rule unless an exception has already been made in the school of law to which the scholar belongs, to which the scholar may refer.

32 Vgl. Muhammad b. Ahmad Abū Sahl al-Sarakhsī, Kitāb al-mabsūt (Beirut 1993), Bd. 2, 156. An vielen Stellen fragt al-Sarakhsī in diesem seinem Werk nach dem Sinn und Zweck einer Regelung und trifft dementsprechend eine Entscheidung oder zeigt, wie die hanafitischen Gelehrten, die er zitiert, bisher ihre Entscheidung begründet haben. Dabei verwendet er oft die Wörter, wie es hier der Fall ist, Intention (*al-murād*) oder Ziel (*al-maqṣūd*).

33 Diese Bestrebung, zeigen zu wollen, dass der *istihsān* nicht reines „Gutdünken“, sondern eine auf den autoritativen Quellen basierende Argumentationstechnik ist, ist vor allem in der Analyse von al-Jassās zu sehen, der genau diesem Vorwurf von al-Shāfi'ī antwortet, s. *al-Jassās*, al-Fusūl, Bd. 4, 223–256. Bereits hier ist zu sehen, dass gewisse Parallelen zum *qiyās* gesucht werden, s. ebd., Bd. 4, 238.

34 Vgl. *al-Ghazālī*, al-Mustasfā, Bd. 2, 467.

35 S. z.B. bei Muhammad b. Ahmad Abū Sahl al-Sarakhsī, *Uṣūl*, Hg. Abū l-Wafā' al-Afghānī (Beirut 1993), Bd. 2, 206; *Abū l-'Uṣr al-Bazdawī*, *Kanz al-wusūl*, in: 'Abdal'aziz al-Bukhārī, *Kashf al-asrār 'an Uṣūl Fakhr al-Islām al-Bazdawī* (Beirut 1997), Bd. 4, 3–8. Bei al-Bazdawī werden *qiyās* und *istihsān* unter einer Überschrift diskutiert.

36 So kann man bei Muhammad b. Hasan al-Shaybānī schon finden, dass *istihsān* ähnlich wie der *qiyās* verwendet wurde, woraufhin al-Jassās selbst auch immer wieder hinweist, s. *al-Jassās*, al-Fusūl, Bd. 4, 223–256.

32 Cf. Muhammad b. Ahmad Abū Sahl al-Sarakhsī, Kitāb al-mabsūt (Beirut 1993), vol. 2, 156. In many places in this work, al-Sarakhsī asks about the meaning and purpose of a rule and accordingly makes his decision or shows how the Hanafi scholars he quotes have so far justified their decision. He often uses the words, as is the case here, “intention” (*al-murād*) or “objective” (*al-maqṣūd*).

33 This effort to show that *istihsān* is not purely “discretionary” but rather an argumentation technique based on authoritative sources, can be seen above all in the analysis of al-Jassās, which answers exactly this accusation of al-Shāfi'ī, see *al-Jassās*, al-Fusūl, vol. 4, 223–256. It can already be seen here that certain parallels to *qiyās* are being sought, see *ibid.*, vol. 4, 238.

34 See *al-Ghazālī*, al-Mustasfā, vol. 2, 467.

35 See e.g. Muhammad b. Ahmad Abū Sahl al-Sarakhsī, *Uṣūl*, ed. Abū l-Wafā' al-Afghānī (Beirut 1993), vol. 2, 206; *Abū l-'Uṣr al-Bazdawī*, *Kanz al-wusūl*, in: 'Abdal'aziz al-Bukhārī, *Kashf al-asrār 'an Uṣūl Fakhr al-Islām al-Bazdawī* (Beirut 1997), vol. 4, 3–8. Al-Bazdawī discusses *qiyās* and *istihsān* under one heading.

36 Muhammad b. Hasan al-Shaybānī also already says that *istihsān* was used in a similar way to *qiyās*, to which al-Jassās itself repeatedly refers, see *al-Jassās*, al-Fusūl, vol. 4, 223–256.

machen, sofern nicht in der Rechtsschule, der der Gelehrte angehört, eine Ausnahme bereits gemacht wurde, auf die sich der Gelehrte berufen kann.

#### *Istiṣlāḥ*: Das Für-Nützlich-Halten

Eine Rechtfortbildungsmethode, die dann Anwendung findet, wenn keine Aussagen in Koran und Sunna vorhanden sind, ist das Für-Nützlich-Halten (*al-istiṣlāḥ*). Die *maṣāliḥ*, die wir bereits kennengelernt haben, sind die Grundpfeiler dieser Methode: Wenn keine Aussagen vorhanden sind, die zeigen, was getan oder unterlassen werden soll, beruft man sich auf die unterschiedlichen Stufen der schützenswerten Interessen (*maqāsid* bzw. *maṣāliḥ*), um zu bestimmen, ob etwas getan oder unterlassen werden soll. Da dies auch ein deformalisierter Rechtsfindungsprozess ist, sind die meisten Gelehrten gegen diese Methode, da hier die subjektive Ansicht des Gelehrten in der Rechtsfindung dominiert. Findet sie Anerkennung, so sind der Anwendung strenge Bedingungen vorausgesetzt, wie etwa, dass definitiv ein Bedürfnis nach einer Abweichung oder Regelung mittels einer *maṣlaḥa* besteht, die die Gesamtheit der Muslime tangiert.<sup>37</sup> Um die Subjektivität zu unterbinden, haben Gelehrte wie Abū Ishāq aṣ-Ṣātibī (gest. 790/1388) versucht, die unterschiedlichen Stufen zu systematisieren und eine hierarchische Ordnung zu schaffen, sodass nicht jeder Gelehrte nach Belieben sich auf ein vermeintlich schützenswertes Interesse (*maṣlaḥa*) berufen kann, um eine Norm zu bestimmen oder eine Ausnahme zur Regel zu treffen. Zugleich versucht er auch die Bedingungen zur Anwendung des *istiṣlāḥ* aufzulockern, um eine breitere Anwendungsfläche kreieren zu können.<sup>38</sup> Die stark freie Argumentation, die sich am *istiṣlāḥ* orientiert – was dem *istiḥsān* sehr gleicht, weshalb die Mālikiten den Hanafiten zustimmen, dass *istiḥsān* eine legitime Normderivationsmethode ist –, wird durch eine dem *qiyās al-munāsaba* stark ähnelnde Methode ersetzt.

Wenn malikitische Gelehrte entdecken, dass eine gewisse Norm nicht seinen Zweck erfüllt bzw. zu Mühsal führt, anstatt Erleichterung herbeizuführen, dann berufen sie sich meist auf den *istiḥsān* und nicht auf den *istiṣlāḥ*, wobei die Grenzen beider Methoden im mālikitischen System fließend sind.

#### *Istiṣlāḥ*: considering beneficial

A method for deriving norms that is used when there are no statements in the Qur'an and Sunna is "considering beneficial" (*al-istiṣlāḥ*). The *maṣāliḥ*, which we have already covered, are the cornerstones of this method: if there are no statements that show what is to be done or avoided, one refers to the different levels of interests worthy of protection (*maṣāliḥ*) to determine whether something should be done or avoided. Since this is also a deformalized process of jurisprudence, most scholars are against this method, since here the subjective view of the scholar dominates this jurisprudence. If it finds recognition, then the application is subject to strict conditions, for example that there is definitely a need for a deviation or rule by means of a *maṣlaḥa*, which affects all Muslims.<sup>37</sup> In order to prevent subjectivity, scholars such as Abū Ishāq al-Ṣātibī (d. 790/1388) have tried to systematize the different stages and to create a hierarchical order, so that not every scholar refers to a supposedly protectable interest (*maṣlaḥa*) on a whim in order to determine a norm or to make an exception to the rule. At the same time, he also tries to loosen the conditions for the application of *istiṣlāḥ* in order to be able to create a broader range of application.<sup>38</sup> The greatly free argumentation formed by *istiṣlāḥ* – which is very similar to *istiḥsān*, which is why the Mālikī scholars agree with the Hanafīs that *istiḥsān* is a legitimate norm derivation method – is replaced by a method very similar to *qiyās al-munāsaba*.

When Mālikī scholars discover that a certain norm does not fulfill its purpose or leads to hardship rather than relief, they usually refer to *istiḥsān* and not to *istiṣlāḥ*, where the boundaries of both methods are fluid in the Mālikī system.

37 S. z.B. *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, Bd. 2, 487–506.

38 Vgl. *Abū Ishāq al-Ṣātibī*, *al-Muwāfaqāt fī usūl al-ahkām* (Beirut: o.J.), Bd. 2, 8–15.

37 See for example *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, vol. 2, 487–506.

38 Cf. *Abū Ishāq al-Ṣātibī*, *al-Muwāfaqāt fī usūl al-ahkām* (Beirut n.d.), Vol. 2, 8–15.

III.  
KRITIK DER  
RECHTSFORTBILDUNGSMETHODEN IM  
RAHMEN DER *BAYĀN*-EPISTEMOLOGIE

Dadurch, dass sich spätestens ab dem 4./10. Jahrhundert die *bayān*-Epistemologie durchgesetzt hat, wurden viele Methoden, die eine große Flexibilität ermöglichten, *bayānisiert*. D.h., dass diese Methoden auf die Texte hin ausgerichtet wurden, sodass ihnen die Dynamik und Flexibilität meines Erachtens in großem Maße entzogen wurden. Denn je stärker eine Methode im Sinne von Textauslegung verstanden wird, desto schwächer wird sie in Bezug auf die Nutzung für einen dynamischen Rechtsfindungsprozess, was vor allem im oben präsentierten Beispielfall, ob wirklich ein Schaf als Almosensteuer entrichtet werden muss oder der Wert eines Schafes zu berücksichtigen ist. Hinzu kommt, dass die Bestimmung, dass es gewisse anerkannte und nichtanerkannte Interessen (*maṣāliḥ*) gibt, die vollständige Flexibilität des Rechts eindämmen und der Flexibilität gewisse Grenzen ziehen soll.

Was bisher nicht besprochen wurde, aber ähnlich flexibilitätshemmend wirkt, ist die Rechtsschulzugehörigkeit: Wenn ein Gelehrter einer gewissen Rechtsschule folgt, sind auch seiner freien Rechtsfortbildung und seiner Entscheidung unter möglichen vorliegenden Lösungen für einen bestimmten Fall Grenzen gesetzt. Auf der anderen Seite befähigt ihn die Rechtsschulzugehörigkeit paradoxerweise aber auch dazu, das Recht zu flexibilisieren: Er kann sich entweder auf bereits bestehende Alternativen, die in der Entstehung und vor der Systematisierung des islamischen Rechts getroffen wurden, berufen oder in Anlehnung an die Prinzipien der eigenen Rechtsschule *tahrīḡ* betreiben, d.h. eine Lösung zu finden, die in der Rechtsschule noch nicht vorhanden ist, aber den Prinzipien und Regeln der Rechtsschule folgt, die bereits Ausnahmen zugelassen hat. Diese Prinzipien bzw. der *tahrīḡ* soll dazu führen, dass nicht jeder Gelehrte subjektiv bestimmt, was Recht ist. Sein Rechtsfindungsprozess wird durch die Rechtsschulzugehörigkeit „kontrolliert“. <sup>39</sup> Dabei wird aber nicht berücksichtigt, dass alle bisher beschriebenen Methoden kaum eine Objektivität gewährleisten, die es ermöglichen würde, zu dem genannten Ziel zu gelangen, objektiv zu bestimmen, was Recht ist, mit Ausschluss der Subjektivität des rechtfindenden Gelehrten. Denn dass sich gewisse Meinungen in Rechtsschulen etabliert haben, kann keine Objektivität

39 Für *tahrīj* und weitere Methoden, die die Herleitung arbiträrer Regelungen kontrollieren sollen, wie etwa *tashhīr*, *taṣḥīḥ* und *tarjīḥ*, s. *Wael Hallaq*, From *Fatwās* to *Furūʿ*: Growth and Change in Islamic Substantive Law, in: *Islamic Law and Society*, 1/1 (1994), 29–65; *Wael Hallaq*, Authority, Continuity, and Change in Islamic Law (Cambridge 2004), chapter 5; *Mohammad Fadel*, The Social Logic of *Taqlīd* and the Rise of the *Mukhtasar*, in: *Islamic Law and Society*, 3/2 (1996), 193–233.

III.  
CRITICISM OF THE METHODS OF NORM  
DERIVATION METHODS WITHIN THE  
FRAMEWORK OF *BAYĀN* EPISTEMOLOGY

Since the 4th/10th century at the latest, when the epistemology of *bayān* became established, many methods that provided great flexibility became *bayānirized*. This means that these methods were oriented towards the texts, such that they were in my opinion deprived of dynamics and flexibility to a great extent. Because the more a method is understood in the sense of text interpretation, the weaker it becomes in terms of its use for a dynamic process of jurisprudence, especially in the example presented above of whether a sheep really has to be donated as an alms tax or whether the value of a sheep is to be considered. In addition, the provision that there are certain recognized and non-recognized interests (*maṣāliḥ*) curbs the full flexibility of the law and draws certain lines of flexibility.

What has not been discussed so far, but has a similar effect on flexibility, is membership to a school of law: If a scholar follows a certain legal school, there are also limits to his effort to derive norms or to decide which of the different solutions should be applied to a particular legal case. On the other hand, the fact that a scholar belongs to a legal school enables him, paradoxically, to make the law more flexible: He can either refer to already existing alternatives, which were made in the beginning and before the systematization of Islamic law, or operate according to the principles of his own school of law to do *tahrīj*, i.e. find a solution not yet available within the school of law but follows the principles and rules thereof – the school having already allowed exceptions. These principles or *tahrīj* should lead to the fact that not every scholar subjectively determines what is the law. His process of jurisprudence is “controlled” by membership to a school of law.<sup>39</sup> However, it is not taken into account that all above-described methods hardly allow for the kind of objectivity which would fulfill the declared goal: to determine objectively what is the law, excluding the subjectivity of the law-seeking scholar. This is due to certain opinions established in schools of law that cannot guarantee objectivity. In addition, there is no pure *maṣlaḥa* and pure *mafsada* (harm) in nature: If we follow al-Shātībī, it must be said that in nature things do not

39 For *tahrīj* and other methods for controlling arbitrary norm derivations, like *tashhīr*, *taṣḥīḥ* and *tarjīḥ*, see *Wael Hallaq*, From *Fatwās* to *Furūʿ*: Growth and Change in Islamic Substantive Law, in: *Islamic Law and Society*, 1/1 (1994), 29–65; *Wael Hallaq*, Authority, Continuity, and Change in Islamic Law (Cambridge 2004), chapter 5; *Mohammad Fadel*, The Social Logic of *Taqlīd* and the Rise of the *Mukhtasar*, in: *Islamic Law and Society*, 3/2 (1996), 193–233.

vität gewährleisten. Hinzu kommt, dass es nicht die reine *maṣlaḥa* und die reine *mafsada* (Schaden) in der Natur gibt: Folgen wir aṣ-Ṣātibī, so muss gesagt werden, dass in der Natur Dinge nicht *per se* einen Schaden (*mafsada*) oder einen Nutzen (*maṣlaḥa*) ausmachen, sondern die Gewohnheit (*urf*) der Menschen bestimmt, was als Schaden oder als Nutzen zu bestimmen ist: Die Dinge in der Natur sind ambivalent.<sup>40</sup> Wenn diese Ambivalenz berücksichtigt wird, können aber keine überzeitlich anerkannten bzw. nichtigen Interessen formuliert werden, die jederzeit die Rechtsfindung des Gelehrten überprüfen sollen bzw. für die Rechtsfindung leitend sind, was ja den *maqāṣid* unterstellt wird. Hinzu kommt, dass der Rechtsgelehrte derjenige ist, der etwas als anerkanntes bzw. nichtiges Interesse erkennt. Er ist auch derjenige, der die Bedeutungen aus den Texten extrahiert. Dadurch aber, dass gewisse Rechtsschulen über gewisse Bedeutungen einen Konsens bilden, wird eine Objektivität der Rechtsfindung unterstellt, was aber nicht begründet ist. Es ist aber im Rahmen der *bayān*-Epistemologie – mit all ihren Schwächen – nur konsequent, wenn die Rechtsgelehrten nach anerkannten Interessen als Prinzipien in den schriftlichen Quellen suchen und ihre Methoden entsprechend ausrichten.

#### IV. RECHTSFORTBILDUNG IM RAHMEN DER MAQĀSID-EPISTEMOLOGIE

Sichtlich von der *bayān*-Epistemologie beeinflusst und eine Anknüpfung an die klassische Rechtsmethodik (*uṣūl al-fiqh*) suchend, bestimmen zeitgenössische Rechtsgelehrte und Wissenschaftler, dass es gewisse Ziele der Shari'a gibt, die universal seien und bestimmen, was aus dem klassisch-islamischen Recht noch Gültigkeit besitze und was nicht. Dabei bestehen die *maqāṣid*, die im 20. Jahrhundert bestimmt wurden, zum Teil aus den klassischen *maqāṣid*-Kategorien, wie sie von Abū l-Ma'ālī al-Juwaynī (gest. 478/1085)<sup>41</sup> und seinem Schüler Abū Hāmid al-Ġazālī formuliert wurden und die wir bereits oben gesehen haben.<sup>42</sup>

Gelehrte wie at-Tāhir b. 'Āshūr (gest. 1973) bestimmen noch weitere *maqāṣid*, die über die klassischen

constitute a harm (*mafsada*) or a benefit (*maṣlaḥa*) *per se*, but people's habit (*urf*) determines what is to be determined as harm or as benefit: These things are ambivalent by nature.<sup>40</sup> Considering this ambivalence, however, no interests can be recognized over time and/or only void interests can be formulated, which at any time should reexamine the jurisprudence of the scholar and/or guide his jurisprudence, which is subordinated to the *maqāṣid*. In addition the legal scholar is the one, who acknowledges something as a recognized or void interest. He is also the one who extracts the meanings from the texts. But because certain schools of law form a consensus on certain meanings, an objectivity of jurisprudence is assumed, but this is not justified. It is, however, only consistent within the framework of *bayān* epistemology – with all its weaknesses – if the legal scholars search for recognized interests as principles in the written sources and align their methods accordingly.

#### IV. NORM DERIVATION WITHIN THE FRAMEWORK OF MAQĀSID EPISTEMOLOGY

Visibly influenced by *bayān* epistemology and looking for a link to the classical legal methodology (*uṣūl al-fiqh*), contemporary legal scholars and scientists determine that there are certain aims of Shari'a law that are universal and determine what is and is not still valid under classical Islamic law. Among these are the *maqāṣid* that were determined in the 20th century, consisting in part of the classic *maṣāliḥ* categories as formulated by Abū l-Ma'ālī al-Juwaynī (d. 478/1085)<sup>41</sup> and his student Abū Hāmid al-Ġazālī, which we have already seen above.<sup>42</sup>

Scholars like al-Tāhir b. 'Āshūr (d. 1973) determine even more *maqāṣid* that go beyond the classic

40 Für eine Zusammenfassung s. Muhammad Khalid Masud, Islamic Legal Philosophy. A Study of Abū Ishāq al-Shātibī's Life and Thought (Islamabad 1977), 229 f.

41 Vgl. Abū l-Ma'ālī al-Juwaynī, al-Burhān fi uṣūl al-fiqh, Hg. 'Abdal-'Azīm ad-Dīb (Katar 1979), Bd. 2, 924–926. Bei al-Juwaynī gibt es insgesamt fünf Stufen, die al-Ġazālī in drei Stufen zusammenfasst.

42 Ähnliche Beobachtungen, aber mit einem anderen thematischen Fokus, macht David L. Johnston, Maqāsid ash-Sharī'a: Epistemology and Hermeneutics of Muslim Theologies of Human Rights, in: Die Welt des Islams, 47/2, 150–187.

40 For a summary see Muhammad Khalid Masud, Islamic Legal Philosophy. A Study of Abū Ishāq al-Shātibī's Life and Thought (Islamabad 1977), 229 f.

41 Cf. Abū l-Ma'ālī al-Juwaynī, al-Burhān fi uṣūl al-fiqh, ed. 'Abdal-'Azīm ad-Dīb (Qatar 1979), Vol. 2, 924–926. At al-Juwaynī there are a total of five levels, which al-Ġazālī combines into three levels.

42 Similar observations, but with a different thematic focus, makes David L. Johnston, Maqāsid ash-Sharī'a: Epistemology and Hermeneutics of Muslim Theologies of Human Rights, in: Die Welt des Islams, 47/2, 150–187.

*maqāsid* hinausgehen und so formuliert sind, dass die Menschenrechte auch darunter gefasst werden können.<sup>43</sup> So haben wir eine Kombination daraus, dass man (1) die Quellen zum Sprechen bringt und *maqāsid* bestimmt, die über die bisherige Rechtstradition direkt aus den Quellen abgeleitet wurden, und (2) sich universaler Prinzipien bedient, um über die bestehende Rechtstradition zu entscheiden. Dabei wird aber meistens nicht problematisiert, dass hier der beschriebene Ansatz nicht kritisch reflektiert wird: Wenn doch durch die Textauslegung *maqāsid* gewonnen werden, weshalb haben die über die direkte Textauslegung gewonnenen Regelungen eine übergeordnete Rolle? Ist im Endeffekt nicht die Vernunft, die bestimmt, was gültig ist und was nicht, wobei doch der klassische *uṣūl* der Vernunft diese Fähigkeit weitestgehend entzieht? Hat man nicht alleine durch die Bezeichnung *maqāsid* den Anspruch, dem klassischen *uṣūl* gerecht zu werden, und beachtet aber das letztgenannte Problem nicht?

Um auf das Problem genauer hinweisen zu können, sei hier das Handamputationsbeispiel genannt. Laut Sura 5:38 soll dem Dieb und der Diebin die Hand amputiert werden. Aus dieser Vorschrift wird ebenfalls abgeleitet, dass hier das Ziel der Scharia sei, das Hab und Gut der Menschen zu schützen, das sogenannte *ḥifẓ al-māl*.<sup>44</sup> Auf den Schutz des Besitzes (*ḥifẓ al-māl*) stößt man somit durch Textauslegung. Wenn nun durch Textauslegung bestimmt wurde, dass der Besitz geschützt werden soll, weshalb ist es möglich, dass genau dieses Prinzip, die eigene Grundlage in 5:38, die Hand zu amputieren, für nichtig oder überholt zu erklären? Nach der klassischen Lehre ist solch eine Auslegung ausgeschlossen, aber nach der modernen *maqāsid*-Lehre quasi selbstverständlich. Es entsteht aber ein epistemologisches Chaos, wo Textauslegung und Vernunftargumentation quasi willkürlich angewandt werden, um zum eigenen Ziel bzw. der Vorstellung von Recht und Gerechtigkeit zu gelangen.

Eine weitere Schwierigkeit ist, dass dieser Prozess, über die Normen zu entscheiden, und auch die *maqāsid*-Kategorien selbst sehr unbestimmt sind.<sup>45</sup> Es sind Prinzipien vorhanden, die je nach Ansatz stark variieren, kaum epistemologisch fundiert sind, aber dennoch den Anspruch hegen, von den klassischen *uṣūl al-fiqh* zu stammen. Die *maqāsid* wurden somit zu einem hermeneutischen Instru-

*maqāsid* and are formulated in such a way that human rights can also be subsumed thereunder.<sup>43</sup> Thus we have a resulting combination that one (1) makes the sources speak and determines the *maqāsid*, which go beyond the past legal traditions derived directly from the sources, and (2) universal principles, in order to decide over the existing legal tradition. However, it is usually not problematized that the approach described here is not reflected upon critically: If the interpretation of the text does gain the *maqāsid*, why do the rules gained through direct interpretation of the text have an overriding role? In the final analysis, is not reason the thing that determines what is valid and what is not, although the classic *uṣūl* largely deprives reason of this ability? Does not the classification as *maqāsid* alone claim to do justice to the classic *uṣūl*, and does it not take the latter problem into account?

In order to be able to point out the problem in more detail, we look at the hand amputation example. According to Sura 5:38, the hand of the thief should be cut off. It is also derived from this provision that the aim of Sharia law here is to protect people's belongings, the so-called *ḥifẓ al-māl*.<sup>44</sup> Protection of property (*ḥifẓ al-māl*) is thus met by text interpretation. If now by text interpretation it was determined that the property is to be protected, why is it possible that precisely this principle, which is the very basis in 5:38, to cut off the hand, can be declared void or outdated? According to classical doctrine, such an interpretation is excluded. But according to the modern *maqāsid* doctrine, it is almost a matter of course. But this results in epistemological chaos, where text interpretation and reasoned argumentation are applied quasi arbitrarily in order to achieve one's own goal or the idea of law and justice.

Another difficulty is that this process of deciding on the standards, and also the *maqāsid* categories themselves, is very vague.<sup>45</sup> Principles that vary greatly depending on the approach, are hardly epistemologically founded, yet claim to come from the classic *uṣūl al-fiqh*. *Maqāsid* became thus a hermeneutical tool of multiple disciplines and discussions. The main point of focus of contemporary

43 S. etwa *Muhammad al-Tāhir Ibn ʿAshūr*, *Maqāsid al-sharīʿa al-islāmiyya* (Amman 2001), der auch von einem epistemologischen Wandel spricht.

44 Vgl. *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, Bd. 2, 482f.

45 Für eine detaillierte Analyse der Vagheit der alternativen *maqāsid* in klassischer Literatur sowie in zeitgenössischen Studien, vgl. *Mahmoud Bassiouni*, *Menschenrechte zwischen Universalität und islamischer Legitimität* (Suhrkamp 2014). Für eine Übersicht und Analyse zeitgenössischer *maqāsid*-Ansätze s. *Felicitas Opwis*, *New Trends in Islamic Legal Theory: Maqāsid al-Sharīʿa as a New Source of Law*, in: *Die Welt des Islams* 57 (2017), 7–32.

43 See for example *Muhammad al-Tāhir Ibn ʿAshūr*, *Maqāsid al-sharīʿa al-islāmiyya* (Amman 2001), who also speaks of an epistemological change.

44 See *al-Ghazālī*, *al-Mustasfā*, vol. 2, 482f.

45 For a detailed analysis of the vagueness of the *maqāsid* categories in the classical literature and also in contemporary studies see *Mahmoud Bassiouni*, *Menschenrechte zwischen Universalität und islamischer Legitimität* (Suhrkamp 2014). For an overview and analysis of some contemporary *maqāsid* approaches see *Felicitas Opwis*, *New Trends in Islamic Legal Theory: Maqāsid al-Sharīʿa as a New Source of Law*, in: *Die Welt des Islams* 57 (2017), 7–32.

ment für diverse Disziplinen und Diskussionen über das Recht hinaus. Das Hauptanliegen zeitgenössischer Wissenschaftler, die sich auf die *maqāṣid* konzentrieren, ist ihre Kritik der klassischen *maqāṣid*-Kategorien. Diese sind, nach ihrer Auffassung, zu eng gehalten und auf nur weniger schützenswerte Interessen beschränkt. Daher möchten sie die *maqāṣid* noch weiter gefasst verstehen und detailliert ausgestalten. Hierfür definieren sie die *maqāṣid* gerne um, und zwar mit sehr abstrakten Werten wie Gerechtigkeit und Freiheit. Obwohl sie die *maqāṣid* sehr umfassend verstehen, ist ihr Verständnis von *maqāṣid* immer noch so vage wie in der klassischen Literatur, was ebenfalls zu arbiträren Lösungen führen kann.<sup>46</sup>

Dieser hier erwähnte *maqāṣid*-Ansatz teilt eine Schwäche, die den klassischen *uṣūl* ebenfalls inhärent ist: Beide Ansätze tragen der Pluralität und Dynamik bzw. Flexibilität, die im *furūʿ al-fiqh* zu finden ist, keine Rechnung. Ein epistemologisch weit ausgedachterer und der Pluralität der unterschiedlichen Rechtstraditionen und des *furūʿ al-fiqh* Rechnung tragender Ansatz ist bei Ibn Ruṣd zu finden, auf den ich nun eingehen möchte.

## V.

IBN RUṢD'S EINTEILUNG DES RECHTS IN  
NATURRECHT UND POSITIVES RECHT

Vorab sei erwähnt,<sup>47</sup> dass ich vier Werke Ibn Ruṣd für die Ermittlung seiner Herangehensweise analysiert habe. Diese Werke fallen jeweils unter eine andere Wissenschaftsdisziplin, jedoch ist eine inhaltliche Kongruenz unter ihnen zu sehen, weshalb in der Ibn-Ruṣd-Forschung diese Werke synchron gelesen werden.<sup>48</sup> Ferner fallen alle in die Zeitspanne, in der Ibn Ruṣd seine mittleren Kommentare zu Aristoteles geschrieben hat, nämlich die Jahre 560/1164–573/1177. Diese vier Werke sind: 1. *Aḍ-Ḍarūrī fī uṣūl al-fiqh* (Rechtsmethodik und Rechtstheorie), 2. *Bidāyat al-muḡtahid* (Rechtswerk), 3. *Faṣl al-maqāl* (Erkenntnistheorie, Philosophie und Kalām, Rechtsgutachten), 4. *Talḥiṣ al-*

46 Vgl. *Opwis*, *New Trends*, 23f.

47 Die hier präsentierten Ergebnisse zur Analyse der unterschiedlichen Werke Ibn Ruṣd stammen aus meiner derzeit in der Redaktionsphase befindenden Studie mit dem Arbeitstitel „*Tradition und Fortschreibung bei Averroes (Ibn Ruṣd) – Übersetzung und Kommentar der Einleitung und des Kapitels zum ribā des Bidāyat al-muḡtahid wa-nihāyat al-muqtasid von Ibn Ruṣd al-Hafīd*“. Den vierten, systematischen Teil der Studie widme ich u.a. der Frage, wie Ibn Ruṣd seine juristische Hermeneutik begründet, sie ausformuliert und wie sie im Rahmen seines allgemeinen Rechtsverständnisses über den *fiqh* hinaus zu verorten ist. Die folgenden Ausführungen sind als Zusammenfassung der dortigen Analyse zu verstehen.

48 So etwa *Feriel Bouhafa*, *Natural Justice under the Scope of Rhetoric the Written and the Unwritten Laws in Ibn Rushd's Political and Legal Philosophy*, unveröffentlichte Dissertation (Georgetown University), und *dies.*, *The written and unwritten law in Averroes' Middle commentary to Aristotle's Rhetoric*, in: Adamson / Di Giovanni (Hg.), *Interpreting Averroes: critical essays*, Cambridge et al.: Cambridge University Press, forthcoming.

scholars, who stress on the use of *maqāṣid*, is their criticism of the classical *maqāṣid* categories –by limiting them to a few number of interest worth to protect. Therefore, their wish to design *maqāṣid* more extensive and detailed. By redefining *maqāṣid* with more abstract values as justice and freedom. Although they understand *maqāṣid* in a broader sense, the *maqāṣid* are still as vague as the classical theory, which can also lead to arbitrary interpretation.<sup>46</sup>

This *maqāṣid* approach shares a weakness that is inherent in the classic *uṣūl* as well: Neither approach takes account of the plurality, dynamism and flexibility found in the *furūʿ al-fiqh*. Ibn Rushd has a far more epistemologically thought-out approach that considers the plurality of different legal traditions and the *furūʿ al-fiqh*, and I would now like to go into this.

## V.

IBN RUSHD'S CLASSIFICATION OF LAW  
INTO NATURAL LAW AND POSITIVE LAW

First of all,<sup>47</sup> I would like to mention that I have analyzed four works by Ibn Rushd in order to determine his approach. Each of these works falls under a different scientific discipline, but there is a congruence of content between them, which is why these works are read synchronously in Ibn Rushd studies.<sup>48</sup> Furthermore, they all fall within the period in which Ibn Rushd wrote his middle commentaries on Aristotle, namely the years 560/1164–573/1177. These four works are: 1. *Al-Ḍarūrī fī uṣūl al-fiqh* (legal methodology and theory), 2. *Bidāyat al-muḡtahid* (legal work), 3. *Faṣl al-maqāl* (epistemology, philosophy and kalām, legal opinion), 4. *Talkḥiṣ al-khaṭāba* (middle commentary on

46 See *Opwis*, *New Trends*, 23f.

47 The results presented here for the analysis of the various works of Ibn Rushd come from my study currently in the editorial phase with the working title “*Tradition und Fortschreibung bei Averroes (Ibn Ruṣd). Übersetzung und Kommentar der Einleitung und des Kapitels zum ribā des Bidāyat al-muḡtahid wa-nihāyat al-muqtasid von Ibn Ruṣd al-Hafīd*“. The fourth, systematic part of the study is devoted to the question of how Ibn Rushd justifies his legal hermeneutics, formulates them and how they are to be located beyond the *fiqh* within the framework of his general understanding of law. The following remarks are to be understood as a summary of the analysis carried out there.

48 So, for instance, *Feriel Bouhafa*, *Natural Justice under the Scope of Rhetoric the Written and the Unwritten Laws in Ibn Rushd's Political and Legal Philosophy*, unpublished dissertation (Georgetown University), and *Bouhafa*, *The written and unwritten law in Averroes' Middle commentary to Aristotle's Rhetoric*, in: Adamson / Di Giovanni (eds.), *Interpreting Averroes: critical essays*, Cambridge et al.: Cambridge University Press, forthcoming.

*Ḥaṭāba* (mittlerer Kommentar zur Rhetorik Aristoteles'). Dennoch muss der Frage, ob es möglich ist, Ibn Rušd's philosophische Werke mit denen, die in den Bereich *fiqh* (Recht) und *kalām* (systematische Theologie) fallen, gemeinsam lesen zu können, detaillierter nachgegangen werden, was hier aber nicht geleistet werden kann. Die vorliegenden Ausführungen gehen, unter Vorbehalt und mit den bisher erwähnten Hinweisen, davon aus, dass solch eine Lektüre möglich ist.

### 1. Philosophische Grundlegung des *fiqh*

Ibn Rušd bestimmt in seinem Mittleren Kommentar zur Rhetorik Aristoteles', dass das Recht in ungeschriebenes Recht (*al-sunna ḡayr al-maktūba*) bzw. Naturrecht und geschriebenes Recht (*al-sunna al-maktūba*) bzw. positives Recht teilbar ist. Das geschriebene Recht ist für Ibn Rušd präsumtiver Natur (es ist *ẓanni*): Es ist wandelbar, auf ein Ort und auf eine gewisse Zeit beschränkt und nicht umfassend. Das Naturrecht hingegen ist dem positiven Recht übergeordnet und ist auf der epistemologischen Stufe der Gewissheit (*qaṭ'*). Es ist nicht örtlich und zeitlich begrenzt, wie etwa, dass man den Eltern gegenüber Gutes tun soll. Solche Prinzipien sind ohne die Vernunft erkennbar, können in der Offenbarung auch vorkommen. Die Konkretisierungen solchen Naturrechts bzw. allgemeinen Rechts (*al-sunna al-āmma*) sind dann positives Recht. Das Volk (*al-awāmm*) orientiert sich am positiven Recht, dessen Einhaltung zur Gerechtigkeit führt. Die Elite (*al-ḥawāṣṣ*) hingegen erkennt auch das Naturrecht und kann dementsprechend handeln, was sie aber nicht vom positiven Recht befreit. Z.B. die vom Recht vorgeschriebene Menge an Steuern zu zahlen führt nicht dazu, dass man als freigiebig und hilfsbereit bezeichnet wird, sondern nur die Menge darüber hinaus und das Streben danach, Bedürftigen zu helfen, qualifiziert einen dazu, als solcher bezeichnet zu werden. Dass man nach dem letzteren strebt, befreit einen nicht davon, die Steuern zu zahlen. Derjenige, der nur das tut, was ihm vorgeschrieben wird (der sog. *fā'il al-wāḡib*), kann hingegen „nur“ ein gerechter Mensch sein.<sup>49</sup> Hier ist auch ein Hinweis zu sehen, dass die Gerechtigkeit das Grundgerüst des Rechts ausmacht, was uns, laut Ibn Rušd, die Vernunftwahrheit zeigt. Alles, was durch die demonstrative Argumentation (*burhān*) bestimmt wurde, steht mit Gewissheit fest.

Mit welchem der beiden Rechtstypen identifiziert Ibn Rušd aber das, was wir als „islamisches Recht“ (*fiqh*) bezeichnen? In seinem Werk *Bidāyat al-muḡtahid*, auf der letzten Seite, betont Ibn Rušd,

Aristotle's rhetoric). Nevertheless, the question of whether it is possible to read Ibn Rushd's philosophical works together with those that fall into the area of *fiqh* (law) and *kalām* (systematic theology) must be investigated in more detail, which cannot be done here. The present statements are based on the assumption that such a reading is possible, subject to reservations and with the previously mentioned indications.

### 1. Philosophical foundation of the *fiqh*

In his *Middle Commentary on Aristotle's Rhetoric*, Ibn Rushd states that the law can be divided into unwritten law (*al-sunna ḡayr al-maktūba*) or natural law and written law (*al-sunna al-maktūba*) or positive law. For Ibn Rushd, written law is of a presumptive nature (it is *ẓanni*): It is changeable, limited to one place and a certain period of time, and not comprehensive. Natural law, on the other hand, is superior to positive law and is at the epistemological level of certainty (*qaṭ'*). It is not local and temporal, such as that one should be good to one's parents. Such principles are recognizable without reason and can also occur in the revelation. The concretization of such natural law or general law (*al-sunna al-āmma*) is then positive law. The common people (*al-awāmm*) orientate themselves on positive law, the observance of which leads to justice. The elite (*al-ḥawāṣṣ*), on the other hand, also recognize natural law and can act accordingly, but this does not release them from positive law. For example, paying the amount of taxes prescribed by law does not lead to being described as generous and helpful, but only the amount beyond that and the striving to help the needy qualifies one to be described as such. That one strives for the latter does not free one from paying taxes. The one who only does what is prescribed to him (the so-called *fā'il al-wāḡib*), on the other hand, can “only” be a just one.<sup>49</sup> Here we can also see an indication that justice constitutes the basic framework of law, which, according to Ibn Rushd, shows us the truth of reason. Everything that was determined by the demonstrative argumentation (*burhān*) is certain.

But with which of the two types of law does Ibn Rushd identify what we call “Islamic law” (*fiqh*)? In his work *Bidāyat al-muḡtahid*, on the last page, Ibn Rushd stresses that the *fiqh* is there to realize the

49 Vgl. *Abū l-Walīd Ibn Rušd*, Talkhīs al-Khatāba, Hg. Muhammad Salīm Salīm (Kairo 1967), 164f., 213–215, 231–238.

49 Cf. *Abū l-Walīd Ibn Rushd*, Talkhīs al-Khatāba, ed. Muhammad Salīm Salīm (Cairo 1967), 164f., 213–215, 231–238.

dass der *fiqh* dazu da ist, die Tugenden (Enthalt-samkeit bzw. Sittlichkeit (*‘iffa*), Gerechtigkeit (*‘adl*), Tapferkeit (*šajā‘a*) und Freigiebigkeit (*sahā‘*) zu verwirklichen. Zum Beispiel: Alle Regelungen und Normen bzw. Gesetze, die für die Verteilung und den Austausch der Güter bestimmt werden, sind eine Art, wie sich Gerechtigkeit verwirklichen kann; so auch etwa die Strafen.<sup>50</sup> Die Konkretisierung der Gerechtigkeit in den Kaufverträgen ist aber, wenn wir Ibn Rušd folgen, variabel und muss von Zeit zu Zeit und den unterschiedlichen Orten angepasst werden, weshalb, denken wir mit der Herangehensweise Ibn Rušds weiter, es auch unterschiedliche Meinungen zu einer Rechtsfrage gibt, woraus sich auch unterschiedliche Rechtsschulen und innerhalb dieser Rechtsschulen auch unterschiedliche Meinungen entwickelt haben. In der Herangehensweise Ibn Rušds fällt die Rechtspraxis (*fiqh*) in der islamischen Rechtstradition unter das positive Recht, und die Tugenden bilden einen Teil des Naturrechts, die er wieder nicht mittels der islamischen Rechtsquellen bestimmt hat, sondern auf philosophischem Wege bzw. mittels des *burhān*.<sup>51</sup> Ibn Rušd beschränkt aber das islamische Recht (*fiqh*) nicht nur auf das positive Recht, sondern findet darin auch Elemente, die in den Bereich des Naturrechts gehören.

## 2. Ibn Rušds juristische Hermeneutik: Allgemeine Prinzipien (*uṣūl/qawā‘id*) im Sinne des Naturrechts als Dreh- und Angelpunkt des *iğtihād*

Ibn Rušd hat in der oben erwähnten Zeitspanne zuerst ein rechtsmethodisches Werk geschrieben, in der er sich auf die Grundthemen der Rechtsmethodik, wie etwa die Bewertung von imperativen Aussagen, Ermittlung von allgemeinen und spezifischen Aussagen, Quantifizierung allgemeiner Aussagen, Bestimmung des normativen Status einer Aussage, die Abrogation etc. konzentriert und die unterschiedlichen Meinungen der Gelehrten darstellt und seine eigene Position offen darlegt. Mit dieser Methodik, die er in seinem etwas später verfassten Rechtswerk zusammenfasst, analysiert er die Hauptthemen des islamischen Rechts (die sog. *ummahāt*) hauptsächlich in den sunnitischen Rechtsschulen und weiteren frühen Gelehrten, die keiner Rechtsschule angehörten, weil es noch keine Rechtsschulen gab.<sup>52</sup> Nachdem er „alle“ Meinungen zusammengefasst wiedergegeben hat<sup>53</sup>, analysiert er sie rechtshermeneutisch und stellt oft

virtues: abstinence or morality (*‘iffa*), justice (*‘adl*), bravery (*shajā‘a*) and generosity (*sakhā‘*). For instance: all rules and norms or laws that are determined for the distribution and exchange of goods are a way in which justice can be realized, including penalties.<sup>50</sup> However, if we follow Ibn Rushd, the concretization of justice in sales contracts is variable and must be adapted from time to time and to different places, which is why, if we think further with Ibn Rushd’s approach, there are also different opinions on a legal question, from which different schools of law have developed, and within these schools of law there are also different opinions. In the approach of Ibn Rushd, the legal practice (*fiqh*) in the Islamic legal tradition falls under positive law, and the virtues form a part of natural law, which he again did not determine by means of Islamic legal sources, but by philosophical means or through *burhān*.<sup>51</sup> However, Ibn Rushd does not limit Islamic law (*fiqh*) merely to positive law; he also finds elements in it that belong in the field of natural law.

## 2. Ibn Rushd’s legal hermeneutics: General principles (*uṣūl/qawā‘id*) in the sense of natural law as the pivot of *iğtihād*

Ibn Rushd first wrote a legal methodological work in the period mentioned above, in which he concentrated on the basic topics of legal methodology, such as the evaluation of imperative statements, the determination of general and specific statements, the quantification of general statements, the determination of the normative status of a statement, abrogation, etc., and presented the different opinions of the scholars and openly presented his own position. With this methodology, which he summarizes in his later legal work, he analyzes the main themes of Islamic law (the so-called *ummahāt*) mainly in the Sunni schools of law and other early scholars who did not belong to any school of law because there were no schools of law yet.<sup>52</sup> Having summarized “all” opinions<sup>53</sup>, he analyzes them hermeneutically and often determines which opinion is more justified, but does not deprive competing legal opinions of their legitimacy. After his analysis,

50 Vgl. *Ibn Rušd*, *Bidāya*, 1008.

51 Für den *burhān* s. *Abū l-Walīd Ibn Rušd*, *Faṣl al-maqāl wa-taqrīr mā bayna al-sharī‘a wa-l-hikma min al-ittisāl* (Beirut 1968), 50f. Für die deutsche Übersetzung s. *Ibn Rušd*, *Maßgebliche Abhandlung*, 39–41.

52 Diese Herangehensweise fasst er selbst in seinem *Bidāyat al-mujtahid* zusammen, s. *Ibn Rušd*, *Bidāya*, 17.

53 Er orientiert sich hauptsächlich an einem malikitisch-rechtsvergleichenden Werk von Ibn ‘Abdalbarr (gest. 463/1071), wobei gesagt werden muss, dass die Meinungen, die Ibn Rušd von anderen Rechtsschulen darstellt, zumindest im Kapitel zum *ribā* fast fehlerfrei sind.

50 Cf. *Ibn Rushd*, *Bidāya*, 1008.

51 For the *burhān* see *Abū l-Walīd Ibn Rushd*, *Faṣl al-maqāl wa-taqrīr mā bayna al-sharī‘a wa-l-hikma min al-ittisāl* (Beirut 1968), 50f. For the German translation see *Ibn Rushd*, *Maßgebliche Abhandlung*, 39–41.

52 He summarizes this approach himself in his *Bidāyat al-mujtahid*, s. *Ibn Rushd*, *Bidāya*, 17.

53 It is based mainly on a Mālikī comparative law work by Ibn ‘Abdalbarr (d. 463/1071), whereby it must be said that the opinions expressed by Ibn Rushd from other schools of law are almost free of errors, at least in the chapter on *ribā*.

fest, welche Meinung stärker begründet ist, entzieht aber konkurrierenden Rechtsmeinungen nicht ihre Legitimität. Er leitet das gemeinsame Prinzip, das sich die Rechtsschulen teilen, aus seiner Analyse ab bzw. untersucht auch voneinander abweichende Prinzipien. Diese Prinzipien, die er ableitet, zeigen dem Rechtsgelehrten, dass, wenn seine Rechtsfindung diesen Prinzipien entspricht, seine Lösung korrekt ist. Für Ibn Rušd sieht die Rechtsfindung wie folgt aus: Das universal gültige Prinzip, das durch die induktive Analyse aller Rechtsmeinungen in den unterschiedlichsten Rechtsschulen gewonnen wurde, wird auf die erkenntnistheoretische Stufe der Gewissheit gehoben und von unterschiedlichen Rechtstraditionen unterschiedlich konkretisiert, was sich in der Meinungsp pluralität widerspiegelt. Hierzu ein Beispiel:

Ibn Rušd diskutiert in seinem *Bidāyat al-muğtahid* die Zulässigkeit des Verkaufs von rituell unreinen Dingen. Dabei diskutiert er relativ detailliert die Frage nach der Zulässigkeit des Verkaufs von Hunden. Ibn Rušd stellt fest, dass folgendes Prinzip (*aşl*) die Diskussion durchläuft: Alles, was rituell rein ist, darf verkauft und auch benutzt werden. In den unterschiedlichen Rechtsschulen wird nun diskutiert, ob Hunde als rituell rein oder unrein gelten. Die Meinungen gehen auseinander: Manche erlauben den Verkauf und das Halten von Hunden im Allgemeinen, obwohl Hadithe Hinweise beinhalten, dass Hunde unrein sein könnten. Andere hingegen vertreten, dass Hunde aufgrund solcher Hadithe als unrein zu gelten haben und weder verkauft noch gehalten werden dürfen. Wiederum andere erlauben das Halten und den Verkauf von gewissen Hunden, wie etwa Herden- und Wachhunde. Ibn Rušd befähigt somit den Gelehrten, mittels des genannten Prinzips in Anlehnung an die Haltung der jeweiligen Rechtsschule in Bezug auf die Reinheit von Hunden eine adäquate Lösung zu finden. Ähnliches gilt auch für den Fall des Katzenverkaufs. Hier ist aber zu sehen, dass ein Hadith, der darstellt, dass Katzen nicht verkauft werden dürfen,<sup>54</sup> als juristisch irrelevant angesehen wird. Denn nach anderen Hadithen gelten Katzen als reine Tiere. Und nach dem oben genannten Rechtsprinzip dürfen reine Dinge verkauft werden. Also wird der Hadith, der solch einen Verkauf verbietet, nicht berücksichtigt und das Prinzip in den Vordergrund gerückt.<sup>55</sup> Genau in diesem Moment sehen wir „das Positive“ am Recht: Die Prinzipien, die die Gelehrten bestimmen, zeigen, was Recht ist und

he derives the common principle shared by the schools of law or examines principles that differ from each other. These principles, which he deduces, show the legal scholar that, if his jurisprudence corresponds to these principles, his solution is correct. For Ibn Rušd, jurisprudence is as follows: The universally valid principle, which was gained through the inductive analysis of all legal opinions across the most diverse schools of law, is raised to the epistemological level of certainty and concretized differently by different legal traditions, which is reflected in the plurality of opinions. Here is an example:

Ibn Rušd discusses the admissibility of the sale of ritually impure things in his *Bidāyat al-muğtahid*. He discusses in relative detail the question of the admissibility of the sale of dogs. Ibn Rušd notes that the following principle (*aşl*) runs through the discussion: Everything that is ritually pure may be sold and used. In the different schools of law, it is now discussed whether dogs are considered ritually pure or impure. Opinions differ: Some allow the sale and keeping of dogs in general to be permitted, although the Hadiths contain indications that dogs may be impure. Others, on the other hand, argue that dogs must be considered unclean because of such Hadiths and must not be sold or kept. Still others allow the keeping and sale of certain dogs, such as herd dogs and guard dogs. Ibn Rušd thus enables the scholar to find an adequate solution for the purity of dogs by means of the above-mentioned principle in accordance with the attitude of the respective school of law. The same happens in the case of the sale of cats. Here however, it must be seen that a Hadith exists which argues cats may not be sold,<sup>54</sup> yet it is regarded as legally irrelevant. Because according to other Hadiths cats are considered pure animals. And according to the legal principle mentioned above, pure things may be sold. So the Hadith that forbids such a sale is not considered, and the principle moves into the foreground.<sup>55</sup> Exactly at this moment we see “the positive” in the law: The principles, which the scholars determine, show what law is and not necessarily the individual Hadiths. In the scholars’ “defense” it must be said, however, that the Hadiths were used again for the mentioned principle on the purity of objects for

54 Vgl. *Muslim*, Saħih, Kitāb al-musāqāh, Bāb 9, Hadith Nr. 42 (1569). Ibn Rušd impliziert mit seiner Wortwahl, dass dieser Hadith „festgehalten“ (*thābit*) sei, dem Hadith eine gewisse Authentizität, was sich auch daran zeigt, dass er in Muslims Werk vorzufinden ist, das von Muslimen hoch angesehen ist.

55 Für all dies s. *Ibn Rušd*, *Bidāya*, 653f.

54 Cf. *Muslim*, Saħih, Kitāb al-musāqāh, Bāb 9, Hadith No. 42 (1569). With his choice of words, that this Hadith was “held” (*thābit*), Ibn Rušd provides the Hadith with a certain authenticity, which is also shown by the fact that it is to be found in Muslims’ work, which is highly regarded by Muslims.

55 For all this see *Ibn Rušd*, *Bidāya*, 653f.

nicht unbedingt die einzelnen Hadithe. Zur „Verteidigung“ der Gelehrten muss aber gesagt werden, dass auch für das genannte Prinzip zur Reinheit von Verkaufsgegenständen wieder Hadithe herangezogen werden, um nicht Gefahr zu laufen, dass man selbst bestimmt, was Recht ist. Aber es wird nicht berücksichtigt, dass die Gelehrten immer noch die Texte selbst auslegen und sie auf eine gewisse Art und Weise deuten.

Kommen wir nun zurück zur Herangehensweise Ibn Rušd: Ibn Rušd liefert dem Rechtsgelehrten mit seinem Ansatz jede Menge Rechtsprinzipien, die er auf die unendlichen Fälle des Rechts anwenden kann. Der Rechtsgelehrte muss somit nicht mehr zurück zu den Rechtsquellen gehen und die Rechtsmethodik anwenden, denn diesen Schritt übernimmt Ibn Rušd mit seiner Analyse und Ableitung seiner Prinzipien. Zudem speisen sich diese Prinzipien aus der Vielfalt der rechtspraktischen Lösungen in den unterschiedlichen Rechtsschulen, was wiederum die Stärke dieser Herangehensweise untermauert, da sie der Vielfalt Rechnung trägt. Wieso ist aber Ibn Rušd bedacht, mit den klassischen *uṣūl*, die, wie wir gesehen haben, mit der *bayān*-Epistemologie begründet sind, zu argumentieren, um eine größtmögliche Flexibilität zu erreichen, obwohl die *bayān*-Epistemologie genau dies verhindern soll?

### 3. Erkenntnistheoretische Grundlegung Ibn Rušd's juristischer Hermeneutik und des Rechts

In seinem *Faṣl al-maqāl* befasst sich Ibn Rušd mit den Wegen, die zur Wahrheit führen. Er zeigt, dass es drei Methoden gibt, um zur Wahrheit zu gelangen. Die apodiktische ist diejenige, die nur einer Elite möglich ist. Die rhetorische und dialektische Methode orientiert sich dagegen stark am Wortlaut der Offenbarung (Offenbarung hier: Koran und Sunna), denn die Offenbarung spricht die Allgemeinheit an und die Allgemeinheit ist nicht in der Lage, metaphysische Wahrheiten vollständig zu erfassen. Die Offenbarung verwendet solch eine Methode, die es dem allgemeinen Volk ermöglicht, die Wahrheit zu verstehen. Deswegen orientiert sich die Mehrheit am Wortlaut der Offenbarung. Die Elite hingegen fragt nach den Vernunftwahrheiten und kann über die Offenbarung hinaus zur Wahrheit gelangen, die aber nicht für jeden verständlich ist.<sup>56</sup> Alle Wege führen aber zur gleichen Wahrheit, denn die Wahrheit kann der Wahrheit nicht widersprechen, sondern sie nur bestätigen.<sup>57</sup> Ferner bestimmt Ibn Rušd, dass das Ziel der Offenbarung ist, den Menschen „nur das wahre Wissen

sale, in order not to run the risk that one determines oneself what is right. But it is not taken into account that the scholars still interpret the texts themselves and interpret them in a certain way.

Let us now return to Ibn Rušd's approach: Ibn Rušd's approach provides the legal scholar with many legal principles that he can apply to the infinite cases of law. The legal scholar therefore no longer has to go back to the sources of law and apply the legal methodology, because Ibn Rušd takes this step with his analysis and derivation of his principles. In addition, these principles are fed by the diversity of practical legal solutions in the various legal schools, which in turn underpins the strength of this approach, as it takes account of diversity. Why, however, is Ibn Rušd so concerned with arguing using the classical *uṣūl*, which as we have seen are based on the *bayān* epistemology, in order to achieve the greatest possible flexibility, although the *bayān* epistemology is intended to prevent precisely this?

### 3. Epistemological foundation of Ibn Rušd's juristic hermeneutics and hermeneutics of the law

In his *Faṣl al-maqāl* Ibn Rušd deals with the ways that lead to truth. He shows that there are three methods to get to the truth. The apodictic is the one that is only available to an elite. The rhetorical and dialectical method, on the other hand, is strongly oriented towards the wording of the revelation (revelation here: Qur'ān and Sunna), because the revelation addresses the general public and the general public is not able to fully grasp metaphysical truths. Revelation is one such method that enables the general public to understand the truth. Therefore the majority orientates itself according to the wording of the revelation. The elite, on the other hand, asks for the truth of reason and can go beyond the revelation to the truth, which, however, is not comprehensible for everyone.<sup>56</sup> But all paths lead to the same truth, for the truth cannot contradict the truth, but only confirm it.<sup>57</sup> Furthermore, Ibn Rušd determines that the goal of revelation is to teach people “only true knowledge and just action. (...) Just action means to take as a model those actions which lead to happiness, and to avoid those

56 Vgl. *Ibn Rušd*, *Faṣl al-maqāl*, 50f.; *Ibn Rušd*, Maßgebliche Abhandlung, 39–41.

57 Vgl. *Ibn Rušd*, *Faṣl al-maqāl*, 35; *Ibn Rušd*, Maßgebliche Abhandlung, 18.

56 Cf. *Ibn Rušd*, *Faṣl al-maqāl*, 50f.; *Ibn Rušd*, Maßgebliche Abhandlung, 39–41.

57 Cf. *Ibn Rušd*, *Faṣl al-maqāl*, 35; *Ibn Rušd*, Maßgebliche Abhandlung, 18.

und das gerechte Handeln zu lehren. (...) Gerechtes Handeln heißt, sich jene Handlungen zum Vorbild zu nehmen, die zu Glückseligkeit führen, und jene zu vermeiden, die zu Unglück [im Diesseits wie im Jenseits] führen. Die Kenntnis dieser Handlungen ist das, was „die praktischen Wissenschaften“ genannt wird. Diese Handlungen fallen in zwei Gruppen. Die erste sind die äußerlichen, körperlichen Handlungen. Die Wissenschaft, die sich mit ihnen beschäftigt, wird „religiöse Rechtswissenschaft“ (*fiqh*) genannt.“<sup>58</sup>

Da das positive Recht (1) für die Allgemeinheit gedacht ist, (2) auf Zeit und Ort beschränkt ist und für Ibn Rušd die islamische Tradition der Rechtspraxis (*furūʿ al-fiqh*) dem positiven Recht gleichkommt, analysiert Ibn Rušd im Rahmen der *bayān*-Epistemologie die unterschiedlichen Fälle. Denn nur dieser Ansatz mit der rhetorischen und dialektischen Methode kann die Allgemeinheit ansprechen. Da aber das islamische Recht auch Prinzipien beinhaltet, die universal sind, ordnet er die Prinzipien dem Naturrecht zu, die durch die demonstrative Methode (*burhān*) bestimmt ist, wozu auch die Tugenden zugehören. Ferner können wir anhand der Ausführungen von Ibn Rušd Folgendes sagen: Da die Texte aus Koran und Sunna selbst eine Konkretisierung der Tugenden sind und sich an die Allgemeinheit wenden, müssen sie mittels der *bayān*-Epistemologie analysiert und mit der *burhān*-Epistemologie, also der Vernunftargumentation, in Beziehung zum Naturrecht gesetzt werden. Das Naturrecht beinhaltet dann allgemeine, durch die Vernunft wahrnehmbare und die gesamte Menschheit tangierende Prinzipien, die auch im islamischen Recht zu finden sind und dort auch konkretisiert werden. Die Universalität des *fiqh* ist somit nicht dadurch gegeben, dass Normen aus göttlicher und prophetischer Rede abgeleitet werden, sondern dadurch, dass es Konkretisierungen des Naturrechts enthält und seine Prinzipien zum Naturrecht dazugehören.

Da nun im Bereich der Rechtspraxis (*furūʿ*) allgemeine Prinzipien zur Verfügung stehen, die quasi eine Gewissheit ausdrücken, können diese Prinzipien mit der Erfahrung der Menschen und unter Zuhilfenahme anderer Wissenschaftsdisziplinen wie der Medizin konkretisiert und Normen formuliert werden. Diese sind wiederum nur präsumtiv, da jede Konkretisierung subjektiv und durch die Erfahrung und Kenntnis der Gelehrten beschränkt ist. Letzteres können wir aber nur sagen, indem wir Ibn Rušd weiterdenken. Er selber schweigt meiner Lektüre nach zur Frage der Subjektivität beim Gelehrten. Was zudem gesagt werden kann, ist, dass im System Ibn Rušd die Flexibilität und Dynamik dem Recht inhärent sind.

58 *Ibn Rušd*, Maßgebliche Abhandlung, 38.

which lead to misfortune [in this world as in the hereafter]. The knowledge of these actions is what is called ‘the practical sciences.’ These actions fall into two groups. The first are the external, physical actions. The science that deals with them is called ‘religious jurisprudence’ (*fiqh*).”<sup>58</sup>

Since positive law (1) is intended for the general public, (2) is limited to time and place, and for Ibn Rušd the Islamic tradition of legal practice (*furūʿ al-fiqh*) amounts to positive law, Ibn Rušd analyses the different cases within the framework of the *bayān* epistemology. Because only this approach with the rhetorical and dialectical method can address the general public. However, since Islamic law also contains principles that are universal, it assigns the principles to natural law, which is determined by the demonstrative method (*burhān*), to which also the virtues belong. Furthermore, on the basis of Ibn Rušd’s explanations, we can say the following: Since the texts from the Qur’an and Sunna themselves are a concretization of the virtues, and are addressed to the general public, they must be analyzed by means of *bayān* epistemology, and set in relation to natural law by means of *burhān* epistemology, i.e. reason argumentation. Natural law then contains general principles perceptible by reason and affecting all humanity, which can also be found in Islamic law and are also concretized there. The universality of the *fiqh* is thus not given by the fact that norms are derived from divine and prophetic speech, but by the fact that it contains concretizations of natural law and its principles belong to natural law.

Since we now have general principles available in the field of legal practice (*furūʿ*), which express a quasi certainty, these principles can be concretized and norms formulated with the experience of people and with the help of other scientific disciplines, such as medicine. These, in turn, are only presumptive, since every concretization is subjective and limited by the experience and knowledge of the scholars. However, we can only say the latter by thinking Ibn Rušd further. According to my reading, he himself is silent on the question of the scholar’s subjectivity. What can also be said is that in the Ibn Rušd system, flexibility and dynamism are inherent in law.

58 *Ibn Rušd*, Maßgebliche Abhandlung, 38.

## 4. Kritik der Herangehensweise Ibn Rušds

Auch wenn Ibn Rušds Herangehensweise durch die Anbindung des Rechts an die Philosophie ermöglicht, das islamische Recht zu universalisieren und die Rechtspraxis als positives Recht zu betrachten, sodass größtmögliche Flexibilität und Dynamik gegeben sind, sind gewisse Probleme mit der Herangehensweise vorhanden, sollten wir uns dafür entscheiden, seinen Ansatz für zeitgenössische Forschung zum islamischen Recht als Grundlage zu nehmen. Zum einen ist es umstritten, ob man von einer starken – oder überhaupt von einer – Trennung des Rechts in Naturrecht und positives Recht ausgehen kann. Ferner ist es umstritten, was genau, sollte es ein Naturrecht geben, das Naturrecht ausmacht. Es ist auch problematisch, wenn wir unreflektiert von der Grundlegung des Rechts mit den genannten Tugenden ausgehen sollten, denn in der philosophischen Ethik wird die Tugendlehre durchaus stark kritisiert. Dennoch ist dieser Versuch Ibn Rušds fruchtbar, das islamische Recht mit den Ethikdiskussionen in Verbindung zu bringen, um von den doch sehr stark restriktiven und unbestimmten *maqāṣid* wegzukommen.

Stark ist die Herangehensweise Ibn Rušds deswegen, weil sie sich der Dynamik und der Pluralität in der Rechtspraxis (*furūʿ*) bewusst ist und sie für die Rechtsfindung fruchtbar macht. Die oft divergierende Herangehensweise zwischen Rechtsmethodik (*uṣūl*) und Rechtspraxis (*furūʿ*) wird damit überbrückt. Die Verlagerung der Universalität des islamischen Rechts von den schriftlichen Quellen auf die allgemeinen Prinzipien könnte es muslimischen Rechtsgelehrten und Rechtswissenschaftlern ermöglichen, sich je nach Kontext konstruktiv in die Gestaltung des Recht einzubringen, wie etwa im Bereich Wirtschafts- und Bioethik. Dennoch bleibt eine rechtsphilosophische – da es solch eine muslimische Tradition der Rechtsphilosophie nicht gab und immer noch nicht gibt – und moraltheologische Reflexion der Herangehensweise Ibn Rušds und eine entsprechende Revision mit ebenso erkenntnistheoretischer Reflexion aus.

VI.  
SCHLUSSWORT

Wir haben gesehen, dass in unterschiedlichen Jahrhunderten aufgrund unterschiedlicher theologischer und erkenntnistheoretischer Haltung die Flexibilität des Rechts unterschiedlich verstanden und unterschiedlich in die Methodik aufgenommen wurde. Dabei war zu sehen, dass die *bayān*-Theorie diejenige ist, die am wenigsten Flexibilität ermöglicht – zumindest nach den Angaben in der Rechts-

## 4. Criticism of Ibn Rushd's approach

Although Ibn Rushd's approach enables Islamic law to be universalized and legal practice to be regarded as a positive law by linking law to philosophy, thus establishing the greatest possible flexibility and dynamism, there are certain problems with the approach if we choose to take his approach to contemporary research on Islamic law as a basis. On the one hand, it is controversial whether one can proceed from a strong separation – or a separation at all – of law into natural law and positive law. It is controversial what exactly, should there be a natural law, constitutes natural law. It is also problematic if we should start unthinkingly from the foundation of law with the mentioned virtues, because in philosophical ethics the doctrine of virtue is strongly criticized. Nevertheless, this attempt by Ibn Rushd to connect Islamic law with the ethical discussions is fruitful in order to get away from the very strongly restrictive and indeterminate *maqāṣid*.

Ibn Rushd's approach is strong because it is aware of the dynamics and plurality in legal practice (*furūʿ*) and makes it fruitful for jurisprudence. The often diverging approach between legal methodology (*uṣūl*) and legal practice (*furūʿ*) is thus bridged. Shifting the universality of Islamic law from written sources to general principles could enable Muslim legal scholars and scholars to engage constructively in the shaping of law, depending on the context, such as in the field of economics and bioethics. Nevertheless, a philosophical reflection on law – since such a Muslim tradition of philosophy of law did not exist and still does not – and a moral theological reflection of the approach of Ibn Rushd and a corresponding revision with equally epistemological reflection are missing.

VI.  
CONCLUSION

We have seen that in different centuries, due to different theological and epistemological attitudes, the flexibility of law was understood differently and included differently in the methodology. It could be seen that the *bayān* theory is the one that allows the least flexibility – at least according to the statements in the legal methodology. But it remains true to its epistemological line. According to my reading,

methodik. Sie bleibt aber ihren erkenntnistheoretischen Grenzen treu. Eine nach meiner Lektüre gänzlich andere Situation liegt vor, wenn die Rechtspraxis analysiert wird, die durchaus ein hohes Maß an Flexibilität aufweist, aber ihre Flexibilität nicht immer theoretisch begründet wird.

Die zweite Herangehensweise, die sich stark auf die *maqāṣid* konzentriert, ermöglicht zwar eine starke Flexibilität, jedoch ist in dieser Theorie eine erkenntnistheoretische Konfusion vorhanden bzw. es mangelt an einer solchen kohärenten Reflexion und Aufarbeitung, zumindest in den meisten Fällen.

Die dritte Herangehensweise, die im Gegensatz zu den ersten beiden Herangehensweisen auch die Rechtspraxis im *fiqh* berücksichtigt, ist erkenntnistheoretisch reflektiert. Jedoch kann sie heute ohne weitere moraltheoretische und rechtsphilosophische Reflexion nicht bestehen. Meines Erachtens gewährleistet dieser hier als dritte Herangehensweise präsentierte Ansatz Ibn Ruṣḍ die größtmögliche Flexibilität und Dynamik, die zugleich auch die spezifisch islamisch-rechtlichen Maxime und Prinzipien für das allgemeine Recht fruchtbar macht und sich nicht auf die Auslegung der autoritativen Quellen beschränkt. Ibn Ruṣḍ befreit die Gelehrten davon, so lese ich seinen Ansatz, im Gegensatz zu den anderen Herangehensweisen, immer wieder zurück zu den schriftlichen Quellen zu gehen, um zu entdecken, welche Prinzipien dort erwähnt werden, um das Recht zu aktualisieren. Denn es ist durchaus einengend und stark einschränkend, immer wieder zu den schriftlichen Quellen zurückzukehren und die Universalität des islamischen Rechts dort zu suchen, was oft auch zu einer Eisegese, also einem Hineinlesen von Bedeutungen in die schriftlichen Quellen, führt.

a completely different situation exists when legal practice is analyzed, which shows a high degree of flexibility but does not always justify its flexibility theoretically.

The second approach, which concentrates strongly on the *maqāṣid*, allows for a strong flexibility, but in this theory there is an epistemological confusion or a lack of such coherent reflection and processing, at least in most cases.

The third approach, which, in contrast to the first two approaches, also takes into account legal practice in the *fiqh*, is reflected in epistemological terms. However, it cannot exist today without further reflection on moral theory and legal philosophy. In my opinion, this approach presented here as a third approach by Ibn Ruṣḍ guarantees the greatest possible flexibility and dynamism, which at the same time makes the specifically Islamic-legal maxims and principles fruitful for general law and is not limited to the interpretation of authoritative sources. Ibn Ruṣḍ liberates the scholars, as I read his approach, in contrast to the other approaches, to go again and again back to the written sources in order to discover which principles are mentioned there in order to update the law. For it is quite restrictive and severely restricting to return again and again to the written sources and to seek the universality of Islamic law there, which often leads to an eisegesis, that is, a reading of meanings into the written sources.