

Ancilla Iuris

Special Issue:
Flexibility in Religious Law

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

*Methodische Ansätze für die Flexibilität
in religiösen Rechten*
*Methodological Approaches to Flexibility
in Religious Laws*

Burkhard Josef Berkmann*
Translated by Jacob Watson

Abstract

Der vorliegende Artikel baut auf den vier Vorträgen auf, die am 11. Mai 2017 in Heidelberg auf dem Workshop zum Thema „Methodische Ansätze für die Flexibilität in religiösen Rechten“ gehalten wurden. Er versucht, Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen dem jüdischen und dem islamischen Recht sowie dem orthodoxen und dem katholischen Kirchenrecht aufzuzeigen. Entgegen der verbreiteten Meinung, religiöses Recht sei unveränderlich, behandelt er zunächst die Vielfalt von Flexibilisierungsmechanismen in den vier Rechtstraditionen und fragt nach den Gründen dafür. Er untersucht, ob diese Mechanismen eine andere Funktion erfüllen, wenn es in einer Rechtsordnung einen aktiven Gesetzgeber und kodifiziertes Recht gibt. Geht es nur um die Interpretation bestehender Normen oder auch um deren Fortbildung? Liegen die besagten Instrumente nur in der Hand der religiösen Autoritäten oder auch der einfachen Gläubigen? Flexibilität gibt es zwar auch im säkularen Recht, aber im religiösen Recht weist sie die Besonderheit auf, dass sie theologisch begründet wird.

Das Forum für den Vergleich der Rechtsdiskurse der Religionen veranstaltete am 11. Mai 2017 an der Hochschule für Jüdische Studien in Heidelberg einen Workshop zum Thema „Methodische Ansätze für die Flexibilität in religiösen Rechten“. Dieses Thema wurde in Bezug auf vier religiöse Rechtstraditionen jeweils von einem Experten dieser Tradition dargestellt: Ronen REICHMAN¹ für das jüdische Recht, Serdar KURNAZ² für das islamische Recht, Anargyros ANAPLIOTIS³ für das orthodoxe kanonische Recht und Helmuth PREE⁴ für das katholische Kirchenrecht.⁵ Im Anschluss daran hielt der Verfasser des vorliegenden Artikels ein Impulsreferat, das auf Ähnlichkeiten und Unterschiede aufmerksam machen und die Rechtsgelahrten der vier Traditionen miteinander sowie mit dem Publikum in eine Diskussion bringen sollte. Der vorliegende Artikel beruht auf diesem Impulsreferat, der Diskussion und nachfolgenden Reflexionen des Autors.

Tagungen im Bereich der säkularen Rechtsvergleichung laufen in der Regel so ab, dass auf eine Reihe

* Prof. Dr. Dr. Burkard Josef Berkman ist Professor für Kirchenrecht an der LMU München.

1 Vortrag: „Aspekte der Rechtsfortbildung in der Halacha“. Der Vortrag Reichmans ist noch nicht publiziert. Sooft der vorliegende Aufsatz auf seinen Vortrag Bezug nimmt, ist die mündliche Fassung vom 11. Mai 2017 gemeint.

2 Vortrag: „Drei Modelle zur Lösung der Spannung zwischen Tradition und Innovation im islamischen Recht“.

3 Vortrag: „Flexibilisierungsmechanismen im Orthodoxen Kanonischen Recht: Oikonomia und ihre Grenzen“.

4 Vortrag: „Flexibilisierungsinstrumente im Katholischen Kirchenrecht“.

5 Alle diese Beiträge sind ebenfalls in der Zeitschrift *Ancilla Iuris* publiziert. Auf sie beziehen sich manche Verweise in diesem Artikel.

Abstract

This article builds on the four presentations given at the Heidelberg workshop on “Methodological Approaches to Flexibility in Religious Laws” on 11 May 2017. It tries to show similarities and differences between Jewish and Islamic law as well as between Orthodox and Catholic canon law. Contrary to widespread opinion that religious law is unchangeable, it first deals with the various flexibilization mechanisms in the four legal traditions and asks for their reasons. It examines whether these mechanisms fulfill a different function when there is an active lawmaker and codified law in a legal order. Are they merely about the interpretation of existing norms or also about developing them further? Are these instruments only in the hands of the religious authorities or also available to the ordinary faithful? Flexibility exists in secular law, too, but in religious law it has the special feature of being theologially justified.

The Forum for the Comparison of Legal Discourses of Religions held a workshop on May 11th, 2017 at the Hochschule für Jüdische Studien in Heidelberg on the topic “Methodical Approaches to Flexibility in Religious Laws.” This topic was presented in relation to four religious legal traditions by an expert of each tradition: Ronen REICHMAN¹ for Jewish law, Serdar KURNAZ² for Islamic law, Anargyros ANAPLIOTIS³ for Orthodox canon law and Helmuth PREE⁴ for Catholic canon law.⁵ Subsequently, the author of this article gave a keynote speech to draw attention to similarities and differences and to bring the legal scholars of the four traditions into discussion with each other and with the public. The present article is based on this keynote speech, the discussion and the subsequent reflections of the author.

Usually, conferences in the field of secular comparative law take place in such a way that a series of

* Prof. Dr. Dr. Burkard Josef Berkman is Professor of Canon Law at the LMU Munich.

1 Lecture: “Aspects of legal development in the Halacha.” Reichman’s lecture has not yet been published. Whenever the present essay refers to his lecture, the oral version of 11 May 2017 is meant.

2 Lecture: “Three models to resolve the tension between tradition and innovation in Islamic law.”

3 Lecture: “Flexibilization mechanisms in Orthodox Canon Law: Oikonomia and its limitations.”

4 Lecture: “Flexibilization Instruments in Catholic Canon Law.”

5 All these contributions are also published in the journal *Ancilla Iuris*. Some of the references in this article refer to them.

von Länderberichten, welche die Rechtslage in einzelnen Staaten darstellen, ein sogenannter Generalbericht folgt, der eine Synthese aus den Länderberichten bietet und den eigentlichen Vergleich vornimmt. Der vorliegende Artikel erhebt nicht den Anspruch eines solchen Generalberichts, der auf die vier Einzelberichte folgt. Viel bescheidener werden nur einige Beobachtungen und Überlegungen wiedergegeben. Vielleicht können sie dennoch helfen, die Ähnlichkeiten und Unterschiede besser zu verstehen und die Eigenart religiösen Rechts klarer zu sehen.

I. BEDÜRFNIS NACH FLEXIBILITÄT

Zunächst ist eine ganz grundlegende Gemeinsamkeit zu konstatieren: In allen vier Rechtstraditionen besteht offenbar ein Bedürfnis nach Flexibilität. In keinem der vier Beiträge wurde gesagt, dass es im betreffenden Recht Flexibilität nicht gebe oder nicht brauche.⁶ Die Begriffe und die Instrumente, die dafür gewählt werden, mögen unterschiedlich sein, aber überall zeigt sich, dass es etwas gibt, das die Funktion der Flexibilität gewährleisten soll. Gewiss weisen nicht alle religiösen Rechtstraditionen denselben Flexibilitätsgrad auf, doch ist fraglich, ob sich etwa pauschal behaupten lässt, das jüdische Recht sei flexibler als das islamische, wie es LIBSON versucht.⁷ Eine Studie von KURNAZ zeigt auf, dass die (orientalische) Haltung, wonach das islamische Recht festgefroren und nicht änderungsfähig (dynamisch) sei, nicht haltbar ist.⁸ Diese Flexibilität sei auch notwendig, weil die Textquellen keine direkten Antworten auf den technischen und medizinischen Fortschritt

country reports, which represent the legal situation in individual states, is followed by a general report, which offers a synthesis of the country reports and carries out the actual comparison. This article does not claim to be such a general report following the four individual ones. Much more modestly, it shall only offer a few observations and considerations. Perhaps they can nevertheless help to better understand the similarities and differences and to see more clearly the peculiarity of religious law.

I. THE NEED FOR FLEXIBILITY

First of all, there is a very basic common ground to be noted: In all four legal traditions there appears to be a need for flexibility. None of the four contributions stated that there was no flexibility or no need for it in the respective laws.⁶ The terms and the instruments chosen may be different, but it is clear everywhere that there is something to ensure the function of flexibility. Certainly not all religious legal traditions exhibit the same degree of flexibility, but it is questionable whether it is possible to claim in general terms that Jewish law is more flexible than Islamic law, as LIBSON attempts to do.⁷ A study by KURNAZ shows that the (oriental) attitude that Islamic law is frozen and not changeable (dynamic) is not tenable.⁸ This flexibility is also necessary because the text sources do not provide direct answers to technical and medical progress and the social problems that arise as a result.⁹

6 Eine andere Frage ist freilich, welche Bedeutung den Flexibilisierungsinstrumenten im gelebten Recht tatsächlich zukommt. *Schüller* vermutet, dass das Prinzip der *oikonomia* in der Orthdoxie eine starke Basis in konkreten Fällen hat, während das „theorielastige“ Prinzip der *aequitas* im Katholizismus noch mehr Rechtswirklichkeit werden müsste, vgl. *Thomas Schüller*, Die Barmherzigkeit als Prinzip der Rechtsapplikation in der Kirche im Dienste der *salus animarum*. Ein kanonistischer Beitrag zu Methodenproblemen der Kirchenrechtstheorie (Würzburg 1993), 435f.

7 *Gideon Libson*, A few Remarks on Equity in Islamic, Jewish and English Law, in: *Rabello* (Hg.), *Aequitas and Equity. Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions* (Jerusalem 1997), 151–161, 157f.: „Islamic Law, as we all know, was born in the shadow of Jewish Law. It saw the latter as rigid and uncompromising – a ‚stern religion‘, in Goitein’s phrase. In reaction, and in order to accentuate the difference, it adopted what appeared to be an easier, more lenient and flexible approach as seen, for example, in the principle of *rukhsa* = mitigation. But despite this striving for ease and convenience, Islamic law nevertheless fell into an exaggerated, rigid formalism, both of substance and of procedure, which frequently dictated a recourse to *istihsan*. [...] Jewish Law offers several ‘equitable’ principles [...]. There are no comparable tools in Islamic law, other than the general idea, mentioned in the Muslim literature, of doing good and avoiding evil. Perhaps a partial explanation of this situation is that some statutes in Jewish Law originated in considerations of equity but where ultimately enacted as laws; while the parallels in Islamic Law were incorporated from the start in the legal system itself.“

8 *Serdar Kurnaz*, Der Diskurs über *maqāsid aš-šarī’a*. Eine begriffsgeschichtliche Untersuchung, in: *Ben Abdeljelil/Kurnaz* (Hg.), *Maqāsid aš-šarī’a*. Die Maximen des islamischen Rechts (Berlin 2014), 146.

6 Another question, of course, is what significance the flexibility instruments actually have in the law in action. *Schüller* assumes that the principle of *oikonomia* in Orthodoxy has a strong basis in concrete cases, while the “theory-heavy” principle of *aequitas* in Catholicism must become even more a legal reality, cf. *Thomas Schüller*, Die Barmherzigkeit als Prinzip der Rechtsapplikation in der Kirche im Dienste der *salus animarum*. Ein kanonistischer Beitrag zu Methodenproblemen der Kirchenrechtstheorie (Würzburg 1993), 435f.

7 *Gideon Libson*, A few Remarks on Equity in Islamic, Jewish and English Law, in: *Rabello* (ed.), *Aequitas and Equity. Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions* (Jerusalem 1997), 151–161, 157f.: “Islamic Law, as we all know, was born in the shadow of Jewish Law. It saw the latter as rigid and uncompromising – a ‚stern religion,‘ in Goitein’s phrase. In reaction, and in order to accentuate the difference, it adopted what appeared to be an easier, more lenient and flexible approach as seen, for example, in the principle of *rukhsa* = mitigation. But despite this striving for ease and convenience, Islamic law nevertheless fell into an exaggerated, rigid formalism, both of substance and of procedure, which frequently dictated a recourse to *istihsan*. [...] Jewish Law offers several ‘equitable’ principles [...]. There are no comparable tools in Islamic law, other than the general idea, mentioned in the Muslim literature, of doing good and avoiding evil. Perhaps a partial explanation of this situation is that some statutes in Jewish Law originated in considerations of equity but where ultimately enacted as laws; while the parallels in Islamic Law were incorporated from the start in the legal system itself.”

8 *Serdar Kurnaz*, Der Diskurs über *maqāsid aš-šarī’a*. Eine begriffsgeschichtliche Untersuchung, in: *Ben Abdeljelil/Kurnaz* (Hg.), *Maqāsid aš-šarī’a*. Die Maximen des islamischen Rechts (Berlin 2014), 146.

9 *Ibid.* 147.

und die damit entstehenden gesellschaftlichen Probleme liefern.⁹

Die Bezeichnung „Flexibilität“ scheint am neutralsten und für alle Religionen am passendsten zu sein, um das Gemeinte auszudrücken. Die Begriffe der Rechtsfortbildung und der Wandelbarkeit hängen damit zusammen, würden aber wohl in manchen Rechtstraditionen zu starke Assoziationen wecken.

II. ANSTÖßE DURCH WEBER, KELSEN UND HART

Teilweise hat sich die Meinung verbreitet, religiöse Rechtstraditionen seien nicht flexibel und könnten es nicht einmal sein, weil sie auf überzeitliche sakrale Texte bzw. einen göttlichen Ursprung zurückgehen. Diese Meinung könnte sich auf einige Gelehrte des 20. Jahrhunderts stützen, wenngleich deren Ausführungen bei genauer Betrachtung viel differenzierter sind. Daher sollen zu Beginn die Thesen WEBER, KELSENS und HARTS kurz vorgestellt werden.

WEBER schrieb: „Wo daher einmal ein Gebot die Bedeutung einer göttlichen Ordnung erlangt hat, steigt es damit aus dem Kreise veränderlicher Konventionen zum Rang der Heiligkeit auf. Es hat nun, wie die Ordnungen des Kosmos, von jeher gegolten und wird für immer gelten, es kann nur interpretiert, nicht geändert werden, es sei denn dass der Gott selbst ein neues Gebot offenbart.“¹⁰

KELSEN äußert sich nicht direkt, doch unterscheidet er zwischen dem statischen und dem dynamischen Prinzip von Rechtsordnungen. Wenn der Geltungsgrund einer Rechtsordnung inhaltlicher Art ist – also z.B. im Willen Gottes besteht –, so liegt ein statisches Prinzip zugrunde. Wenn der Geltungsgrund hingegen rein formal ist – und KELSEN legt mit seiner Theorie der Grundnorm genau ein solches Konzept vor –, dann liegt der Rechtsordnung ein dynamisches Prinzip zugrunde.¹¹ In Normsystemen wie den Zehn Geboten oder dem Liebesgebot Christi sind ihm zufolge beide Prinzipien vereinigt.¹²

The term “flexibility” seems to be the most neutral and suitable for all religions to express what is meant. The concepts of legal development and changeability are connected with this, but would probably arouse too strong associations in some legal traditions.

II. IMPETUS BY WEBER, KELSEN AND HART

To a certain degree, opinion has it that religious legal traditions are not flexible and even would be incapable of flexibility as their grounds are in supratemporal sacred texts or a divine origin. This opinion could be supported by some scholars of the 20th century, although upon closer examination their explanations are much more sophisticated. Therefore the theses of WEBER, KELSEN and HART shall be briefly presented at the beginning.

WEBER wrote: “Consequently, once an injunction has achieved the status of a divine commandment, it rises out of the circle of alterable conventions into the rank of sanctity. Henceforth, the regulations enjoined by the religion are regarded, like the arrangements of the cosmos as a whole, as eternally valid-susceptible of interpretation, but not of alteration, unless the god himself reveals a new commandment.”¹⁰

KELSEN wrote nothing directly regarding this, but he distinguishes between the static and dynamic principles of legal systems. If a legal system’s ground for validity is of a substantive nature – i.e. it exists in the will of God – then a static principle underlies it. If, on the other hand, the ground of validity is purely formal – and KELSEN presents exactly such a concept with his theory of the basic norm – then the legal order is based on a dynamic principle.¹¹ According to him, both principles are united in normative systems, like in the Ten Commandments or Christ’s commandment to Love thy Neighbor.¹²

9 Ebd. 147.

10 *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie* (Tübingen⁵1980), 348.

11 *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (Wien²1960), 198f.

12 Ebd. 200.

10 *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie* (Tübingen⁵1980), 348. Translation from the English edition: Guenter Roth and Claus Wittich. (eds.) *Economy and Society. An outline of interpretive sociology*. (London 1978), 577.

11 *Hans Kelsen*, *Pure Law* (Vienna²1960), 198f.

12 Ibid. 200.

Wieder eine etwas andere Sicht nimmt HART ein. Er erblickt einen Mangel darin, wenn eine Gesellschaft keine Mittel kennt, um die Regeln den sich wandelnden Umständen anzupassen, indem entweder alte Regeln abgeschafft oder neue eingeführt werden. „Eine solche Gesellschaft kennt nur eine einzige Art, wie sich die Regeln ändern können, nämlich durch einen langen Wachstumsprozess, wenn ein Verhaltensverlauf, wo es einem freigestellt ist, ob man ihn wählt oder nicht, zuerst eine Gewohnheit und dann obligatorisch wird, und dem umgekehrten Prozess, wenn Abweichungen, die früher schwer bestraft wurden, zuerst toleriert und dann nicht einmal mehr bemerkt werden.“¹³ Es gäbe dort nicht nur keine Möglichkeit, die allgemeinen Regeln zu ändern, sondern auch die für die Einzelfälle entstehenden Verpflichtungen könnten niemals von irgendeinem Individuum absichtlich verändert oder modifiziert werden. Eine solche Gesellschaft ist für HART aber nur ein theoretisches Beispiel, an dem er die betreffenden Probleme demonstrieren kann. Das Heilmittel gegen die Statik des Regimes besteht für ihn darin, Änderungsregeln einzuführen.¹⁴

III.

VIELFALT DER METHODISCHEN ANSÄTZE

Auf den ersten Blick scheinen jedenfalls alle vier Beiträge die These WEBERS widerlegt zu haben, weil alle empirisch aufgezeigt haben, dass religiöse Rechte nicht unveränderlich sind, weil es faktisch Flexibilisierungsinstrumente gibt. Diesbezüglich sind drei Punkte zu beachten: Das Verhältnis von Rechtserzeugungs- und Flexibilisierungsvorgängen, die Auswirkung des göttlichen Ursprungs auf die Flexibilität und schließlich die Funktion der Flexibilisierungsinstrumente.

1. Mechanismen zur Rechtserzeugung

Zunächst ist festzuhalten, dass sich in religiösen Rechten sehr wohl auch sogenannte Metaregeln zur Rechtsänderung bzw. Rechtserzeugungsmechanismen finden. Im säkularen Recht kontinentaleuropäischer Prägung würde man dabei vor allem an die Gesetzgebung denken, in der anglo-amerikanischen Tradition eher an den *judicial activism* der Gerichte. Beide Phänomene lassen sich in gewissem Maße ebenfalls in religiösen Rechten beobachten.

HART takes another slightly different view. He sees a shortcoming in the case of a society having no means to adapt the rules to changing circumstances by either abolishing old rules or introducing new ones. “The only mode of change in the rules known to such a society will be the slow process of growth, whereby courses of conduct once thought optional become first habitual or usual, and then obligatory, and the converse process of decay, where deviations once severely dealt with are first tolerated and then pass unnoticed.”¹³ Not only would there be no possibility here to change the general rules, even in unique cases the existing obligations could never be adapted or modified for any particular individual. For HART, however, such a society is only a theoretical example, in which he can demonstrate the problems involved. The cure for the strictness of such a regime is for it to introduce rules for change.¹⁴

III.

DIVERSE METHODOLOGICAL APPROACHES

At first glance, at any rate, all four contributions seem to have refuted WEBER’S thesis, because they all empirically show that religious laws are not immutable, because there are in fact instruments for flexibilization. There are three points to consider in this respect: The relationship between lawmaking and procedures for flexibility, the impact of divine origin on flexibility and, finally, the role of instruments of flexibility.

1. Mechanisms for lawmaking

First of all, it should be noted that religious law does indeed contain meta-rules on legal change or mechanisms for lawmaking. In secular law of the continental European kind, one would think above all about legislation, and in the Anglo-American tradition rather about the *judicial activism* of the courts. Both phenomena can to some extent also be observed in religious laws.

¹³ Herbert Lionel Adolphus Hart, *Der Begriff des Rechts* (engl. *The Concept of Law*, übersetzt von Alexander von Baeyer) (Frankfurt 1973), 133.

¹⁴ Ebd. 136.

¹³ Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law* 3rd. edition. (Oxford University Press, 2012) 92.

¹⁴ Ibid. 136.

Im katholischen Kirchenrecht gibt es unbestreitbar eine legislative Gewalt, die Gesetze ändern kann. In anderen religiösen Rechten besteht zumindest in bestimmten Bereichen die Möglichkeit, Rechtsvorschriften eigener Art oder niederen Rangs zu erlassen: etwa Statuten in den orthodoxen Kirchen,¹⁵ Verordnungen im Judentum (*Takkana*)¹⁶ und im Islam.¹⁷ Außerdem kennen religiöse Rechte auch das Richterrecht. Im Judentum darf das Gericht eine Anordnung treffen und dabei eine biblische Vorschrift aufheben, wie REICHMAN in seinem Vortrag erklärte. Er erwähnte die Einzelfallentscheidungen (*Ma'asim*). Sowohl im jüdischen als auch im islamischen Recht spielen Responsen eine wichtige Rolle für die Rechtsfortbildung, wie der zweite Workshop des Forums für Rechtsdiskurse in den Religionen gezeigt hat.¹⁸ Sie werden nicht vom Richter, sondern von Rechtsgelehrten verfasst und entfalten ihre Wirkung je nach Überzeugungskraft der Argumente und Autorität des Verfassers. Im katholischen Kirchenrecht entwickelte die Römische Rota unter der Geltung des Kodex von 1917 eine Rechtsprechung zu Ehenichtigkeitsgründen mit psychischen Ursachen, die in diesem Kodex nur einen schwachen Anhaltspunkt hatte, aber schließlich in den Kodex von 1983 aufgenommen wurde.

2. Flexibilität trotz göttlichem Ursprung

Außerdem zeigt sich, dass der göttliche Ursprung des Rechts dessen Flexibilität nicht ausschließt. Die vier Beiträge haben mehr oder weniger zwischen einem unwandelbaren Kern und veränderlichen Bereichen differenziert. Im orthodoxen Kirchenrecht werden die Dogmen im strengen Sinn von den *Theologoumena* abgehoben, die der *Oikonomia* zugänglich sind.¹⁹ Was das islamische Recht betrifft, gab es historisch eine Diskussion, ob sich unterschiedslos alle Regelungen ändern können, oder ob man sich auf die zwischenmenschlichen Beziehungen (*mu'āmalāt*) beschränken muss, da die gottesdienstlichen Handlungen (*'ibādat*) keiner Änderung unterliegen.²⁰ IBN RUŠD (AVERROËS) hielt die Prinzipien des *fiqh*, die zum Naturrecht

In Catholic canon law there is undeniably a legislative power that can change laws. In other religious legal systems, it is possible, at least in certain areas, to enact legislation of its own kind or of lower rank: for example, statutes in the Orthodox churches,¹⁵ ordinances in Judaism (*takkana*)¹⁶ and in Islam.¹⁷ In addition, religious law also knows judicial law. In Judaism, the court may create a rule by repealing a biblical provision, as REICHMAN explained in his lecture. He mentioned the individual case decisions (*ma'asim*). In Jewish as well as in Islamic law, responses play an important role for the further development of law, as the second workshop of the Forum for Legal Discourse in Religions has shown.¹⁸ These are written not by judges but by legal scholars. Their effect depends on the persuasiveness of the arguments and on the authority of the author. In Catholic canon law, under the 1917 Code, the Roman Rota developed a case law on marriage annulment grounds with psychological causes under the application of the 1917 Code, which had only a weak reference point in the code, but was eventually included in the 1983 Code.

2. Flexibility despite divine origin

It has also been shown that the divine origin of law does not exclude its flexibility. The four contributions have more or less differentiated between an immutable core and changing areas. In Orthodox canon law, dogmas in the strict sense are distinguished from *theologoumena*, which are accessible to the *oikonomia*.¹⁹ As far as Islamic law is concerned, historically, there has been a discussion as to whether all regulations can be changed indiscriminately, or whether one has to limit oneself to interpersonal relations (*mu'āmalāt*), since the acts of worship (*'ibādat*) are not subject to any change.²⁰ IBN RUŠD (AVERROS) considered the principles of the *fiqh*, which belong to natural law, to be universal, while he placed the *fiqh* itself within positive law,

15 Richard Potz/Eva Synek, *Orthodoxes Kirchenrecht. Eine Einführung* (Freistadt²2014), 321.

16 Von den Rabbinen herrührende Verordnungen, vgl. Marcus Cohn, *Art. Recht, jüdisches*, Nr. 2 „Geschichte der Rechtsquellen“, in: Cohn (Hg.), *Wörterbuch des jüdischen Rechts*. Neudruck der m „Jüdischen Lexikon“ (1927–1930) erschienenen Beiträge zum jüdischen Recht (Basel 1980), 3–5. *Ders.*, *Ergänzungsartikel: „Zaun um das Gesetz“*, http://www.juedisches-recht.de/lex_erg_z aun-gesetz.php, letzter Zugriff: 13. September 2017. „Im Einzelnen werden für diese Verordnungen, die sich als Gserot (Vorbeugungsverbote), aber auch als Takkanot (Maßregeln und Neueinrichtungen) darstellen [...], verschiedene Motive angegeben.“ Vgl. auch Walter Homolka, *Das Jüdische Eherecht* (Berlin 2009), 12.

17 Vgl. Mathias Rohe, *Das Islamische Recht. Eine Einführung* (München 2013), 244: „Verwaltungsvorschriften/Regierungsdekrete“; Uduqbor, *Marcellus Okenwa, Il diritto musulmano* (Città del Vaticano 2010), 160.

18 <http://www.hfjs.eu/md/hfjs/rdr/rdr-workshop-15jul2016-programm-konzept.pdf>, letzter Zugriff: 13. September 2017.

19 Florian Schuppe, *Die pastorale Herausforderung. Orthodoxes Leben zwischen Akribeia und Oikonomia. Theologische Grundlagen, Praxis und ökumenische Perspektiven* (Würzburg 2006), 214.

20 Kurnaz (Fn. 8), 87.

15 Richard Potz/Eva Synek, *Orthodoxes Kirchenrecht. Eine Einführung* (Freistadt²2014), 321.

16 Von den Rabbinen herrührende Verordnungen, see. Marcus Cohn, *Art. Recht, jüdisches*, no. 2 „Geschichte der Rechtsquellen“, in: Cohn (ed.), *Wörterbuch des jüdischen Rechts*. Neudruck der m „Jüdischen Lexikon“ (1927–1930) erschienenen Beiträge zum jüdischen Recht (Basel 1980), 3–5. *In the same*, supplementary: „Zaun um das Gesetz“; http://www.juedisches-recht.de/lex_erg_z aun-gesetz.php, last accessed 13 September 2017: “In detail, various motives are given for these ordinances, which present themselves as *gezeirot* (preventative prohibitions), but also as *takkanot* (measures and new positive legislation) [...]” see also Walter Homolka, *Das Jüdische Eherecht* (Berlin 2009), 12.

17 Cf. Mathias Rohe, *Das Islamische Recht. Eine Einführung* (München 2013), 244: “Verwaltungsvorschriften/Regierungsdekrete”; Uduqbor, *Marcellus Okenwa, Il diritto musulmano* (Città del Vaticano 2010), 160.

18 <http://www.hfjs.eu/md/hfjs/rdr/rdr-workshop-15jul2016-programm-konzept.pdf>, last accessed 13 September 2017.

19 Florian Schuppe, *Die pastorale Herausforderung. Orthodoxes Leben zwischen Akribeia und Oikonomia. Theologische Grundlagen, Praxis und ökumenische Perspektiven* (Würzburg 2006), 214.

20 Kurnaz (fn. 8), 87.

gehören, für universell, während er den *fiqh* selbst im positiven Recht verortete, das wandelbar ist.²¹ Eine ähnliche Unterscheidung findet sich im katholischen Kirchenrecht. Das göttliche Recht, zu dem auch das Naturrecht gehört, gilt als unwandelbar, während das sogenannte rein kirchliche bzw. menschliche Recht verändert werden kann.²² Wie jedoch der Beitrag von PREE zeigte, gibt es Flexibilisierungsinstrumente, die sogar göttliches Recht überlagern können, nämlich Epikie und Dissimulation.²³ Im jüdischen Recht wird, wie REICHMAN dargelegt hat, einerseits am Offenbarungscharakter festgehalten, doch andererseits wird geglaubt, dass Gott das Recht in die Hand der Menschen gelegt hat.

Alle behandelten Religionen kennen eine Heilige Schrift, die auf Offenbarung zurückgeht, wenngleich das Offenbarungsverständnis recht unterschiedlich sein kann. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese Schriften nicht zum Großteil aus Rechtsnormen bestehen und dass umgekehrt der Großteil der Rechtsnormen der jeweiligen Traditionen nicht in diesen Schriften zu finden ist.²⁴ Manchen Rechtsgelehrten zufolge ist das Gesetz nicht mit diesen Schriften identisch, sondern nur aus ihnen abzulesen. In diesem Sinne lehrt die katholische Kirche: „Da Gott in der Heiligen Schrift durch Menschen nach Menschenart gesprochen hat, muss der Schriffterklärer, um zu erfassen, was Gott uns mitteilen wollte, sorgfältig erforschen, was die heiligen Schriftsteller wirklich zu sagen beabsichtigten und was Gott mit ihren Worten kundtun wollte.“²⁵ Im Übrigen darf nicht schlechterdings davon ausgegangen werden, dass jede Bezugnahme auf die Schriften zu Starrheit führt. Gerade die evangelische Tradition zeigt, dass die Rückbesinnung auf die ursprünglichen Schrifttexte – die zudem durchaus mehrdeutig sein können – vom Festhalten an späteren Festlegungen befreien kann.

3. Flexibilisierungsinstrumente

Selbst wenn die Rechtsnormen als solche unverändert bleiben, kann doch eine Anpassung an geänderte Umstände oder besonders gelagerte Fälle in Betracht kommen. Das ist, was mit Flexibilität gemeint ist. In allen behandelten religiösen Rech-

which is changeable.²¹ A similar distinction can be found in Catholic canon law. Divine law, which subsumes natural law as well, is regarded as unchangeable, while the so-called merely ecclesiastical or human law can be changed.²² However, as PREE's contribution showed, there are flexibilization instruments that can even superimpose upon divine law, namely *epikeia* and dissimulation.²³ In Jewish law, as REICHMAN explained, on the one hand the revelation character is maintained, but on the other it is believed that God has placed the law in the hands of humans.

All the religions treated here adhere to holy scriptures based on revelation, although the understandings of revelation can be quite different. However, it should be borne in mind that these scriptures do not consist largely of legal norms and that, conversely, the majority of the legal norms of the respective traditions are not to be found in these scriptures.²⁴ According to some legal scholars, the law is not identical with these writings, but can only be read from them. In this sense the Catholic Church teaches: “However, since God speaks in Sacred Scripture through men in human fashion, the interpreter of Sacred Scripture, in order to see clearly what God wanted to communicate to us, should carefully investigate what meaning the sacred writers really intended, and what God wanted to manifest by means of their words.”²⁵ Incidentally, it cannot be assumed that any reference to the scriptures leads to rigidity. The Protestant tradition in particular shows that a return to the original scriptural texts – which, moreover, can be quite ambiguous – can free us from adhering to later stipulations.

3. Instruments of flexibilization

Even if the legal norms as such remain unchanged, an adaptation to changed circumstances or special cases can still be considered. That is what is meant by flexibility. Instruments of flexibilization appear in all religious laws dealt with here. It is noticeable

21 Vgl. den Beitrag von Kurnaz.

22 Nach der wohlbegründeten Auffassung von Pree besteht das Naturrecht auch aus katholischer Perspektive nur aus Prinzipien, nicht aus Rechtsnormen im eigentlichen Sinn, vgl. Helmuth Pree, Zur Wandelbarkeit und Unwandelbarkeit des Ius Divinum, in: Reinhardt (Hg.), *Theologia et Jus Canonicum* (Essen 1995), 134; ders., Bemerkungen zum Normenbegriff des CIC/1983, *Österreichisches Archiv für Kirchenrecht* 35 (1985), 25–61, 28 und 50.

23 Vgl. Helmuth Pree, Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto. Possibilità e limiti ecclesiali di impiego, *Ius Ecclesiae* 12 (2000), 375–418, 413 und 415.

24 Zum Koran vgl. Rohe (Fn. 17), 48.

25 Art. 12 Abs. 1 Dei Verbum.

21 See the contribution by Kurnaz.

22 According to Pree's well-founded view, natural law also from a Catholic perspective consists only of principles, not of legal norms in the proper sense, cf. Helmuth Pree, Zur Wandelbarkeit und Unwandelbarkeit des Ius Divinum, in: Reinhardt (Hg.), *Theologia et Jus Canonicum* (Essen 1995), 134; *Id.*, Bemerkungen zum Normenbegriff des CIC/1983, *Österreichisches Archiv für Kirchenrecht* 35 (1985), 25–61, 28 and 50.

23 Cf. Helmuth Pree, Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto. Possibilità e limiti ecclesiali di impiego, *Ius Ecclesiae* 12 (2000), 375–418, 413 and 415.

24 On the Koran, see Rohe (fn17), 48.

25 Art. 12 Para. 1 Dei Verbum.

ten treten Instrumente zur Flexibilisierung in Erscheinung. Dabei fällt auf, dass der Grund für die Flexibilität häufig in der Billigkeit gesehen wird. Nach RODOPOULOS wird die *Oikonomia* im orthodoxen Bereich aus Gründen der Billigkeit erteilt.²⁶ Im katholischen Bereich stellt die kanonische Billigkeit, die *aequitas canonica*, eines der Flexibilisierungsinstrumente dar.

Die hanafitische Rechtsschule im sunnitischen Islam bedient sich des Konzepts „*istihsān*“.²⁷ Nach den Ausführungen von KURNAZ wurde *istihsān* in der frühen Phase sogar auf koranische Regelungen angewandt, ab dem 3./9. und 4./10. Jahrhundert aber *bayānisiert*. *Istihsān* eröffnet neue Möglichkeiten, vorhandene Regeln zu ändern und gemäß den Zielen der Scharia zu revidieren.²⁸ Während der Analogieschluss einen bekannten Fall voraussetzt und keine Ausnahme von der Regel bildet, bietet *istihsān* mehr Flexibilität für die Beachtung der Ziele der Scharia und ermöglicht es, Ausnahmen von der Regel zu bestimmen.²⁹

Istihsān ist jenes islamische Rechtskonzept, das der *aequitas* des westlichen Rechtsdenkens am nächsten kommt.³⁰ Die Begründung ist zwar unterschiedlich, weil die *aequitas* die Vorstellung eines Naturrechts voraussetzt und über dem positiven Recht steht, während *istihsān* aus Koran und Sunna hervorgeht. Aber obwohl Methode und Verfahren der beiden Instrumente voneinander abweichen, unterscheiden sich die Ergebnisse nicht so sehr.³¹

REICHMAN sprach in Bezug auf das jüdische Recht nicht wörtlich von Billigkeit, aber von der Suche nach einem wahrhaft gerechten Urteil, die theokratische und nomokratische Vorstellungen überwindet.

that the reason for the flexibility is often seen in terms of equity. According to RODOPOULOS, the *oikonomia* is granted in the Orthodox context for reasons of equity.²⁶ For Catholicism, canonical equity, *aequitas canonica*, represents one of the instruments of flexibilization.

The Hanafite school of law in Sunni Islam uses the concept “*istihsān*”.²⁷ According to KURNAZ, *istihsān* was even applied to Qur’anic rules in the early phase, but *bayānized* from the 3rd/9th and the 4th/10th centuries onwards. *Istihsān* opens up new possibilities for changing existing rules and revising them in line with the aims of Sharia.²⁸ While the conclusion by analogy presupposes a known case and does not constitute an exception to the rule, *istihsān* offers more flexibility for compliance with the objectives of Sharia law and makes it possible to determine exceptions to the rule.²⁹

Istihsān is the Islamic legal concept that comes closest to the *aequitas* of Western legal thinking.³⁰ The justification is indeed different, because *aequitas* presupposes the idea of a natural law and stands above the positive law, while *istihsān* emerges from the Qur’an and Sunnah. But although the methods and procedures of the two instruments differ, the results do not diverge that greatly.³¹

In relation to Jewish law, REICHMAN did not speak literally of equity, but of the search for a truly just judgment that overcomes theocratic and nomocratic ideas.

26 *Panteleimon Rodopoulos*, *Oikonomia* nach orthodoxem Kirchenrecht, Österreichisches Archiv für Kirchenrecht 36 (1986), 223–231, 223.

27 Eventuell ist auch bei einigen Vertretern der malikitischen Rechtsschule eine leichte hanafitische Tendenz zu sehen, da die Malikiten in Bezug auf die flexible Auslegung der Texte im Rahmen des *istihsān* generell den Hanafiten nahestehen, vgl. *Serdar Kurnaz*, *Methoden zur Normderivation im islamischen Recht* (Berlin 2016), 447.

28 *Kurnaz* (Fn. 8), 105.

29 *Ibid.* 109.

30 *Mohammad Hashim Kamali*, *Equity and Fairness in Islam* (Cambridge 2005), 1: „*Istihsān* is the nearest Islamic legal doctrine to the western legal concept of equity. Both are essentially concerned with considerations of fairness and conscience, especially in cases which do not find a fair solution under the rules of positive law, that is, the law normally applied to such cases.“

31 *Ibid.* 9: „Western commentators have generally rejected the idea of drawing a parallel between equity and *istihsān*. [...] Paret and Schacht thought that since *istihsān* is strictly controlled within the bounds of the Qur’an and Sunnah, it is therefore very different from the notion of equity in western law. Chehata commented that since Islamic law does not accept the notion of natural law, it could not accommodate the doctrine of equity. [...] the main issue seems to be, whether it is acceptable to subjugate equity, which is above the law, to a level at which it is controlled by the law. Western law allows this subjugation whereas Islamic law does not, and *istihsān* in the latter context is clearly controlled by the general objectives of the *Shari’ah*. It is equally true that *istihsān* entails a departure from textual and analogy-based rulings in favour of alternative solutions deemed to be more satisfactory and equitable. The end results of *istihsān* and equity may not be very different from one another, but the method and procedure by which they are obtained may differ in the two legal systems.“

26 *Panteleimon Rodopoulos*, *Oikonomia* nach orthodoxem Kirchenrecht, Österreichisches Archiv für Kirchenrecht 36 (1986), 223–231, 223.

27 Possibly also some representatives of the Mālikī school of law show a slight tendency towards Hanafite thinking, since the Mālikī are generally close with regard to the flexible interpretation of the texts in the context of the *istihsān* to the Hanafites, see *Serdar Kurnaz*, *Methoden zur Normderivation im Islamischen Recht* (Berlin 2016), 447.

28 *Kurnaz* (fn. 8), 105.

29 *Ibid.* 109.

30 *Mohammad Hashim Kamali*, *Equity and Fairness in Islam* (Cambridge 2005), 1: „*Istihsān* is the nearest Islamic legal doctrine to the western legal concept of equity. Both are essentially concerned with considerations of fairness and conscience, especially in cases which do not find a fair solution under the rules of positive law, that is, the law normally applied to such cases.“

31 *Ibid.* 9: “Western commentators have generally rejected the idea of drawing a parallel between equity and *istihsān*. [...] Paret and Schacht thought that since *istihsān* is strictly controlled within the bounds of the Qur’an and Sunnah, it is therefore very different from the notion of equity in western law. Chehata commented that since Islamic law does not accept the notion of natural law, it could not accommodate the doctrine of equity. [...] the main issue seems to be, whether it is acceptable to subjugate equity, which is above the law, to a level at which it is controlled by the law. Western law allows this subjugation whereas Islamic law does not, and *istihsān* in the latter context is clearly controlled by the general objectives of the *Shari’ah*. It is equally true that *istihsān* entails a departure from textual and analogy-based rulings in favour of alternative solutions deemed to be more satisfactory and equitable. The end results of *istihsān* and equity may not be very different from one another, but the method and procedure by which they are obtained may differ in the two legal systems.”

IV. MOTIVE FÜR FLEXIBILITÄT

Wann ist Flexibilität am Platz und wann nicht? Auch hinsichtlich der Motive für Flexibilität gibt es Ähnlichkeiten, wenngleich sich im konkreten Ausmaß und in der Anwendung Unterschiede zeigen.

1. Notwendigkeit

Ein häufig anzutreffendes Motiv besteht darin, dass ein Abweichen von generellen Rechtsregeln schlechterdings notwendig ist, bzw. darin, dass ein starres Festhalten an der Befolgung unmöglich wäre. Im orientalistisch-christlichen Bereich wird eine – etwa durch Todesgefahr oder Krankheit – entstandene Notlage oder eine sonstige Unmöglichkeit der Gesetzesbefolgung als Beispiel genannt.³² Nach katholischer Lehre kann die Epikie angewandt werden, wenn die Gesetzeserfüllung unmöglich wäre.³³ Im islamischen Recht erwähnte KURNAZ sowohl bei der *bayān*³⁴ als auch bei der *maqāṣid*-Epistemologie³⁵ die notwendig zu schützenden Interessen (*ḍarūriyyāt*).³⁶ *Istiḥsān* wird unter anderem aus Gründen der Notwendigkeit (*ḍarūra*) angewandt.³⁷

2. Nützlichkeit

Bisweilen erstrecken sich Flexibilisierungsmethoden aber nicht nur auf Fälle der Notwendigkeit, sondern auch der Nützlichkeit. Ziel des *istiḥsān* ist es, Mühsal und Schwierigkeiten aufzuheben, die durch einen gewöhnlichen Analogieschluss zustande kämen.³⁸ Während eine genaue Einhaltung der schariarechtlichen Normen den Menschen mitunter schwere Lasten und unnötige Mühen auferlegen würde, führt die Berücksichtigung der *maqāṣid* zu einer gewissen Lebenserleichterung und Freude.³⁹ So kennt die *maqāṣid*-Episte-

³² Vgl. Hubert Kaufhold, *Oikonomia bei den altorientalischen Kirchen*, in: *Kanon XXIV* (2016), 1–16, 5 und 7.

³³ Vgl. Pree (Fn. 23), 415: „Nel caso della impossibilitas moralis da parte del destinatario di una legge o un precetto giuridico, in linea di principio valgono gli stessi criteri e gli stessi effetti come nel caso della impossibilitas absoluta.“ „Necessitas non habet legem.“

³⁴ Zu den Zwecken des *bayān* (arabisch: „Erklärung“) gehören Abrogation und Veränderung, was aber nicht von allen anerkannt ist, vgl. *Kurnaz* (Fn. 27), 351f.

³⁵ „*Maqāṣid*“ meint die Ziele der Scharia. Eine stark rechtsphilosophisch ausgeprägte Diskussion im islamischen Recht geht der Frage nach, welche Ziele die Scharia zu erreichen beabsichtigt und ob die festgelegten Regelungen im Koran wortlautgetreu angewendet werden müssen oder ob man die Essenz und die Absicht der Regeln ermitteln und danach die Ausführung ändern kann, um das von der Scharia befolgte Ziel erreichen zu können, vgl. *Kurnaz* (Fn. 8), 86.

³⁶ Es gibt drei Stufen öffentlicher Interessen (*maslaha*), die untereinander zusammenhängen: (1) notwendig zu schützende, (2) bedürfnisorientierte und (3) verschönernde. Die jeweils vorausgehende Stufe hat Vorrang vor der nachfolgenden und bildet deren Grundbaustein, vgl. *Kurnaz* (Fn. 8), 102.

³⁷ *Kamali* (Fn. 30), 36.

³⁸ *Kurnaz* (Fn. 8), 106; *Kamali* (Fn. 30), 44: „*Istiḥsān* premised on considerations of equity (*iḥsān*) and the removal of hardship [...]“.

³⁹ Vgl. *Jameleddine Ben Abdeljelil*, *Die Maximen der islamischen Jurisprudenz – Überlegungen zu einer modernen islamischen Rechtsphilosophie*, in: Ben Abdeljelil/Kurnaz (Hg.), *Maqāṣid aš-šarī'a*. Die Maximen des islamischen Rechts (Berlin 2014), 11–84, 78.

IV. MOTIVES FOR FLEXIBILITY

When is flexibility in place and when is it not? There are also similarities in the motives for flexibility, although there are differences in the concrete extent and application.

1. Necessity

A frequently found motive is that a deviation from general legal rules is absolutely necessary, or that a rigid adherence to compliance would be impossible. In Oriental-Orthodox Christianity, an emergency situation or other impossibility of complying with the law – due to the danger of death or illness – is cited as an example.³² According to Catholic doctrine, *epikeia* can be applied if the fulfillment of the law would be impossible.³³ In Islamic law KURNAZ mentioned in both the *bayān*³⁴ and the *maqāṣid*³⁵ epistemology the necessary interests to be protected (*ḍarūriyyāt*).³⁶ *Istiḥsān* is used for reasons of necessity (*ḍarūra*), among others.³⁷

2. Beneficial use

Sometimes, however, flexibility methods extend not only to cases of necessity, but also of usefulness. The aim of *istiḥsān* is to eliminate the hardships and difficulties that would be caused by an ordinary analogy.³⁸ While strict adherence to Sharia law standards would sometimes impose heavy encumbrances and unnecessary burdens on people, the consideration of *maqāṣid* leads to a certain facilitation of life and joy.³⁹ Thus the *maqāṣid* epistemology knows need-oriented interests as well. In the Maliki legal tradition, “considering beneficial”

³² Cf. Hubert Kaufhold, *Oikonomia bei den altorientalischen Kirchen*, in: *Canon XXIV* (2016), 1–16, 5 and 7.

³³ Cf. Pree (fn. 23), 415: “Nel caso della impossibilitas moralis da parte del destinatario di una legge o un precetto giuridico, in linea di principio valgono gli stessi criteri e gli stessi effetti come nel caso della impossibilitas absoluta.” “Necessitas non habet legem.”

³⁴ For the purposes of *bayān* (Arabic: “explanation”) includes abrogation and change, but this is not recognized by all, cf. *Kurnaz* (fn. 27), 351f.

³⁵ “*Maqāṣid*” indicates the aims of Sharia law. A discussion in Islamic law that is strongly marked by legal philosophy is concerned with the question of what aims Sharia intends to achieve and whether the regulations laid down in the Qurʾān must be applied verbatim or whether one can determine the essence and intention of the rules and then change their implementation in order to achieve the goals of Sharia law, see *Kurnaz* (fn. 8), 86.

³⁶ There are three levels of public interest (*maslaha*) that are interrelated: (1) the essentials that require protecting, (2) the necessities and (3) optional interests. Each preceding stage takes precedence over the following and forms its basic building block, cf. *Kurnaz* (fn. 8), 102.

³⁷ *Kamali* (fn. 30), 36.

³⁸ *Kurnaz* (fn. 8), 106; *Kamali* (fn. 30), 44: “*Istiḥsān* premised on considerations of equity (*iḥsān*) and the removal of hardship [...]”

³⁹ Cf. *Jameleddine Ben Abdeljelil*, *Die Maximen der islamischen Jurisprudenz – Überlegungen zu einer modernen islamischen Rechtsphilosophie*, in: Ben Abdeljelil/Kurnaz (Hg.), *Maqāṣid aš-šarī'a*. Die Maximen des islamischen Rechts (Berlin 2014), 11–84, 78.

mologie auch die bedürfnisorientierten Interessen. In der malikitischen Rechtsschule ist das Für-Nützlich-Halten (*istiṣlāḥ*) als Methode der Rechtsfortbildung anerkannt.⁴⁰ Im schiitischen Recht kann der große Modjtahid in seiner Eigenschaft als vertretender Imam Spezialfälle aufgrund von Billigkeit sogar abweichend von Präzedenzfällen lösen.⁴¹

Im orientalistisch-christlichen Bereich wird der Nutzen für die Gläubigen oder die Kirche als Grund für die Nichtbeachtung eines Kanons hingenommen.⁴² Im katholischen Bereich wird die Epikie angewandt, wenn der Gesetzeszweck weggefallen ist oder ein schwerer Nachteil droht.⁴³ Toleranz sowie Dissimulation werden geübt, um größere Übel zu verhindern.⁴⁴ Möglicherweise ist auch die vernünftige Überlegung (*Sevara*)⁴⁵ im Judentum zu diesem Bereich zu zählen.

3. Theologische Gründe

Außer den Notwendigkeits- und Nützlichkeitsabwägungen treten zudem theologische Motive in Erscheinung. Diese sind von besonderem Interesse, wenn es um religiöse Rechtstraditionen geht. REICHMAN legte großen Wert darauf, dass die jüdische Rechtsfortbildung nicht nach dem Neuen um des Neuen willen strebt, sondern nach dem Ideal der Heiligung des Lebens. Ein Beispiel für ein Billigkeitsprinzip, das schon in der hebräischen Bibel enthalten ist, lautet: „Du sollst tun, was in seinen Augen richtig und gut ist.“ (Dtn 6,18)⁴⁶

ANAPLIOTIS erblickt das Ziel der Rechtsanwendung im orthodoxen Kirchenrecht in der Heilung der Seele⁴⁷ und in ganz ähnlicher Weise bezeichnet

(*istiṣlāḥ*) is recognized as a method of further legal development.⁴⁰ In Shiite law, the great Modjtahid in his capacity as representing Imam can solve special cases due to fairness even deviating from precedents.⁴¹

In the Oriental-Orthodox Christian realm, the benefit for the faithful or the church is accepted as a reason for not observing a canon.⁴² In the Catholic realm, *epikeia* is applied when the purpose of the law has ceased to exist or threatens a serious disadvantage.⁴³ Tolerance and dissimulation are practiced to prevent greater evils.⁴⁴ Possibly also reasonable consideration (*sevara*)⁴⁵ in Judaism is to be counted among these.

3. Theological reasons

In addition to the considerations of necessity and usefulness, theological motifs also appear. These are of particular interest when it comes to religious legal traditions. REICHMAN attached great importance to the fact that Jewish legal development does not strive for the novel for the sake of the new, but rather for the ideal of the sanctification of life. An example of a principle of equity that is already contained in the Hebrew Bible is this: “And you shall do what is right and good in the sight of the Lord.” (Deut. 6:18)⁴⁶

ANAPLIOTIS sees the goal of the application of law in Orthodox canon law in the healing of the soul⁴⁷ and in a very similar way PREE calls the salvation of the

40 Mit dieser Methode werden neue Situationen beurteilt, die in den klassischen Rechtsquellen nicht explizit dargestellt werden. Zugleich geht diese Methode über den gewöhnlichen Analogieschluss hinaus, indem aus der gesamten Rechtsordnung abgeleitet wird, was dem allgemeinen Nutzen des Menschen dient, vgl. *Kurnaz* (Fn. 8), 104f. und *Ben Abdeljelil* (Fn. 39), 78–80.

41 *Hassan Afchar*, Equity in Muslim Law, in: Newman (Hg.), Equity in the World's Legal Systems. A Comparative Study (Bruxelles 1973), 111–123, 113: „In Chiite law the great Modjtahid can by his quality of representing Imam resolve the very special cases by the sentiment of equity, even contra to precedents.“ Ebd. 123: “And the Chiite by the theory of representation of Imam can arrive in spite of precedents at a solution which under the circumstances can be considered equitable.“

42 Vgl. *Kaufhold* (Fn. 32), 7.

43 Vgl. *Pree* (Fn. 23), 416.

44 Vgl. ebd. 410 und 412.

45 Vgl. *Netanel Wiederblank*, How are we to determine what God wants? Reason, Revelation, or Both, *Hakirah* 18 (2014), 107–146, 107: „In modern Hebrew, *sevara* generally means conjecture, opinion, or supposition. In the Talmud, however, the term refers to something known to us through logic or reason, or, put more broadly, knowledge acquired through our intellect without proof from scripture or tradition. As we shall see, it is by no means limited to rigorous syllogistic logic; rather, it reflects a human's capacity to use his or her intellect to determine that which is true and that which is right.“

46 Vgl. *Libson* (Fn. 7), 158.

40 This method is used to assess new situations that are not explicitly described in classical legal sources. At the same time, this method goes beyond the usual conclusion by analogy, by deriving that which serves the general benefit of humankind from the entire legal order. Cf. *Kurnaz* (fn. 8), 104f. and *Ben Abdeljelil* (fn. 39), 78–80.

41 *Hassan Afchar*, Equity in Muslim Law, in: Newman (ed.), Equity in the World's Legal Systems. A Comparative Study (Bruxelles 1973), 111–123, 113: “In Chiite law the great Modjtahid can by his quality of representing Imam resolve the very special cases by the sentiment of equity, even contra to precedents.” *ibid.* 123. “And the Chiite by the theory of representation of Imam can arrive in spite of precedents at a solution which under the circumstances can be considered equitable.”

42 Cf. *Kaufhold* (fn. 32), 7.

43 Cf. *Pree* (fn. 23), 416.

44 See *ibid.* 410 and 412.

45 Cf. *Netanel Wiederblank*, How are we to determine what God wants? Reason, Revelation, or Both, *Hakirah* 18 (2014), 107–146, 107: “In modern Hebrew, *sevara* generally means conjecture, opinion, or supposition. In the Talmud, however, the term refers to something known to us through logic or reason, or, put more broadly, knowledge acquired through our intellect without proof from scripture or tradition. As we shall see, it is by no means limited to rigorous syllogistic logic; rather, it reflects a human's capacity to use his or her intellect to determine that which is true and that which is right.”

46 Cf. *Libson* (fn. 7), 158.

PREE das Seelenheil als die *norma normans* der gesamten Rechtsordnung der katholischen Kirche.⁴⁸ Wenn von einer strikten Gesetzesanwendung abgesehen wird, dann geschieht das aus dem Motiv der Gnade⁴⁹ bzw. der Barmherzigkeit.⁵⁰

Im Islam kann die Flexibilität des Rechts mit der Barmherzigkeit Gottes⁵¹ und mit der Menschenfreundlichkeit der göttlichen Gebote⁵² begründet werden. Das lässt sich auf eine Vielzahl von Koranversen stützen. Ein Beispiel ist Sura 2,185 im Kontext der Milderung der Fastengebote im Monat Ramadan: „Gott will es euch leicht machen, nicht schwer.“⁵³ Die Barmherzigkeit Gottes hängt für KORCHIDE mit der Rechtleitung zusammen und dazu verkündet Gott Gebote und Verbote.⁵⁴

V. FLEXIBILITÄT – EIN SPEZIFIKUM RELIGIÖSEN RECHTS?

Wenn theologische Gründe eine besondere Flexibilität verlangen, kann der höhere Flexibilitätsgrad dann als ein Merkmal angesehen werden, das den religiösen Rechtstraditionen gemeinsam ist und sie zugleich vom säkularen Recht unterscheidet? Silvio FERRARI, der italienische Pionier des vergleichenden Rechts der Religionen, stellt eine solche Vermutung auf.⁵⁵

Gerade weil im Kirchenrecht eher das Heil der Seelen als das Gemeinwohl an oberster Stelle steht, muss die Einzelfallgerechtigkeit stärker zum Aus-

soul the *norma normans* of the entire legal order of the Catholic Church.⁴⁸ If the strict application of the law is not applied, then this happens out of the motive of grace⁴⁹ or mercy.⁵⁰

In Islam, the flexibility of law can be justified by the mercy of God⁵¹ and by the philanthropy of the divine commandments.⁵² This can be based on a multitude of Qur'an verses. An example is Sura 2:185 in the context of the alleviation of the fasting commandments during the month of Ramadan: “God intends for you ease and does not intend for you hardship.”⁵³ The mercy of God for KORCHIDE is connected with guidance and God proclaims commandments and prohibitions.⁵⁴

V. FLEXIBILITY – A SPECIFIC FEATURE OF RELIGIOUS LAW?

If theological reasons demand particular flexibility, can the higher degree of flexibility then be seen as a feature common across religious legal traditions, while at the same time distinguishing them from secular law? Silvio FERRARI, the Italian pioneer of comparative law of religions, makes just such a supposition.⁵⁵

Precisely because canon law holds as its highest priority the salvation of souls rather than the common good, the justice of the individual case must be

47 *Anargyros Anapliotis*, Die so genannten „Apostolischen Kanones“. Eine Einführung, in: Anapliotis (Hg.), *Ἱεροὶ Κανόνες τῶν ἁγίων καὶ πανσέπτων Ἀποστόλων*. Heilige Kanones der heiligen und hochverehrten Apostel (St. Ottilien 2009), 5–21, 7. Vgl. c. 2 des Quinisextums: „Die Heilige Synode hat entschieden, dass es am besten ist und äußerst bedeutsam, dass die von den heiligen und seligen Vätern vor uns empfangenen und zur Geltung gebrachten und vollends uns unter dem Namen der heiligen und ruhmreichen Apostel überlieferten 85 Kanones, von jetzt an unangefochten sein und sicheren Bestand haben sollen zur Heilung der Seelen und Behandlung der Leidenschaften.“; dt. in: *Heinz Ohme*, Concilium Quinisextum (Fontes Christianae 82) (Turnhout 2006).

48 *Pree* (Fn. 23), 377.

49 Vgl. *Schuppe* (Fn. 19), 435f.

50 Vgl. *Pree* (Fn. 23), 384.

51 Vgl. *Afchar* (Fn. 41), 116f.: „Mercy is the supreme stage of Equity. Some twenty-eight verses repeat that God is merciful and verses recall that he does mercy [...] He is the Master of mercy. It is he who pardons, who accepts the repentance, who returns to the repentant sinner, who returns to him unceasingly, who wipes out sins and wicked acts.“

52 Ebd. 116: „Thus all the divine commandments are equitable, none is too rigorous. They are adjusted according to the capabilities of the believers.“

53 Dt. nach Rudi *Paret*. Weitere Verse: 2,143: „Es ist zwar schwer (was man von den Leuten verlangt), aber nicht für diejenigen, die Gott rechtgeleitet hat. [...] Er ist gegen die Menschen mitleidig und barmherzig.“ 16,90: „Gott befiehlt (zu tun), was recht und billig ist, gut zu handeln und den Verwandten zu geben (was ihnen zusteht). Und er verbietet (zu tun), was abscheulich und verwerflich ist, und gewalttätig zu sein.“

54 Vgl. *Mouhanad Korchide*, Anstöße zu einer Theologie der Barmherzigkeit, in: *Korchide/Karimi/von Stosch* (Hg.), *Theologie der Barmherzigkeit? Zeitgemäße Fragen und Antworten des Kalām* (Münster 2014), 15–36, 21.

55 *Silvio Ferrari*, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e Islam a confronto* (Bologna 2002), 116.

47 *Anargyros Anapliotis*, Die so genannten „Apostolischen Kanones.“ Eine Einführung, in: Anapliotis (ed.), *Ἱεροὶ Κανόνες τῶν ἁγίων καὶ πανσέπτων Ἀποστόλων*. Heilige Kanones der heiligen und hochverehrten Apostel (St. Ottilien 2009), 5–21, 7. Cf. c. 2 of the Quinisextum: “It has also seemed good to this holy Council, that the eighty-five canons, received and ratified by the holy and blessed Fathers before us, and also handed down to us in the name of the holy and glorious Apostles should from this time forth remain firm and unshaken for the cure of souls and the healing of disorders.”; Translated by Henry Percival. From *Nicene and Post-Nicene Fathers, Second Series*, Vol. 14. Edited by Philip Schaff and Henry Wace. (Buffalo, NY: Christian Literature Publishing Co., 1900.) Revised and edited for New Advent by Kevin Knight.

48 *Pree* (fn. 23), 377.

49 Cf. *Schuppe* (fn. 19), 435f.

50 Cf. *Pree* (fn. 23), 384.

51 Cf. *Afchar* (fn. 41), 116f.: “Mercy is the supreme stage of Equity. Some twenty-eight verses repeat that God is merciful and verses recall that he does mercy [...] He is the Master of mercy. It is he who pardons, who accepts the repentance, who returns to the repentant sinner, who returns to him unceasingly, who wipes out sins and wicked acts.”

52 Ibid. 116: “Thus all the divine commandments are equitable, none is too rigorous. They are adjusted according to the capabilities of the believers.”

53 *Sahih international Translation*. Further verses: 2,143: “And indeed, it is difficult except for those whom Allah has guided. Indeed Allah is, to the people, Kind and Merciful.” 16,90: “Indeed, Allah orders justice and good conduct and giving to relatives and forbids immorality and bad conduct and oppression. He admonishes you that perhaps you will be reminded.”

54 Cf. *Mouhanad Korchide*, Anstöße zu einer Theologie der Barmherzigkeit, in: *Korchide/Karimi/von Stosch* (eds.), *Theologie der Barmherzigkeit? Zeitgemäße Fragen und Antworten des Kalām* (Münster 2014), 15–36, 21.

55 *Silvio Ferrari*, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e Islam a confronto* (Bologna 2002), 116.

druck kommen als etwa im staatlichen Recht.⁵⁶ Eben dazu dienen die Flexibilisierungsinstrumente. Was das jüdische Recht betrifft, so legte REICHMAN in seinem Vortrag ein klares Bekenntnis für die „Fallgerechtigkeit“ ab. Dafür nimmt er sogar eine Verletzung der Rechtssicherheit in Kauf.

1. Flexibilität auch im weltlichen Recht

FERRARI relativiert seine These aber sogleich wieder, weil auch das weltliche Recht Ermessensspielräume gewährt.⁵⁷ Was speziell das weltliche Strafrecht betrifft, ist insbesondere an den Spielraum beim Strafmaß zu denken sowie an den Gesichtspunkt der Resozialisierung, der neben der Generalprävention zu berücksichtigen ist.

Die *equity* im anglo-amerikanischen Rechtssystem liefert zudem ein bekanntes Beispiel für Billigkeit im staatlichen Recht. Sie dient dazu, die Härten des *common law* auszugleichen, und entwickelte sich zu einem festen Rechtsbestand. LIBSON spricht dieser *equity* sogar größere Bedeutung zu als *istihsān* im islamischen Recht.⁵⁸

Ein weiteres Beispiel stellt Art. 6 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes dar, der den grundrechtlichen Schutz von Ehe und Familie verankert. Diese Bestimmung ist nur erschwert abänderbar – nämlich unter den Voraussetzungen des Art. 79 Abs. 2 GG. Auch das weltliche Recht kennt also eine Normstufe, die schwerer abänderbar ist als andere. Nun verstanden die Schöpfer des Grundgesetzes im Jahr 1949 unter dem Begriff „Ehe“ allein eine Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau.⁵⁹ Der Deutsche Bundestag öffnete die Ehe am 30. Juni 2017 jedoch ebenso für gleichgeschlechtliche Paare.⁶⁰ Das ging ohne Änderung des Grundgesetzes allein durch eine neue, vom gesell-

expressed more strongly than in state law, for instance.⁵⁶ This is precisely the purpose of the flexibility instruments. As far as Jewish law is concerned, REICHMAN in his lecture clearly pleaded for creating justice in each individual case. So much so that he even accepts a violation of legal certainty.

1. Flexibility in secular law as well

But FERRARI immediately relativizes his thesis again, because secular law also grants a margin of discretion.⁵⁷ As far as secular criminal law in particular is concerned, unique consideration should be given to the level of penalties and the aspect of re-socialization, which must be taken into account in addition to general prevention.

Equity in the Anglo-American legal system also provides a well-known example of fairness in state law. It serves to compensate for the hardships of *common law* and has developed into a permanent body of law. LIBSON attributes even greater importance to this *equity* than to *istihsān* in Islamic law.⁵⁸

A further example is Art. 6 para. 1 of the German Basic Law, which enshrines the protection of marriage and the family as fundamental rights. This provision can only be amended with difficulty – namely under the conditions of Art. 79 para. 2 of the Basic Law. Thus, secular law also knows a level of norms that is more difficult to change than others. Of course, the creators of the Basic Law in 1949 understood “marriage” to refer only to a life partnership between a man and a woman.⁵⁹ However, on 30 June 2017, the German Bundestag opened up marriage to same-sex couples as well.⁶⁰ This could be done without amendments to the Basic Law, simply by interpreting it in a new way, triggered by

56 Vgl. *Anapliotis* (Fn. 47), 15; *Helmuth Pree*, Kirchenrecht und Barmherzigkeit. Rechtstheologische und rechtstheoretische Aspekte, Archiv für katholisches Kirchenrecht 184 (2015), 57–74, 67.

57 *Ferrari* (Fn. 55), 116.

58 *Libson* (Fn. 7), 159: „One might say that if equity exists at all in Islamic law, it appears not as a tool of judicial discretion but rather as a legal-theoretical technique, as evidenced by the attempted incorporation of *istihsan* in the standard legal framework and its subordination to the recognized sources of law. The principle of *istihsan* was a largely residual doctrine, applicable when it became necessary to circumvent an undesirable outcome of reasoning by analogy. In this sense it was a substitute for equity. In contrast to the situation in English law, however, Islamic law did not elaborate equitable principles and did not establish a separate judicial system, so that judges, in contrast to jurists, played no part in applying the rules of *istihsan*.“ Ebd. 160: „While the English system, after a long development, ultimately combined common law and equity courts, the Islamic jurists tried to merge the two elements in the law itself.“

59 Vgl. *Ipsen, Jörn*, Ehe für alle – verfassungswidrig?, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2017), 1096–1099, 1097; *Schmidt, Christopher*, „Ehe für alle“ – Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch?, Neue Juristische Wochenschrift (2017), 2225–2228, 2227.

60 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts (20. Juli 2017), in: BGBl. 2017, I Nr. 52 S. 2787–2788.

56 Cf. *Anapliotis* (fn. 47), 15; *Helmuth Pree*, Kirchenrecht und Barmherzigkeit. Rechtstheologische und rechtstheoretische Aspekte, Archiv für katholisches Kirchenrecht 184 (2015), 57–74, 67.

57 *Ferrari* (fn. 55), 116.

58 *Libson* (fn. 7), 159: “One might say that if equity exists at all in Islamic law, it appears not as a tool of judicial discretion but rather as a legal-theoretical technique, as evidenced by the attempted incorporation of *istihsan* in the standard legal framework and its subordination to the recognized sources of law. The principle of *istihsan* was a largely residual doctrine, applicable when it became necessary to circumvent an undesirable outcome of reasoning by analogy. In this sense it was a substitute for equity. In contrast to the situation in English law, however, Islamic law did not elaborate equitable principles and did not establish a separate judicial system, so that judges, in contrast to jurists, played no part in applying the rules of *istihsan*.“ Ibid. 160: “While the English system, after a long development, ultimately combined common law and equity courts, the Islamic jurists tried to merge the two elements in the law itself.”

59 Cf. *Ipsen, Jörn*, Ehe für alle – verfassungswidrig?, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2017), 1096–1099, 1097; *Schmidt, Christopher*, “Ehe für alle” – Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch?, Neue Juristische Wochenschrift (2017), 2225–2228, 2227.

60 Draft Law introducing the right to marry for persons of the same sex (20 July 2017), BGBl. 2017, I No. 52 p. 2787–2788.

schaftlichen Wertewandel angestoßene Interpretation desselben vonstatten. Das Beispiel zeigt, dass auch das weltliche Recht Normen mit erhöhter Bestandsgarantie kennt, die aber im Wege der Interpretation selbst in ihrem Kernbereich angeglichen werden können.

2. Religiöse und säkulare Ursprünge vermischt

Gegen die These, dass Flexibilität ein Spezifikum religiösen Rechts ist, sprechen auch die säkularen Wurzeln von Flexibilisierungsinstrumenten. Einerseits wird die Flexibilität im Katholizismus,⁶¹ in der Orthodoxy⁶² und im Judentum⁶³ gerne biblisch begründet. Andererseits lassen sich aber ebenso Einflüsse der griechischen Philosophie und des römischen Rechts nachweisen.⁶⁴ Die Epikie nahm ihre Blüte ausgehend von der Philosophie des ARISTOTELES, während die *aequitas* ein zentraler Begriff des profanen römischen Rechts war.⁶⁵ Die römische *aequitas* ging in das kanonische Recht sowohl der westlichen⁶⁶ als auch der östlichen⁶⁷ Kirche ein. Die klassische Formel „*ius est ars boni et aequi*“⁶⁸ wird zuweilen mit Dtn 6,18 in Verbindung gebracht.⁶⁹ Die Epikie-Lehre des ARISTOTELES wurde von Judentum und Christentum vorgefunden und dient dazu, Einzelfallgerechtigkeit gegen-

the change in social values. The example shows that secular law also recognizes norms with a greater guarantee of stability, but that they can be adapted even in their core area by way of interpretation itself.

2. Mixed religious and secular origins

The secular roots of flexibility instruments are an other argument against the thesis that flexibility is a specific feature of religious law. On the one hand, the flexibility in Catholicism,⁶¹ in the Orthodoxy⁶² and in Judaism⁶³ is often justified biblically. On the other hand, influences of Greek philosophy and Roman law can also be shown.⁶⁴ The *epikeia* stems from the philosophy of ARISTOTLE, while the *aequitas* was a central concept of profane Roman law.⁶⁵ The Roman *aequitas* was incorporated into the canonical law of both the Western⁶⁶ and Eastern⁶⁷ Churches. The classical formulation “*ius est ars boni et aequi*”⁶⁸ is sometimes associated with Deut. 6:18.⁶⁹ ARISTOTLE’S doctrine of *epikeia* was discovered by Judaism and Christianity and serves to guarantee justice in individual cases in relation to generally held legal norms. Corresponding influences can be found in MAIMONIDES,⁷⁰ Thomas

61 Vgl. Hubert Müller, Barmherzigkeit in der Rechtsordnung der Kirche? Heribert Hallermann zur Vollendung des 65. Lebensjahres, Archiv für katholisches Kirchenrecht 159 (1990), 353–367, 360.

62 Vgl. Hamilcar Alivizatos, Die Oikonomia. Die Oikonomia nach dem kanonischen Recht der Orthodoxen Kirche (Frankfurt 1998), 47–51; Monica Elena Herghelegiu, Zwischen oikonomia und akribeia. Überlegungen zum kanonischen Recht der orthodoxen Kirche, in: Weiß/Ihli (Hg.), Flexibilitas iuris canonici (Frankfurt am Main 1997), 137–149, 137 und 139.

63 Maria José Falcón y Tella, Equity and Law (Leiden 2008), 81.

64 Ralph Newman, The general principles of equity, in: Newman (Hg.), Equity in the World’s Legal Systems. A Comparative Study (Bruxelles 1973), 589–650, 591: „There is a considerable body of equitable doctrine which forms an integral part of the code provisions. This is the result of the inheritance of Roman law, into which equity had been incorporated in the second century of the Christian era, and later contributions derived from the Judaic-Christian ethic, canon law and German and French customary law.“

65 John Triantaphyllopoulos, Aristotle’s Equity, in: Rabello (Hg.), Aequitas and Equity. Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions (Jerusalem 1997), 12–22, 22: „Roman *aequitas* is not similar to Aristotelian *ἐπιείκεια*. Through the clause *ex aequo et bono* in the formula, the *aequitas* passed to the Roman positive law and comprised also extensive interpretation and private law. Furthermore, the Roman *aequitas* had a more moral character than the Aristotelian equity, which is legal par excellence. It is indicative, that the Romans translate *ἐπιείκεια* as *clementia*.“

66 Winfried Aymans/Klaus Mörsdorf, Kanonisches Recht. Lehrbuch aufgrund des Codex Iuris Canonici. Band I (Paderborn¹³1991), 188; Peter Erdö, „Aequitas“ im geltenden Kirchenrecht, Folia Theologica 2 (1991), 109–117, 110.

67 Vgl. Dimitry Paschkov, Kirchliche *oikonomia* und kanonische Billigkeit, Kanon XXIV (2016), 146–151, 146f.

68 Digesten 1.1.1. pr.

69 Dtn 6,18: „Du sollst tun, was in seinen Augen richtig und gut ist.“ Vgl. Falcón y Tella (Fn. 63), 81; kritischer: Aaron Kirschenbaum, Jewish Law and Aristotelian Equity, in: Rabello (Hg.), Aequitas and Equity. Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions (Jerusalem 1997), 63–82, 81f.

61 Cf. Hubert Müller, Barmherzigkeit in der Rechtsordnung der Kirche? Heribert Hallermann on the occasion of reaching the age of 65, Archive for Catholic Canon Law 159 (1990), 353–367, 360.

62 Cf. Hamilcar Alivizatos, Die Oikonomia. Die Oikonomia nach dem kanonischen Recht der Orthodoxen Kirche (Frankfurt 1998), 47–51; Monica Elena Herghelegiu, Zwischen oikonomia und akribeia. Überlegungen zum kanonischen Recht der orthodoxen Kirche, in: Weiß/Ihli (ed.), Flexibilitas iuris canonici (Frankfurt am Main 1997), 137–149, 137 und 139.

63 Maria José Falcón y Tella, Equity and Law (Leiden 2008), 81.

64 Ralph Newman, The general principles of equity, in: Newman (ed.), Equity in the World’s Legal Systems. A Comparative Study (Brussels 1973), 589–650, 591: “There is a considerable body of equitable doctrine which forms an integral part of the code provisions. This is the result of the inheritance of Roman law, into which equity had been incorporated in the second century of the Christian era, and later contributions derived from the Judaic-Christian ethic, canon law and German and French customary law.”

65 John Triantaphyllopoulos, Aristotle’s Equity, in: Rabello (ed.), Aequitas and Equity. Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions (Jerusalem 1997), 12–22, 22: “Roman *aequitas* is not similar to Aristotelian *ἐπιείκεια*. Through the clause *ex aequo et bono* in the formula, the *aequitas* passed to the Roman positive law and comprised also extensive interpretation and private law. Furthermore, the Roman *aequitas* had a more moral character than the Aristotelian equity, which is legal par excellence. It is indicative, that the Romans translate *ἐπιείκεια* as *clementia*.“

66 Winfried Aymans/Klaus Mörsdorf, Kanonisches Recht. Lehrbuch aufgrund des Codex Iuris Canonici. Band I (Paderborn¹³1991), 188; Peter Erdö, „Aequitas“ im geltenden Kirchenrecht, Folia Theologica 2 (1991), 109–117, 110.

67 Cf. Dimitry Paschkov, Kirchliche *oikonomia* und kanonische Billigkeit, Kanon XXIV (2016), 146–151, 146f.

68 Digesten 1.1.1. pr.

69 Deut. 6:18: “And you shall do what is right and good in the sight of the Lord.” (King James Version) cf. Falcón y Tella (fn. 63), 81; more critical: Aaron Kirschenbaum, Jewish Law and Aristotelian Equity, in: Rabello (ed.), Aequitas and Equity. Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions (Jerusalem 1997), 63–82, 81f.

70 Cf. Izhak Englard, The Problem of Equity in Maimonides, Israel Law Review 21 (1986), 296–332, 327; Aaron Kirschenbaum, Equity in Jewish law. Beyond equity. Halakhic aspirationism in Jewish civil law (New York 1991), xxx.

über allgemein gehaltenen Rechtsnormen zu gewährleisten. Entsprechende Einflüsse finden sich bei MAIMONIDES,⁷⁰ Thomas von AQUIN⁷¹ und GRATIAN.⁷² Bei GRATIAN, dem „Vater des Kirchenrechts“ im 12. Jahrhundert, fließen bezüglich der Epikie drei Ströme zu einer Einheit zusammen: das Denken des Aristoteles, das römische Recht sowie der humanistische und zunehmend christliche Einfluss.⁷³ Gerade am Beginn des katholischen Kirchenrechts als eigener Disziplin kam es somit zu einer Kombination von *aequitas*, *iustitia* und *misericordia*, die für die Fortentwicklung des Kirchenrechts viele Möglichkeiten bot.⁷⁴

Ist das Prinzip der Billigkeit den genannten religiösen Rechtstraditionen eventuell deswegen gemeinsam, weil sie aus demselben säkularen Rechtserbe geschöpft haben? Selbst wenn es sich so verhalten würde, stellt die theologische Begründung doch einen spezifischen Beitrag dar, der über den rein säkularen hinausgeht. So zeigte ENGLARD auf, dass das Epikie-Konzept des MAIMONIDES dem aristotelischen in inhaltlicher Hinsicht sehr nahe kommt, dass MAIMONIDES bei der Begründung desselben aber aus dem reichen Erbe des Judentums schöpfen konnte.⁷⁵ Ähnlich sieht AFCHAR das Verhältnis zwischen ARISTOTELES und der Billigkeit im islamischen Recht.⁷⁶ Eine Verbindung zwischen dem rein juristischen Verständnis der Epikie bzw. *aequitas* und einer darüber hinausgehenden theologischen Grundlegung hält WICHERT auch im katholischen Kirchenrecht für gegeben und notwendig.⁷⁷

Vielleicht muss man aber, um die Gemeinsamkeiten zu erklären, gar nicht auf eine gemeinsame Wurzel zurückgreifen. Möglicherweise handelt es sich weniger um eine Rezeption als vielmehr um das schlichte Faktum, dass jede Rechtsordnung mit demselben Erfordernis konfrontiert ist, sich auf neue Situationen einstellen zu müssen.⁷⁸ In jeder

AQUINAS⁷¹ and GRATIAN.⁷² For GRATIAN, the “Father of Canon Law” in the 12th century, three currents of *epikeia* converge: Aristotle’s thinking, Roman law, and humanistic and increasingly Christian influence.⁷³ Especially at the beginning of Catholic canon law as a discipline in its own right, a combination of *aequitas*, *iustitia* and *misericordia* came about, which offered many possibilities for the further development⁷⁴ of canon law.

Is the Principle of equity among the religious traditions mentioned here perhaps common because they have drawn on the same secular legal heritage? Even if this were the case, the theological justification nevertheless represents a specific contribution which goes beyond the purely secular one. Thus ENGLARD pointed out that the *epikeia* concept from MAIMONIDES comes very close to that of Aristotle in terms of content, but that MAIMONIDES was able to draw on the rich heritage of Judaism for its justification.⁷⁵ AFCHAR sees the relationship between ARISTOTLE and equity in Islamic law in a similar way.⁷⁶ WICHERT also considers a connection between the purely legal understanding of *epikeia* or *aequitas* and a theological foundation going beyond it to be given and necessary in Catholic canon law.⁷⁷

But perhaps, in order to explain the similarities, one does not even have to grasp at a possible common root. It may be less a matter of reception than of the simple fact that each legal system is confronted with the same need to adapt to new situations.⁷⁸ In every society, the gap between social needs and the law must be bridged somehow.⁷⁹

70 Vgl. *Izhak Englard*, The Problem of Equity in Maimonides, *Israel Law Review* 21 (1986), 296–332, 327; *Aaron Kirschenbaum*, Equity in Jewish law. Beyond equity. Halakhic aspirationism in Jewish civil law (New York 1991), xxx.

71 Vgl. *Raffaella Coppola*, Epieikeia ed aequitas canonica. Contenuti e caratteri differenziali, in: *Studi in onore di Piero Bellini*, Vol. I (Soveria Mannelli 1999), 253–276, 255.

72 Vgl. *Bernd-Rolf Wichert*, Die Epikie bei Platon und Aristoteles (Rom 1991), 131.

73 Ebd. 131–134.

74 Ebd. 134f.

75 *Englard* (Fn. 70), 332: „Yet Aristotle’s perception of equity is very close in its moral essence to the quality of loving-kindness in Maimonides’ perception. But the specific contribution of Maimonides, rooted in his Judaism, is his view of equity as descriptive of divine attributes which we are obliged to emulate in our life upon earth.“

76 *Afchar* (Fn. 41), 122: „Aristotle fearing the brutality of justice applied with the rigidity of inflexible laws, thought already of the good office of Equity to adjust the laws to particular cases. [...] In Islamic law, justice raises itself to the rank of equity and combines with it. [...] Equity is the core, the axis and the soul of Islamic law. We have seen in the Koran that the legislator of Islam was Equity itself. The prescriptions of the Koran are Equity pure and simple. The accommodation of the commandments with human capabilities, the relief from overpowering burdens, demonstrate the depth of the equitable soul of the law.“

77 *Wichert* (Fn. 72), 135.

71 Cf. *Raffaella Coppola*, Epieikeia ed aequitas canonica. Contenuti e caratteri differenziali, in: *Studi in onore di Piero Bellini*, Vol. I (Soveria Mannelli 1999), 253–276, 255.

72 Cf. *Bernd-Rolf Wichert*, Die Epikie bei Platon und Aristoteles (Rom 1991), 131.

73 *Ibid.* 131–134.

74 *Ibid.* 134f.

75 *Englard* (fn. 70), 332: “Yet Aristotle’s perception of equity is very close in its moral essence to the quality of loving-kindness in Maimonides’ perception. But the specific contribution of Maimonides, rooted in his Judaism, is his view of equity as descriptive of divine attributes which we are obliged to emulate in our life upon earth.”

76 *Afchar* (fn. 41), 122: “Aristotle fearing the brutality of justice applied with the rigidity of inflexible laws, thought already of the good office of Equity to adjust the laws to particular cases. [...] In Islamic law, justice raises itself to the rank of equity and combines with it. [...] Equity is the core, the axis and the soul of Islamic law. We have seen in the Koran that the legislator of Islam was Equity itself. The prescriptions of the Koran are Equity pure and simple. The accommodation of the commandments with human capabilities, the relief from overpowering burdens, demonstrate the depth of the equitable soul of the law.”

77 *Wichert* (fn. 72), 135.

Gesellschaft muss die Kluft zwischen den sozialen Bedürfnissen und dem Recht irgendwie überbrückt werden.⁷⁹

3. Gleichheit versus Einzelfallgerechtigkeit

Bei allem Bemühen um Flexibilität ist diese doch kein Ziel, das absolut gesetzt werden dürfte. Der Einsatz von Flexibilisierungsinstrumenten gerade im religiösen Recht sieht sich bisweilen dem Vorwurf der Beliebigkeit ausgesetzt.⁸⁰ Gewiss ermöglichen es Flexibilitätsinstrumente, die Einzelfallgerechtigkeit besser zu verwirklichen, aber wirkt sich das nicht zu Lasten der Gleichheit und Vorhersehbarkeit von Entscheidungen aus? Die Anwendung der *Oikonomia* im orthodoxen Kirchenrecht hängt zu einem gewissen Grad davon ab, ob die zuständige Autorität mehr oder weniger streng handelt, und frühere Entscheidungen entfalten keine Bindungswirkung im Sinne von Präzedenzfällen.⁸¹

Es besteht aber nicht nur ein Bedürfnis nach Flexibilität, sondern ebenso nach Gleichbehandlung und Rechtssicherheit, die vom Recht ebenfalls zu garantieren sind. In manchen religiösen Rechtstraditionen kam es daher zu einer stärkeren Formalisierung der Flexibilitätsinstrumente, indem festgelegt wurde, in welchen Fällen und aus welchen Gründen sie von wem angewandt werden können und innerhalb welcher Grenzen dies zu erfolgen hat. Vielleicht waren schlechte Erfahrungen mit einer allzu elastischen Handhabung ein Grund dafür, dass das islamische Recht im 4./10. Jh. den Gebrauch von Flexibilisierungsinstrumenten eingeschränkt hat, wie KURNAZ darlegt.⁸² Bei der Ausübung von Ermessen im katholischen Kirchenrecht kann es zu einer Selbstbindung der Verwaltung kommen, und das Vertrauen der Gläubigen in eine gleichmäßige Verwaltungspraxis ist zu schützen.⁸³

78 *Kirschenbaum* vermutet keine Übernahmen, sondern begründet die Ähnlichkeiten einfach mit den gleichen Erfordernissen jeden Rechtssystems. Die Unterschiede führt er jedoch auf die unterschiedlichen philosophischen und rechtlichen Voraussetzungen, die den Systemen zugrunde liegen, zurück, vgl. *Kirschenbaum* (Fn. 69), 63.

79 Trotz dieser Ausgangsthese kommen *Nader* und *Starr* aufgrund einer ethnologischen Untersuchung aber zu dem Ergebnis: „Thus equity is not universal, but is dependent on time, place, and the restraints set against ‘naked power’ which the dominant members of society might use.“ (*Laura Nader/June Starr*, *Is Equity Universal?* in: Newman (Hg.), *Equity in the World’s Legal Systems. A Comparative Study* (Bruxelles 1973), 125–137, 136).

80 Z.B. *Libson* (Fn. 7), 160: „In modern times Muslim jurists have found new ways to increase the flexibility of Islamic law and mitigate the difficulties experienced by Muslim litigants, particularly in the field of personal law. One of these techniques is the eclectic approach, where various statutes are singled out from a broad spectrum of opinions, all of which appear in the classical literature – generally more liberal and lenient opinions.“

81 Vgl. *Potz/Synek* (Fn. 15), 337: „In der Regel wird von orthodoxen Kirchenrechtlern bestritten, dass auch durch noch so regelmäßige Anwendung von *Oikonomia* in einer Frage eine neue Rechtslage geschaffen würde.“

82 Vgl. *Falcón y Tella* (Fn. 63), 82 und 84.

83 Vgl. *Ronny Raith*, *Verwaltungsermessen im Kanonischen Recht* (Berlin 2007), 151f.

3. Equity versus individual justice

Despite all the efforts to achieve flexibility, this is not an objective that should be set in absolute terms. The use of flexibilization instruments in religious law in particular is sometimes accused of arbitrariness.⁸⁰ Of course, flexibility instruments make it possible to better implement justice in individual cases, but does this not have a negative impact on the equity and predictability of judgments? The application of *oikonomia* in Orthodox canon law depends to a certain extent on whether the competent authority acts more or less strictly, and previous decisions are not binding in the sense of precedent.⁸¹

However, the need for flexibility is not the only requirement; equal treatment and legal certainty must also be guaranteed by law. In some religious legal traditions, therefore, there has been a greater formalization of flexibility instruments by determining in which cases and for what reasons they can be applied by whom and within what limits this has to be done. Perhaps negative experiences with an excessively elastic handling were a reason for Islamic law to restrict the use of flexibilization instruments in the 4th/10th century, as KURNAZ explains.⁸² The exercise of discretion in Catholic canon law can lead to a self-commitment on the part of the church administration and the trust of the faithful in a uniform administrative practice must be protected.⁸³

78 *Kirschenbaum* suspects that it isn’t adoption but simply that the similarities are due to the same requirements every legal system faces. The differences, however, he attributes to the different philosophical and legal conditions underlying the systems, see *Kirschenbaum* (fn. 69), 63.

79 Despite this initial hypothesis, the ethnological investigation of *Nader* and *Starr* led them to conclude: “Thus equity is not universal, but is dependent on time, place, and the restraints set against ‘naked power’ which the dominant members of society might use.” (*Laura Nader/June Starr*, *Is Equity Universal?* in: Newman (ed.), *Equity in the World’s Legal Systems. A Comparative Study* (Bruxelles 1973), 125–137, 136).

80 E.G. *Libson* (fn. 7), 160: “In modern times Muslim jurists have found new ways to increase the flexibility of Islamic law and mitigate the difficulties experienced by Muslim litigants, particularly in the field of personal law. One of these techniques is the eclectic approach, where various statutes are singled out from a broad spectrum of opinions, all of which appear in the classical literature – generally more liberal and lenient opinions.”

81 Cf. *Potz/Synek* (fn. 15), 337: “As a rule Orthodox legal scholars deny that even the most regular application of *oikonomia* to a question would create a new legal situation.”

82 Cf. *Falcón y Tella* (fn. 63), 82 and 84.

83 Cf. *Ronny Raith*, *Verwaltungsermessen im Kanonischen Recht* (Berlin 2007), 151f.

Richtig verstanden, zielen Flexibilitätsinstrumente aber nicht auf Willkür ab, sondern vielmehr auf eine höhere Form von Gerechtigkeit. Gerade wenn im religiösen Recht die spirituelle Vervollkommnung – das Heil – des Individuums, die sein Innenleben betrifft, im Zentrum steht, treten andere Gesichtspunkte wie das öffentliche Wohl, die völlig egalitäre Gleichbehandlung oder die Generalprävention im Strafrecht, wie sie im weltlichen Recht im Vordergrund stehen, zurück. So besteht kein Gegensatz zwischen Gerechtigkeit und Barmherzigkeit, und die Rechtssicherheit wird nicht schlechthin geopfert.⁸⁴ „Barmherzigkeit setzt einerseits Gerechtigkeit voraus (geht nie auf Kosten der Gerechtigkeit), fördert sie aber andererseits entscheidend gerade dadurch, dass sie sie überbietet.“⁸⁵

Damit tritt nun der eigentliche Unterschied gegenüber dem weltlichen Recht klarer zutage. Obwohl auch das weltliche Recht Elastizitätsinstrumente kennt und obwohl die Flexibilität auch im religiösen Recht nicht nur theologisch begründet wird, zeigt sich ein Unterschied doch darin, dass im religiösen Recht dank seiner besonderen Zielsetzung ein zusätzliches Motiv für die Flexibilität hinzukommt, welches eben theologisch begründet ist.

VI. FLEXIBILITÄT UND KODIFIKATION

Nachdem nun einige Gemeinsamkeiten dargelegt wurden, soll ein Punkt besprochen werden, in dem möglicherweise größere Unterschiede liegen. Alle Rechtstraditionen weisen eine Vielfalt an Rechtsquellen auf, unterscheiden sich aber darin, welches die dominanten Quellen sind.⁸⁶ Obwohl man sich vor Verallgemeinerungen hüten muss, lässt sich schwerpunktmäßig vielleicht doch sagen, dass im jüdischen und im islamischen Recht das Gelehrtenrecht eine größere Rolle spielt – der letzte Workshop des Forums für den Vergleich der Rechtsdiskurse der Religionen⁸⁷ befasste sich gerade mit den Responen von Rechtsgelehrten –, während im christlichen Bereich das geschriebene Recht wichtiger ist. Das sind in der orthodoxen Kirche vorwiegend Konzilsbeschlüsse und Texte von Kirchenvätern, während es in der katholischen Kirche regelrechte Gesetzbücher gibt.

Properly understood, however, flexibility instruments do not aim at arbitrariness but rather at a higher form of justice. The very moment the individual's spiritual perfection – their salvation –, which concerns one's inner life, takes center stage in religious law, other aspects begin to recede, those which stand in the foreground of secular law, such as the public good, completely egalitarian equal treatment or general prevention in criminal law. In this way no contradiction between justice and mercy arises, and legal certainty is not sacrificed *per se*.⁸⁴ “Mercy presupposes justice on the one hand (never at the expense of justice), but on the other promotes it decisively by surpassing it.”⁸⁵

Thus the actual difference to secular law is more clearly revealed. Although secular law also avails of instruments of elasticity and although flexibility in religious law is not only theologically justified as well, a difference nevertheless appears in the fact that thanks to its special objective religious law has an additional motive for flexibility, which is in deed theologically justified.

VI. FLEXIBILITY AND CODIFICATION

Now that some similarities have been identified, it is time to discuss a point where the differences may be much greater. All legal traditions have a variety of legal sources, but each differs in what the dominant sources are.⁸⁶ Although one has to beware of generalizations, perhaps one can say that in Jewish and Islamic law the law of scholars plays a greater role – the last workshop of the Forum for the Comparison of Legal Discourses of Religions⁸⁷ dealt precisely with the responses of legal scholars –, while in the Christian area the written law is more important. In the Orthodox Church this is found mainly in council decrees and texts by church fathers, while in the Catholic Church there are proper legal codices.

⁸⁴ Pree (Fn. 23), 402.

⁸⁵ Pree (Fn. 56), 66.

⁸⁶ Jacques Vanderlinden, Religious Laws as Systems of Law. A Comparative View, in: Huxley (Hg.), Religion, Law and Tradition. Comparative Studies in Religious Law (London 2002), 165–182, 169.

⁸⁷ <http://www.hfjs.eu/rdr/RdR-fru-Akt.html>, letzter Zugriff: 13. September 2017.

⁸⁴ Pree (fn. 23), 402.

⁸⁵ Pree (fn. 56), 66.

⁸⁶ Jacques Vanderlinden, Religious Laws as Systems of Law. A Comparative View, in: Huxley (ed.), Religion, Law and Tradition. Comparative Studies in Religious Law (London 2002), 165–182, 169.

⁸⁷ <http://www.hfjs.eu/rdr/RdR-fru-Akt.html>, last accessed: 13 September 2017.

Lässt sich nun behaupten, dass der Faktor der vorherrschenden Rechtsquelle Auswirkungen auf die Frage der Flexibilität hat? Dabei sind zwei entgegengesetzte Hypothesen denkbar. Die eine besagt, dass eine Kodifikation des Rechts zu größerer Starrheit führt, weil ein Kodex das Recht ein für alle Mal festschreibt und damit gerade Sicherheit garantieren will. Die andere besagt, dass die Kodifikation zu größerer Flexibilität führt, da der Gesetzgeber, der ein geschriebenes Gesetz erlassen hat, dieses ebenso leicht wieder abändern kann, wenn neue Umstände es nahelegen.

1. Führt Kodifikation zu Erstarrung?

Für die Starrheitshypothese sprechen gewisse Befürchtungen, die mit der ersten Kodifikation des katholischen Kirchenrechts im Jahr 1917 – also vor genau hundert Jahren – verbunden waren.⁸⁸ Nach dem Vorbild der in vielen europäischen Staaten entstandenen Kodizes war ein einheitliches kirchliches Gesetzbuch angestrebt, das ein in sich geschlossenes, widerspruchsfreies System⁸⁹ darstellt und für alle Rechtsfragen der Zukunft eine eindeutige Lösung vorsieht.⁹⁰ Novellierungen sollten nicht nötig sein oder doch wenigstens die Ausnahme bleiben. Die Kodifikation brachte unausweichlich einen Verlust an Flexibilität mit sich.⁹¹ Das Ziel war eine möglichst hohe Rechtssicherheit und damit verbunden ein möglichst geringer Interpretationsspielraum.⁹² Gegenstimmen machten auf die übertriebene Perfektion und Unveränderlichkeit aufmerksam.⁹³

Andererseits zeigt sich gerade darin, dass der neue Rechtsquellentyp „Kodex“ ins kirchliche Recht übernommen wurde, eine Anpassung an die Entwicklung im weltlichen Recht. Manche Autoren wollten das zum Anlass nehmen, auch inhaltliche Änderungen ins Kirchenrecht einzuführen.⁹⁴

In der Orthodoxie gibt es keinen Gesetzeskodex in diesem Sinn, aber es gibt das in den ersten Jahrhunderten schriftlich niedergelegte Recht der

Can it now be argued that the factor of the predominant source has an impact on the issue of flexibility? Two opposing hypotheses are conceivable. One says that a codification of law leads to greater rigidity, because a code enshrines law once and for all and thus seeks to guarantee security. The other says that codification leads to greater flexibility, since the lawmaker who has enacted a written law can just as easily amend it again if new circumstances call for it.

1. Does codification lead to rigidity?

The rigidity hypothesis harkens back to certain concerns connected with the first codification of Catholic canon law in 1917 – exactly one hundred years ago.⁸⁸ Following the example of the codes developed in many European states, the aim was to create a uniform ecclesiastical code which would represent a self-contained, consistent system⁸⁹ and provide a clear solution for all future legal issues.⁹⁰ Amendments should not be necessary or at least remain the exception. Codification inevitably entailed a loss of flexibility.⁹¹ The aim was to achieve the highest possible level of legal certainty and thus the lowest possible scope for interpretation.⁹² Opposing voices drew attention to the exaggerated perfection and immutability.⁹³

On the other hand, the fact that the new type of legal source, the “codex,” has been incorporated into canon law shows that it is an adaptation to developments in secular law. Some authors wanted to take this as an opportunity to introduce changes in the content of canon law.⁹⁴

In Orthodoxy there is no code of law in this sense, but there is the law of the Old Church, written down in the first centuries, which was created by councils

88 Vgl. *Carlo Fantappiè*, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Tomo II: Il Codex iuris canonici (1917) (Milano 2008), 1147; *Augustin Motilla*, *La idea de la codificación en el proceso de formación del Codex 1917*, *Ius Canonium* 28 (1988), 681–720, 715f.; *Mario Tedeschi*, *La codificazione canonica. Problemi metodologici*, in: *Tedeschi* (Hg.), *Scritti di diritto ecclesiastico* (Milano 2000), 25–38, 25.

89 Vgl. *Giorgio Feliciani*, *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, *Ephemerides Iuris Canonici* 33 (1977), 115–143 und 269–289, 134.

90 Vgl. *Fantappiè* (Fn. 88), 1155f.

91 Vgl. *Pedro Lombardía*, *Técnica jurídica del nuevo código (una primera aproximación al tema)*, in: *Lombardía*, *Escritos de derecho canonico y de derecho eclesiastico del estado*, Vol. V (Pamplona 1991), 187–221, 193; *Motilla* (Fn. 88), 698.

92 Vgl. *Feliciani* (Fn. 89), 135.

93 Vgl. ebd. 142.

94 Ebd. 280.

88 Cf. *Carlo Fantappiè*, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Tomo II: Il Codex iuris canonici (1917) (Milano 2008), 1147; *Augustin Motilla*, *La idea de la codificación en el proceso de formación del Codex 1917*, *Ius Canonium* 28 (1988), 681–720, 715f.; *Mario Tedeschi*, *La codificazione canonica. Problemi metodologici*, in: *Tedeschi* (ed.), *Scritti di diritto ecclesiastico* (Milano 2000), 25–38, 25.

89 Cf. *Giorgio Feliciani*, *Il Concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, *Ephemerides Iuris Canonici* 33 (1977), 115–143 und 269–289, 134.

90 Cf. *Fantappiè* (fn. 88), 1155f.

91 Cf. *Pedro Lombardía*, *Técnica jurídica del nuevo código (una primera aproximación al tema)*, in: *Lombardía*, *Escritos de derecho canonico y de derecho eclesiastico del estado*, Vol. V (Pamplona 1991), 187–221, 193; *Motilla* (fn. 88), 698.

92 Cf. *Feliciani* (fn. 89), 135.

93 See *ibid.* 142.

94 *Ibid.* 280.

Alten Kirche, das von Konzilien und Synoden sowie von Kirchenvätern und Kirchenoberhäuptern geschaffen wurde und nach wie vor in Geltung steht.⁹⁵ Die *Canones des corpus canonicum* wurden immer für unveränderlich gehalten bzw. nur von einem panorthodoxen Konzil für widerrufbar.⁹⁶

Im islamischen Recht zeigen sich Kodifizierungsbestrebungen erst im 19. Jahrhundert und gehen von staatlicher Seite aus.⁹⁷ Der Kodifizierungsgrad ist bis heute vergleichsweise gering. Die Kodifikation stößt gerade deswegen auf Widerstand, weil damit der für den Islam prägende Meinungspluralismus und die offene Natur der Personenstandsangelegenheiten verloren gehen könnten, die Gerichte dauerhaft auf das Gesetz festgelegt würden und die Möglichkeit einer Weiterentwicklung verschlossen bliebe.⁹⁸

Im jüdischen Recht gab es zwar historisch gesehen eine Periode von Kodifizierungen,⁹⁹ doch handelt es sich dabei nicht um Erlasse einer legislativen Autorität. Vielmehr haben Rechtsgelehrte Systematisierungen des vorhandenen Rechtsstoffs vorgenommen, deren Bedeutung von der Autorität des Verfassers und von der geschichtlichen Rezeption abhängt. Die bekannteste dieser Sammlungen, der *Schulchan Aruch*, wird als definitiver und autoritativer Kodex bezeichnet.¹⁰⁰ Dagegen wurde aber eingewandt, er würde es verunmöglichen, ihm zu widersprechen, die halachische Diskussion unterdrücken und der Lebendigkeit der *Halacha* am Ende schaden.¹⁰¹ Im Judentum ist ein der Kodifikationsidee entgegengesetztes Rechtsverständnis verbreitet. Widersprüche werden hier nicht als Problem gesehen, sondern als fruchtbare Spannung, um Recht zu generieren.¹⁰² Das Recht ist nicht ein für alle Mal festgeschrieben, sondern fließt aus dem Diskurs der Rechtsgelehrten hervor, wie REICHMAN in seinem Vortrag bemerkte.

2. Erleichtert Kodifikation Änderungen?

Was spricht nun für die Gegenthese, dass die Kodifikation Änderungen erleichtert? Der Kodex von 1917 selbst hat durchaus neue Regelungen gebracht, die notwendige Erneuerungen widerspiegeln. Außerdem war ihm keineswegs eine ewige Bestandsdauer vergönnt. Er wurde im Jahr

and synods as well as by church fathers and church heads and is still in force.⁹⁵ The canons of the *corpus canonicum* were always considered unchangeable or only revocable by a panorthodox council.⁹⁶

In Islamic law, codification efforts did not become apparent until the 19th century and were initiated by the state.⁹⁷ The degree of codification is still comparatively low today. Codification meets with resistance precisely because it could lead to the loss of the pluralism of opinion and the open nature of civil status matters that characterize Islam; the courts would be permanently bound by the law and the possibility of further development would remain closed.⁹⁸

Jewish law historically went through a period of codification,⁹⁹ but these are not decrees of legislative authority. Rather, legal scholars have systematized the existing legal material, the significance of which depends on the author's authority and the historical reception. The best-known of these collections, the *Schulchan Aruch*, is described as a definitive and authoritative codex¹⁰⁰. That view was objected to however, stating that *Schulchan Aruch* would make contradicting to it impossible, that it suppressed the Halachic discussion and harmed the *Halacha's* liveliness in the end.¹⁰¹ In Judaism, there is a widespread understanding of law contrary to the idea of codification. Contradictions are not seen here as a problem, but as a fruitful tension to generate justice.¹⁰² Law is not established once and for all, but flows out of the discourse of legal scholars, as REICHMAN noted in his lecture.

2. Does codification facilitate change?

What now speaks for the counter thesis that codification facilitates change? The Code of 1917 itself has indeed introduced new rules that reflected necessary renewals. Moreover, it was by no means granted an eternal existence. It was repealed in 1983, after it had already been widely replaced by

95 Giancarlo Mori, *Il diritto delle Chiese ortodosse*, in: Ferrari/Neri (Hg.), *Introduzione al diritto comparato delle religioni* (Lugano 2007), 83–113, 86.

96 Ebd. 87.

97 Vgl. *Rohe* (Fn. 17), 182.

98 Vgl. ebd. 184.

99 Vgl. *David Bollag*, *Jüdisches Recht*, in: Pahud de Mortanges (Hg.) *Religionsrecht. Eine Einführung in das jüdische, christliche und islamische Recht* (Zürich 2010), 1–49, 25.

100 *Alfredo Mordechai Rabello*, *Il diritto ebraico*, in: Ferrari/Neri (Hg.), *Introduzione al diritto comparato delle religioni* (Lugano 2007), 179–200, 193.

101 Vgl. *Bollag* (Fn. 99), 33.

102 Vgl. *Homolka* (Fn. 16), 23: „Halacha als dialektischer Prozess“.

95 Giancarlo Mori, *Il diritto delle Chiese ortodosse*, in: Ferrari/Neri (ed.), *Introduzione al diritto comparato delle religioni* (Lugano 2007), 83–113, 86.

96 Ibid. 87.

97 Cf. *Rohe* (fn. 17), 182.

98 See ibid. 184.

99 Cf. *David Bollag*, *Jüdisches Recht*, in: Pahud de Mortanges (ed.) *Religionsrecht. Eine Einführung in das jüdische, christliche und islamische Recht* (Zürich 2010), 1–49, 25.

100 *Alfredo Mordechai Rabello*, *Il diritto ebraico*, in: Ferrari/Neri (Hg.), *Introduzione al diritto comparato delle religioni* (Lugano 2007), 179–200, 193.

101 Cf. *Bollag* (fn. 99), 33.

102 Cf. *Homolka* (fn. 16), 23: „Halacha as a dialectical process.“

1983 aufgehoben, nachdem er bereits seit dem Zweiten Vatikanischen Konzil großflächig durch andere Gesetze abgelöst wurde. Im Jahr 1983 wurde ein neuer Kodex in Kraft gesetzt, der eine größere Flexibilität ermöglichen sollte.¹⁰³ Er sollte die Neuerungen und Aktualisierungen, die das Zweite Vatikanische Konzil gebracht hatte, in Rechtsnormen transformieren. Bei seiner Genese wurde die Gefahr der Erstarrung durchaus wahrgenommen. Eines der Reformprinzipien lautete daher: „Um die Seelsorge so viel wie möglich zu fördern, sollen im neuen Recht außer der Tugend der Gerechtigkeit auch die der Liebe, der Mäßigung, der Menschlichkeit und der Behutsamkeit bedacht werden. Durch diese Tugenden soll Billigkeit (*aequitas*) angestrebt werden, nicht allein in der Anwendung von Gesetzen seitens der Seelsorger, sondern in der Gesetzgebung selbst.“¹⁰⁴ Damit wurde das Flexibilitätsprinzip der *aequitas* von der Anwendungs- auf die Gesetzgebungsebene ausgedehnt.¹⁰⁵ Seit 1983 wurde der Kodex bereits fünfmal novelliert, wobei die Abstände zwischen den einzelnen Novellierungen immer kürzer wurden.¹⁰⁶ In Zukunft wird der Rechtsprechung eine wichtige Rolle bei der Wiederbelebung der *aequitas* zukommen, wenn es darum geht, die Gerechtigkeit im Einzelfall zu suchen.¹⁰⁷

Obwohl es im orthodoxen Bereich keinen Kodex in diesem Sinne gibt, berücksichtigt ANAPLIOTIS bereits den möglichen Fall einer künftigen Kodifikation. Dabei empfiehlt er, dass die infolge *Achresia*¹⁰⁸ irrelevant gewordenen Kanones weggelassen werden.¹⁰⁹ Daran sieht man, dass eine Kodifikation keineswegs mit einer automatischen Übernahme alten Rechtsbestands gleichzusetzen ist.

Ob eine Kodifikation zu größerer oder geringerer Flexibilität führt, lässt sich nicht eindeutig entscheiden. Je nach Konstellation kann es so oder

other laws since the Second Vatican Council. In 1983, a new Code was put into force to allow greater flexibility.¹⁰³ Its purpose was to transform the innovations and updates brought forth by the Second Vatican Council into legal norms. Its creators were well aware of the danger of rigidity. One of the reform principles was therefore: “To foster the pastoral care of souls as much as possible, the new law, besides the virtue of justice, is to take cognizance of charity, temperance, humaneness and moderation, whereby equity is to be pursued not only in the application of the laws by pastors of souls but also in the legislation itself.”¹⁰⁴ Thus the principle of flexibility of *aequitas* was extended from the application level to the legislative level.¹⁰⁵ The Code has been amended five times since 1983, with the intervals between the individual amendments becoming shorter and shorter.¹⁰⁶ In the future, jurisdiction will play an important role in the revival of *aequitas* when it comes to seeking justice in individual cases.¹⁰⁷

Although there is no such code in the Orthodoxy, ANAPLIOTIS already considers the possible case of a future codification. He recommends that the canons that have become irrelevant as a result of *achresia*¹⁰⁸ be omitted.¹⁰⁹ This shows that codification can by no means be equated with the automatic adoption of old legislation.

Whether a codification leads to greater or lesser flexibility cannot be decided unequivocally. Depending on the constellation, it can be one way or

103 Vgl. *Tedeschi* (Fn. 88), 32. Wie *Lombardía* hervorhebt, erhebt der neue Kodex bescheidenere Ansprüche. Es geht nicht mehr um eine totalisierende Sicht der Rechtsordnung. Vielmehr wurde die Technik der Kodifikation einfach aus pastoralen Gründen beibehalten, um die Kenntnis des Rechts zu erleichtern. Vgl. *Pedro Lombardía*, *Codificación y ordenamiento canónico*, in: *Lombardía*, *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del estado*, Vol. V (Pamplona 1991), 165–185, 184f.

104 Vorrede zum CIC/1983, Reformprinzip Nr. 3. Dasselbe Prinzip leitete die Genese des CCEO: Nuntia 3 (1976), 21: „Pastoral Character of the CICO: Special care must be taken in the drawing up of laws so that the new Code reflect a concern not only for justice but also for that wise equity which is the fruit of understanding and charity: indeed the Code must be such as to encourage pastors to practise these virtues with discretion and intelligence.“

105 *Pree* (Fn. 23), 395.

106 *Codex Iuris Canonici* (25. Januar 1983), *Acta Apostolicae Sedis* 75 II (1983), 1–317, geändert durch *Motu Proprio Ad tuendam fidem* (18. Mai 1998), *Acta Apostolicae Sedis* 90 (1998), 457–461, durch *Motu Proprio Omnium in mentem* (15. Dezember 2009), *Acta Apostolica Sedis* 102 (2010), 8–10, durch *Motu Proprio Mitis iudex* (15. August 2015), durch *De concordia inter Codices* (31. Mai 2016), *Osservatore Romano* vom 16.9.2016, 4 und durch *Motu Proprio Magnum Principium* (3.9.2017), *Osservatore Romano* vom 10.9.2017, 4.

107 Vgl. *Lombardía* (Fn. 91), 220.

108 *Achresia* bedeutet, dass ein kirchliches Gesetz durch Nichtgebrauch aufgehoben werden kann.

109 *Anapliotis* (Fn. 47), 20.

103 Cf. *Tedeschi* (fn. 88), 32. As *Lombardía* points out, the new codex makes more modest demands. It is no longer a question of a totalizing view of the legal system. Rather, the technique of codification was retained simply for pastoral reasons to facilitate knowledge of the law. Cf. *Pedro Lombardía*, *Codificación y ordenamiento canónico*, in: *Lombardía*, *Escritos de derecho canónico y de derecho eclesiástico del estado*, Vol. V (Pamplona 1991), 165–185, 184f.

104 Preface to the CIC 1983, Reform Principle no. 3. The same principle guided the genesis of the CCEO: Nuntia 3 (1976), 21: “Pastoral Character of the CICO: Special care must be taken in the drawing up of laws so that the new Code reflect a concern not only for justice but also for that wise equity which is the fruit of understanding and charity: indeed the Code must be such as to encourage pastors to practise these virtues with discretion and intelligence.”

105 *Pree* (fn. 23), 395.

106 *Codex Iuris Canonici* (25 January 1983), *Acta Apostolicae Sedis* 75 II (1983), 1–317, changed with *Motu Proprio Ad tuendam fidem* (18 May 1998), *Acta Apostolicae Sedis* 90 (1998), 457–461, with *Motu Proprio Omnium in mentem* (15 December 2009), *Acta Apostolica Sedis* 102 (2010), 8–10, with *Motu Proprio Mitis iudex* (15 August 2015), with *De concordia inter Codices* (31 May 2016), *Osservatore Romano* from 16.9.2016, 4 and with *Motu Proprio Magnum Principium* (3.9.2017), *Osservatore Romano* from 10.9.2017, 4.

107 Cf. *Lombardía* (fn. 91), 220.

108 *Achresia* means that a church law can be repealed by non-use.

109 *Anapliotis* (fn. 47), 20.

anders sein. Eine andere Frage ist aber, ob den Flexibilisierungsinstrumenten in einer kodifizierten Rechtsordnung teilweise andere Funktionen zukommen.

3. Verschiedene Funktionen der Flexibilisierung

Den Flexibilisierungsinstrumenten können grundsätzlich zwei Funktionen zukommen: erstens die Anpassung generell-abstrakter Rechtsnormen an konkrete Einzelfälle und zweitens die Anpassung althergebrachten Rechts an neue Lebenssituationen. Nun kann die These aufgestellt werden, dass die erste Funktion vor allem in Rechtsordnungen zum Tragen kommt, die einen aktiven Gesetzgeber haben, die zweite Funktion aber in Rechtsordnungen, die ohne einen solchen auskommen.¹¹⁰ Wie kann diese These begründet werden?

Ein Gesetzgeber erlässt Gesetze, bisweilen sogar Kodizes. Diese enthalten generell-abstrakte Rechtsnormen, die nicht von vornherein jeden Einzelfall berücksichtigen können. Da aber vom Gesetzgeber unvorhergesehene Fälle eintreten können, in denen die strikte Gesetzesbefolgung als unbillig erschiene, sind Flexibilisierungsinstrumente nötig, die eine abweichende Lösung in einem solchen konkreten Einzelfall ermöglichen. Die Wahrnehmung der zweiten Funktion hingegen, nämlich die Anpassung alten Rechts an neue Verhältnisse, wird in einem solchen System vom Gesetzgeber selbst erwartet. Dieser kann und soll das Gesetz ändern. Solange er es nicht tut, sehen sich die Rechtsanwender gezwungen, die überholten Normen weiterhin anzuwenden, und weisen die Verantwortung hauptsächlich dem Gesetzgeber zu.

In einer Rechtstradition wie der talmudischen hingegen, die im Wesentlichen ohnehin aus Einzelfallentscheidungen besteht,¹¹¹ zeigt sich kein Bedarf, generell-abstrakte Normen an konkrete Fälle anzupassen. Vielmehr besteht hier die Notwendigkeit, althergebrachte Regeln an neue soziale und individuelle Verhältnisse anzupassen.¹¹² Dieselbe Notwendigkeit zeigt sich ebenso im orthodoxen Kirchenrecht, solange es keinen Gesetzgeber – etwa ein ökumenisches Konzil – gibt, der tätig wird.¹¹³ Obwohl im orthodoxen Kirchenrecht eine formelle Derogation für die heiligen Kanones jedenfalls nicht explizit vorgesehen ist, stellt die *Oikonomia* in vielen Fällen einen Lösungsweg dar.¹¹⁴ Im islamischen Recht dienen die Flexibili-

the other. Another question, however, is whether the flexibility instruments in a codified legal order have other functions to some extent.

3. Various functions of flexibilization

The flexibility instruments can basically have two functions: firstly, the adaptation of general-abstract legal norms to concrete individual cases and secondly, the adaptation of traditional law to new life situations. Now the thesis can be put forward that the first function is particularly effective in legal systems which have an active lawmaker, but the second function is effective in legal systems which manage without one.¹¹⁰ How can this thesis be justified?

A lawmaker enacts laws, sometimes even codes. These contain general abstract provisions which cannot take every individual case into account from the outset. Since, however, cases unforeseen by the legislator may arise in which strict compliance with the law would appear to be unfair, flexibility instruments are necessary which make it possible to find a different solution in such a concrete individual case. The use of the second function, on the other hand, namely the adaptation of old law to new circumstances, is expected to be fulfilled by the lawmaker itself in such a system. The lawmaker can and should change the law. As long as he does not do so, the legal practitioners are forced to continue applying the outdated provisions, while the responsibility for this mainly falls to the lawmaker.

In a legal tradition such as the Talmudic tradition, on the other hand, which essentially consists of individual case decisions anyway,¹¹¹ there is no need to adapt general abstract norms to concrete cases. Rather, there is a need to adapt traditional rules to new social and individual conditions.¹¹² The same necessity is also evident in Orthodox canon law as long as there is no lawmaker – such as an ecumenical council – who takes action.¹¹³ Although Orthodox canon law does not explicitly provide for a formal derogation of the holy canons, *oikonomia* is in many cases a solution.¹¹⁴ In Islamic law, the flexibility instruments serve as an important condition and support in the reform process¹¹⁵ and as a means of finding solutions to problems that

110 Vgl. Ferrari (Fn. 55), 171: Als Weg der Rechtsveränderung wird im kanonischen Bereich eher die Gesetzgebung, im jüdischen und islamischen Bereich hingegen eher die Interpretation gewählt.

111 Rabello (Fn. 100), 185.

112 Vgl. Bollag (Fn. 99), 39.

113 Mori (Fn. 95), 87.

114 Vgl. Potz/Synek (Fn. 15), 336f.

110 Cf. Ferrari (fn. 55), 171: In the canonical field, legislation is more likely to be chosen as a way of changing the law, whereas in the Jewish and Islamic fields, interpretation is more likely to be chosen.

111 Rabello (fn. 100), 185.

112 Cf. Bollag (fn. 99), 39.

113 Mori (fn. 95), 87.

114 Cf. Potz/Synek (fn. 15), 336f.

115 Cf. Ben Abdeljelil (fn. 39), 82.

tätsinstrumente als wichtige Voraussetzung und Stütze im Reformprozess¹¹⁵ sowie als Mittel, um Lösungen für Probleme zu finden, die in den Textquellen noch nicht behandelt wurden.¹¹⁶ Das bedeutet freilich nicht, dass *istihsān* nicht auch die Funktion hätte, objektiv formulierte Regeln an die Besonderheiten des Einzelfalls anzupassen.¹¹⁷ LIBSON nennt ein Beispiel, welches zeigt, dass dasselbe Rechtsproblem im jüdischen Recht durch Billigkeits-Erwägungen behoben wurde, während im islamischen Recht eine legislative Lösung erfolgte.¹¹⁸

VII. DIE VERWIRKLICHUNG VON FLEXIBILITÄT

1. Wer entscheidet?

In wessen Hand liegen die Flexibilitätsinstrumente? Wer entscheidet darüber, ob Flexibilitätskonzepte verwirklicht werden? Diese Frage hängt eng mit den in der jeweiligen Rechtstradition vorherrschenden Quellen und Organen zusammen. Je nachdem, ob die Flexibilität mehr im Bereich der hermeneutischen Auslegungsmittel oder des rechtspolitischen Kalküls angesiedelt wird, kann es zu einem Spannungsverhältnis kommen.

Im jüdischen¹¹⁹ und im islamischen Recht spielen Rechtsgelehrte eine große Rolle, die auf Anfrage Rechtsgutachten für einen konkreten Anlassfall erstellen. Sie bedienen sich des gesamten Instrumentariums ihrer Tradition. Dem Individuum kommt aber insofern ein Spielraum zu, als es im sunnitischen Islam nicht an das *Fatwa* gebunden ist.¹²⁰ Es steht ihm frei, weitere Gelehrtenmeinungen zu Rate zu ziehen, wenn es sich mit der ersten nicht zufrieden gibt. Hingegen sind Gerichtsurteile für die Parteien bindend.

Die *Oikonomia* im orthodoxen Kirchenrecht wird durch die kirchliche Autorität ausgeübt, die für den betreffenden Bereich jeweils zuständig ist. Im kleinen Rahmen kann sie durch den Beichtvater gewährt werden, im großen Rahmen kirchlicher Gerichtsprozesse durch das Diözesengericht, das

have not yet been addressed in the text sources.¹¹⁶ Of course, this does not mean that *istihsān* does not also have the function to adapt objectively formulated rules to the particularities of the individual case.¹¹⁷ LIBSON cites an example which shows that the same legal problem in Jewish law has been solved by equity considerations, while in Islamic law a legislative solution has been found.¹¹⁸

VII. THE REALIZATION OF FLEXIBILITY

1. Who decides?

Who wields the flexibility instruments? Who decides whether flexibility concepts will be implemented? This question is closely related to the sources and organs prevailing in the respective legal tradition. Depending on whether the flexibility is more in the area of hermeneutic means of interpretation or legal-political calculation, a tension can arise.

In Jewish¹¹⁹ and Islamic law, legal scholars play an important role, who prepare legal opinions on request for a specific occasion. They make use of all the instruments of their tradition. The individual, however, has a leeway insofar as in Sunni Islam he is not bound to the *fatwa*.¹²⁰ He is free to consult further scholarly opinions if he is not satisfied with the first. However, court rulings are binding on the parties.

The *oikonomia* in Orthodox canon law is exercised by the competent ecclesiastical authority. Thus, *oikonomia* can be applied on a small scale by the confessor, or on a large scale in ecclesiastical litigation by the diocesan court, the court of vocation, or by

115 Vgl. *Ben Abdeljelil* (Fn. 39), 82.

116 Vgl. *Kurnaz* (Fn. 8), 147.

117 Vgl. *Kamali* (Fn. 30), 4.

118 *Libson* (Fn. 7), 158.

119 Vgl. *Marcus Cohn*, Ergänzungsartikel „Antworten (Sche'elot uteschuwoth = Fragen und Antworten)“, http://www.juedisches-recht.de/lex_erg_re-sponsen.php, letzter Zugriff: 13. September 2017.

120 Was das islamische Recht betrifft, sind die *Fatwas* im sunnitischen Islam nicht verbindlich, vgl. *Rohe* (Fn. 17), 24.

116 Cf. *Kurnaz* (fn. 8), 147.

117 Cf. *Kamali* (fn. 30), 4.

118 *Libson* (fn. 7), 158.

119 Cf. *Marcus Cohn*, Ergänzungsartikel „Antworten (Sche'elot uteschuwoth = Fragen und Antworten)“, http://www.juedisches-recht.de/lex_erg_re-sponsen.php, last accessed: 13 September 2017.

120 As far as Islamic law is concerned, the *fatwas* are not binding in Sunni Islam, see *Rohe* (fn. 17), 24.

Berufungsgericht oder durch die Synode einer autokephalen Kirche. Die Bischöfe als „Ökonomen“ des Wortes und der Sakramente sind völlig frei, *Oikonomia* anzuwenden.¹²¹

Im katholischen Kirchenrecht ist die Lage besonders differenziert. Die *aequitas canonica* ist sowohl in der Verwaltung¹²² als auch in der Rechtsprechung (c. 221 § 2 CIC) immer zu berücksichtigen, ja sie leitet sogar den Gesetzgebungsprozess¹²³ an. Die Dispens wird vom zuständigen Träger von Administrativgewalt gewährt (c. 85 CIC), setzt aber einen Antrag voraus (c. 59 § 1 CIC). Toleranz und Dissimulation übt die kirchliche Autorität hingegen aus eigenem Antrieb aus. Besonderes gilt für die Epikie, die der Normadressat nach seinem eigenen Gewissensurteil anwendet.

2. Interpretativ, applikativ oder legislativ?

Auf welcher Ebene des Umgangs mit Recht sind die Flexibilisierungsinstrumente angesiedelt? Gehören sie zur Interpretation, wie WEBER¹²⁴ meinte, oder zur Rechtsanwendung oder sogar zur Rechtsetzung? Oder gibt es zwischen der Anwendung und der Rechtsetzung noch die Ebene der Rechtsfortbildung, der sie zuzuzählen sind?

Je nachdem, welche Funktion Flexibilisierungsinstrumente in einer bestimmten Rechtsordnung haben, kommt ihnen eine rechtsfortbildende Kraft zu oder eben nicht. Wenn die Funktion darin besteht, altes Recht an neue Situationen anzupassen, liegt das Ziel der Rechtsfortbildung auf der Hand.

REICHMAN beschreibt im jüdischen Recht sowohl die Deduktion¹²⁵ als auch die Abduktion¹²⁶ als Methode der Rechtsfortbildung. Letztere impliziert eine Interpretation, die keinen Anhalt am Text hat. Allerdings sei die Lockerung der Bindung an den Text kein Zweck an sich. Vielmehr gehe es darum, methodische Rahmenbedingungen zu schaffen, die vernünftig begründet sind. Auf diese Weise können im Diskurs über die Rechtsfortbildung neue Interpretationen gefunden werden.¹²⁷ REICHMAN verwendete den Begriff der Rechtsfortbildung schon im Titel seines Vortrags. Wie er betonte, beschränkt sich die Interpretation im jüdischen Recht keineswegs auf die Ermittlung des Willens des Gesetzgebers, sondern führt ganz klar zu einer Fortschreibung des Rechts.

the synod of an autocephalous church. As mentioned above, the bishops, as “economists” of the word and the sacraments, are completely free to apply *oikonomia*.¹²¹

In Catholic canon law the situation is particularly differentiated. The *aequitas canonica* must always be considered both in administration¹²² and in jurisprudence (c. 221 § 2 CIC), it even initiates the legislative process¹²³. The dispensation is granted by the competent holder of executive power (c. 85 CIC), but requires a request (c. 59 § 1 CIC). Tolerance and dissimulation, on the other hand, are exercised by the church authority on its own initiative. This is especially true of the *epikeia*, which the norm addressee applies according to his own judgment of conscience.

2. Interpretative, applicative or legislative?

At what level of treatment of law are the flexibility instruments located? Do they belong to interpretation, as WEBER¹²⁴ said, or to the application of law or even to legislation? Or is there still the level of legal development between application and legislation to which they belong?

Depending on the function of flexibilization instruments in a particular legal system, they may or may not have the developmental force. If the function is to adapt the old law to new situations, the aim of further development of the law is obvious.

In Jewish law, REICHMAN describes both deduction¹²⁵ and abduction¹²⁶ as a method of developing the law. The latter implies an interpretation that has no reference to the text. However, the loosening of the bond with the text is not an end in itself. Rather, the aim is to create a methodological framework that is reasonably justified. In this way, new interpretations can be found in the discourse on the development of the law.¹²⁷ REICHMAN already used the concept of legal development in the title of his lecture. As he emphasized, the interpretation in Jewish law is by no means limited to the determination of the will of the lawmaker, but clearly leads to a development of the law.

121 Vgl. *Anapliotis* (Fn. 47), 14.

122 Vgl. *Raith* (Fn. 83), 148.

123 Siehe oben Fn. 104.

124 *Weber* (Fn. 10), 348.

125 *Ronen Reichman*, *Abduktives Denken und talmudische Argumentation* (Tübingen 2006), 48.

126 Ebd. 263.

127 Vgl. ebd.

121 Cf. *Anapliotis* (fn. 47), 14.

122 Cf. *Raith* (fn. 83), 148.

123 See footnote above. 104.

124 *Weber* (fn. 10), 348 / Engl. version 578.

125 *Ronen Reichman*, *Abduktives Denken und talmudische Argumentation* (Tübingen 2006), 48.

126 *Ibid.* 263.

127 See *ibid.*

Auch KURNAZ verwendet in seinem Beitrag häufig den Begriff der Rechtsfortbildung und erwähnt verschiedene Methoden der Rechtsfortbildung im islamischen Recht. Sie lassen sich sowohl in der *bayān*-Epistemologie als auch in der *maqāṣid*-Epistemologie finden.

Größere Zurückhaltung hinsichtlich der Rechtsfortbildung durch Flexibilitätsinstrumente lassen die christlichen Beiträge erkennen. ANAPLIOTIS betont zunächst, dass *Oikonomia* und *Akribeia* „Anwendungsmodi“¹²⁸ sind und stellt die *Oikonomia* dann dem Gewohnheitsrecht¹²⁹ gegenüber. Während das Gewohnheitsrecht durch lang andauernde Praxis entsteht und die Überzeugung voraussetzt, dass diese Praxis rechtens ist, gibt es diese Überzeugung bei der *Oikonomia* nicht. Diese bleibt vielmehr eine Ausnahmeregelung im konkreten Fall aus pastoralen Gründen. Immerhin führte ANAPLIOTIS aber weiter aus, dass es Impulse zu einer Annäherung zwischen *Oikonomia* und Gewohnheitsrecht in der Theorie der *Achresia* gebe.¹³⁰ Demzufolge kann ein kirchliches Gesetz durch Nichtgebrauch aufgehoben werden.

Im Bereich des katholischen Kirchenrechts spricht PREE den Flexibilisierungsinstrumenten eine „evolutive Funktion“ zu, weil jeder ergänzende, korrigierende, interpretierende und anwendende Akt mehr oder weniger auch rechtsetzend ist.¹³¹ Dieser Aspekt spielt im katholischen Kirchenrecht aber eine sekundäre Rolle, zumal die vom Gesetzgeber selbst festgelegten Interpretationsmethoden (c. 17 CIC und c. 1499 CCEO) eher eine konservierende Wirkung entfalten.¹³² Die Flexibilisierungsinstrumente sind hier mehr auf der Ebene der Anwendung als auf der Ebene der Interpretation angesiedelt. Im Unterschied zur Interpretation erscheint die Applikation offener gegenüber eigenständigem Rechtshandeln, da das rechtsanwendende Organ rechtsschöpferisch tätig werden muss, um die abstrakt formulierten kirchenrechtlichen Normen inhaltlich zu füllen.¹³³ So ist die *aequitas* nicht nur ein Applikationsprinzip, sondern ermöglicht ebenso eine dynamische Rechtsfortbildung.¹³⁴ Nicht zu vergessen ist, dass die *aequitas* eines der Prinzipien für die Kodexreform war und auf diesem Weg die neue Gesetzgebung beeinflusst hat.

KURNAZ also frequently uses the concept of legal development in his contribution and mentions various methods of legal development in Islamic law. They can be found in both the *bayān epistemology* and the *maqāṣid epistemology*.

The Christian contributions show greater restraint with regard to the further development of the law through flexibility instruments. ANAPLIOTIS first emphasizes that *oikonomia* and *akribeia*¹²⁸ are “modes of application” and then contrasts the *oikonomia* with customary law.¹²⁹ While customary law arises from long-lasting practice and presupposes the conviction that this practice is legal, this conviction does not exist in *oikonomia*. This remains rather an exception in the concrete case for pastoral reasons. Nevertheless, ANAPLIOTIS went on to explain that there were impulses for an approximation between *oikonomia* and customary law in the theory of *achresia*.¹³⁰ This means that a church law can be repealed by non-use.

In the area of Catholic canon law, PREE assigns an “evolutionary function” to the flexibility instruments, because every supplementary, corrective, interpretive and applying act is more or less also legislative.¹³¹ However, this aspect plays a secondary role in Catholic canon law, especially since the interpretation methods defined by the lawmaker (c. 17 CIC and c. 1499 CCEO) tend to have a conservative effect.¹³² The flexibilization instruments here are more at the level of application than at the level of interpretation. In contrast to the interpretation, the application appears to be more open to independent legal action, since the organ applying the law must act creatively in order to fill the abstractly formulated ecclesiastical legal norms with content.¹³³ Thus, *aequitas* is not only an application principle but also enables dynamic legal development.¹³⁴ It should not be forgotten that *aequitas* was one of the principles for the code reform and in this way influenced the new legislation.

128 *Anapliotis* (Fn. 47), 14.

129 Ebd. 16.

130 Ebd. 20.

131 *Free* (Fn. 23), 388.

132 Vgl. *Schüller* (Fn. 6), 262 und 284; *Müller* (Fn. 61), 364f.

133 Ebd. 286.

134 Ebd. 436f. unter Hinweis auf c. 19 CIC.

128 *Anapliotis* (fn. 47), 14.

129 Ibid. 16.

130 Ibid. 20.

131 *Free* (fn. 23), 388.

132 Cf. *Schüller* (fn. 6), 262 and 284; *Müller* (fn. 61), 364f.

133 Ibid. 286.

134 Ibid. 436f. with reference to c. 19 CIC.

3. Methode oder Rechtsquelle?

Mit dem Aspekt der Rechtsfortbildung hängt eng die Frage zusammen, ob es sich bei den Flexibilisierungsinstrumenten um bloße Methoden oder um echte Rechtsquellen handelt. Der Titel des Workshops spricht von methodischen Ansätzen. In denjenigen Systemen, in denen sie auch eine rechtsfortbildende Funktion haben, wird man sie eher auch als Rechtsquellen bezeichnen können.¹³⁵

REICHMAN nennt in seinem Vortrag neben den statischen Rechtsquellen drei weitere Rechtsquellen, deren Inanspruchnahme die Dynamisierung der *Halacha* ermöglicht: (1) die eigenständige, im menschlichen Verstand gegründete Überlegung (*Sevara*); (2) die legislativen Eingriffsmöglichkeiten per Verordnung (*Taqanot* und *Gezerot*); (3) die Einzelfallentscheidungen (*Ma'asim*).

Im islamischen Recht gibt es dazu verschiedene Meinungen.¹³⁶ *Istihsān* gilt aber gewöhnlich nur als Methode, nicht als Rechtsquelle.¹³⁷ Ebenso wenig haben die *maqāsid* einen Status als Rechtsquelle, bilden aber eine wichtige Voraussetzung und Stütze im Reformprozess.¹³⁸

VIII.

SCHLUSSBETRACHTUNGEN

1. Der Einwand Webers

Zu Beginn wurde WEBER zitiert. Die entsprechende Textpassage geht aber noch weiter: „Die Bedürfnisse des ökonomischen Lebens machen sich entweder durch die Umdeutung der heiligen Gebote geltend oder durch ihre kasuistisch motivierte Umgehung, zuweilen auch durch einfache praktische Beseitigung, im Wege der Praxis der geistlichen Buß- und Gnadenjurisdiktion, die z.B. innerhalb der katholischen Kirche eine so wichtige Bestimmung wie das Zinsverbot [...] auch in foro conscientiae völlig ausgeschaltet hat, ohne es doch – was unmöglich gewesen wäre – ausdrücklich zu abrogieren.“¹³⁹

WEBER war sich also durchaus bewusst, dass religiöse Rechte Mechanismen entwickelt haben, um sich an geänderte Umstände anzupassen. Worauf es ihm aber ankommt, ist, dass die heiligen Gebote

135 Kurnaz (Fn. 8], 104f.) bezeichnet *istislāh* und *istihsān* als sekundäre, untergeordnete Methoden bzw. Quellen.

136 Vgl. *Falcón y Tella* (Fn. 63), 83. Rechtsquellen und Methoden der Rechtsfindung werden im islamischen Recht häufig zusammen angeführt, wie etwa bei *Rohe* (Fn. 17), 43.

137 *Ferrari* (Fn. 55), 113; *John Makdisi*, Legal Logic and Equity in Islamic Law, *The American Journal of Comparative Law* 33 (1985), 63–92, 67 und 91.

138 *Ben Abdeljelil* (Fn. 39), 82.

139 *Weber* (Fn. 10), 349.

3. Method or legal source?

The question of whether flexibility instruments are mere methods or genuine legal sources is closely linked to the aspect of legal development. The title of the workshop refers to methodological approaches. In those systems in which they also have a legal development function, they are more likely to be described as sources of law.¹³⁵

In his lecture REICHMAN mentioned three further sources of law in addition to the static sources of law, the use of which makes it possible to dynamise the *Halacha*: (1) the independent consideration based on the human mind (*sevara*); (2) the legislative intervention possibilities by decree (*taqanot* and *gezerot*); (3) the individual case decisions (*ma'asim*).

In Islamic law there are different opinions on this.¹³⁶ However, *Istihsān* is usually seen only as a method, not as a source of law.¹³⁷ Neither do *maqāsid* have any status as a source of law, but they are an important prerequisite and support in the reform process.¹³⁸

VIII.

CONCLUDING REMARKS

1. Weber's objection

WEBER was quoted at the beginning of this article. The corresponding text passage, however, goes further: “The needs of economic life make themselves manifest either through a reinterpretation of the sacred commandments or through their casuistic by-passing. Occasionally, we also come upon a simple, practical elimination of religious injunctions in the course of the ecclesiastical dispensation of penance and grace. One example of this is the elimination within the Catholic church of so important a provision as the prohibition against usury even in *foro conscientiae* [...] but without any express abrogation, which would have been impossible.”¹³⁹

So WEBER was well aware that religious laws have developed mechanisms to adapt to changing circumstances. What mattered to him, however, is that the holy commandments may be reinterpreted,

135 Kurnaz (Fn. 8], 104f.) describes *istislāh* and *istihsān* as secondary, subordinate methods or sources.

136 Cf. *Falcón y Tella* (fn. 63), 83. Legal sources and methods of finding justice are often mentioned together in Islamic law, as in *Rohe* (fn. 17), 43.

137 *Ferrari* (fn. 55), 113; *John Makdisi*, Legal Logic and Equity in Islamic Law, *The American Journal of Comparative Law* 33 (1985), 63–92, 67 and 91.

138 *Ben Abdeljelil* (fn. 39), 82.

139 *Weber* (fn. 10), 349.

zwar umgedeutet, aber letzten Endes nicht aufgehoben werden können. Sind all die Flexibilisierungsmethoden, die auf dem Workshop behandelt wurden, letztlich nichtsanderes als solche WEBERSCHE Umdeutungsmethoden?¹⁴⁰ Haben die Beiträge aus den vier Rechtstraditionen die WEBERSCHE These nicht eher bestätigt als widerlegt?

Man müsste schon einen sehr weiten Begriff von Umdeutung anwenden, um alle diese Instrumente darin einordnen zu können. Wie im vorangegangenen Abschnitt aufgezeigt wurde, gehen sie über die interpretative Ebene hinaus. Auch wurden Beispiele für eine regelrechte Abrogation genannt. *De facto* laufen viele der erwähnten Mechanismen auf echte Rechtsänderungen oder -aufhebungen hinaus. Es wäre ein sehr positivistisches Denken, wenn man dies nur deshalb nicht anerkennen wollte, weil sich am Wortlaut der heiligen Texte nichts ändert, während sich das gelebte Recht fortentwickelt.

2. Rechtsverständnis

Das führt zu der Frage, welches Rechtsverständnis den Überlegungen zur Flexibilität überhaupt zugrunde liegt. Weit verbreitet ist die Vorstellung, dass das Recht eine abstrakte Größe ist, die der Lebenswirklichkeit gegenübersteht und dann durch Flexibilisierungsinstrumente erst an diese angepasst werden muss. Demgegenüber ist das Recht nach der rechtsrealistischen Auffassung in der Wirklichkeit schon enthalten.¹⁴¹ Das Recht liegt demnach bereits in der Sache, die eine Person einer anderen schuldet.¹⁴² In dieser Sichtweise gibt es verschiedene Stufen der Konkretisierung von Recht, die alle – wenngleich in unterschiedlichem Ausmaß – einen Anteil der Wirklichkeit enthalten.¹⁴³ Besonders groß ist dieser Anteil auf der Stufe der Rechtsanwendung, aber er findet sich ebenso bei der Gesetzgebung und selbst bei den allgemeinen Rechtsprinzipien.

3. Flexibilität nur ein Modewort?

Dem Workshop in Heidelberg ging es nicht darum, die Flexibilität deswegen hervorzuheben, weil sie gegenwärtig ein Modewort ist und sich religiöse Rechte mehr Sympathie versprechen, wenn sie

but ultimately they cannot be abolished. Are all the flexibilisation methods discussed at the workshop nothing else but WEBER'S reinterpretation methods?¹⁴⁰ Didn't the contributions from the four legal traditions confirm WEBER'S thesis rather than refute it?

One would have to use a very broad concept of reinterpretation in order to be able to classify all these instruments thereunder. As shown in the previous section, they go beyond the interpretative level. Examples of downright abrogation were also given. *De facto*, many of the mechanisms mentioned above amount to genuine legislative changes or repeals. It would be a very positivistic thinking if one did not want to acknowledge this only because the wording of the sacred texts does not change while the lived law continues to develop.

2. Legal understanding

This leads to the question of what legal understanding underlies the considerations of flexibility in the first place. It is widely accepted that law is of an abstract magnitude that confronts the reality of life and must first be adapted to it by means of flexibilization instruments. On the other hand, the law is already contained in reality according to the view of legal realism.¹⁴¹ The law therefore already lies in the object or good which one person owes to another.¹⁴² In this view, there are various levels of concretization of law, all of which – albeit to varying degrees – show a certain portion of empirical reality.¹⁴³ This proportion is particularly high at the level of application of the law, but it is also found in legislation and even in general legal principles.

3. Flexibility just a buzzword?

The workshop in Heidelberg was not about highlighting flexibility because it is currently a buzzword and because religious laws can expect to be met with more sympathy when they are presented

¹⁴⁰ Vgl. *Englard* (Fn. 70), 326: „For Maimonides, seemingly, it is not the divine law that requires correction and direction, but rather the individual and society. Aristotle's idea of correction fits in with the premise that both the legislator and he who corrects the law are of equal status. This premise does not accord with the principles of Judaism, according to which a substantive difference in nature exists between the divine Legislator and the immediate bearer of authority.“

¹⁴¹ Vgl. *Alessandro Biasini*, *Dal Diritto come res iusta al Diritto come potere. Un confronto tra Tommaso e Suárez*, *Apollinaris* 87 (2014), 33–80, 34 und 37.

¹⁴² Vgl. *Carlos Errázuriz*, *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa. I. Introduzione. I soggetti ecclesiali di diritto* (Milano 2009), 16 und 24.

¹⁴³ *Helmuth Pree*, *The divine and the human of the ius divinum*, in: *Torf's (Hg.)*, *In diversitate unitas. Monsignor W. Onclin Chair 1997* (Leuven 1997), 23–41, 38f.

¹⁴⁰ Cf. *Englard* (fn. 70), 326: “For Maimonides, seemingly, it is not the divine law that requires correction and direction, but rather the individual and society. Aristotle's idea of correction fits in with the premise that both the legislator and he who corrects the law are of equal status. This premise does not accord with the principles of Judaism, according to which a substantive difference in nature exists between the divine Legislator and the immediate bearer of authority.”

¹⁴¹ Cf. *Alessandro Biasini*, *Dal Diritto come res iusta al Diritto come potere. Un confronto tra Tommaso e Suárez*, *Apollinaris* 87 (2014), 33–80, 34 and 37.

¹⁴² Cf. *Carlos Errázuriz*, *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa. I. Introduzione. I soggetti ecclesiali di diritto* (Milan 2009), 16 and 24.

¹⁴³ *Helmuth Pree*, *The divine and the human of the ius divinum*, in: *Torf's (ed.)*, *In diversitate unitas. Monsignor W. Onclin Chair 1997* (Leuven 1997), 23–41, 38f.

sich als flexibel präsentieren. Flexibilität ist nicht mit einer Lockerung gleichzusetzen, denn *aequitas* und *Akribeia* können auch zu einer schärferen Handhabung führen. Dass sich jedes System an die Umgebung anpassen muss, wenn es überleben will, ist selbstverständlich. Es wäre aber eine verkürzende systemtheoretische Sicht zu meinen, religiöse Rechtssysteme würden nur auf äußeren Druck – etwa veränderte gesellschaftliche Verhältnisse – reagieren, damit der Ausgleich des Systems mit seiner Umwelt aufrechterhalten bleiben kann. Vielmehr schöpfen sie ihre flexible Kraft und Kreativität auch aus ihrem Inneren. Besonders in diesem Punkt zeichnen sich religiöse Rechtstraditionen durch die Fähigkeit zur theologischen Begründung von Flexibilität aus. Wie REICHMAN in seinem Vortrag betonte, ist die *Halacha* nicht von vornherein ein dem Zeitgeschehen entrücktes, festgesetztes Normsystem, das sich durch ständige Reaktion auf äußerlichen Druck im Wege der Anpassung weiterbildet, sondern ein normatives Überlieferungsgeschehen, dessen religiöser Sinn sich aus ständiger Erneuerung ergibt. Gerade der Gottesbezug hält die Erinnerung an die Gefahren wach, die fixe, allzu unflexible Systeme – und seien es Rechtssysteme – mit sich bringen können. Erneut zeigt sich darin, dass in religiösen Rechten die theologische Grundlage für die Flexibilität wichtiger ist als allgemeine Zweckmäßigkeitsüberlegungen.

as flexible. Flexibility is not to be equated with relaxation, because *aequitas* and *akribeia* can lead also to stricter treatment. It goes without saying that every system must adapt to its environment if it is to survive. But it would be a curtailing system-theoretical view to think that religious legal systems would only react to external pressure – such as changed social conditions – so that the balance of the system with its environment can be maintained. Rather, they draw their flexible strength and creativity from within. In this point especially, religious legal traditions are characterized by the ability to justify flexibility theologically. As REICHMAN emphasized in his lecture, the *Halacha* is not from the outset a system of norms that is far removed from contemporary events and fixed, which is further developed by constant reaction to external pressure by means of adaptation, but rather a normative event of transmission, the religious meaning of which results from constant renewal. It is precisely the reference to God that keeps alive the memory of the dangers that fixed, all too inflexible systems – be they legal systems or other – can bring with them. Once again this shows that the theological basis for flexibility is more important in religious laws than general considerations of expediency.