

Das Princip des *istiḥâb* in der muhammedanischen Gesetzwissenschaft.

Von

Dr. Ign. Goldziher.

1. Die *madâhib* der muhammedanischen Gesetzlehre sind nicht nur in einigen Details des Gesetzes, in welchen sie von einander abweichende Bestimmungen festsetzen, von einander verschieden; ihre Divergenz erstreckt sich vielmehr auch auf einige principielle Grundlehren. Wir müssen gleich hinzufügen, dass es Grundlehren zweiter Ordnung sind, in denen sie von einander abweichen; denn betreffs der allgemeinen *uṣūl* stehen sie alle auf gleichem Boden. Die Schule des Abū Ḥanifa z. B. räumt dem Princip des *istiḥsân* gewisse Rechte ein, und öffnet damit der subjectiven Meinung einen grossen Spielraum. Sie behauptet, es könne aus dem Principe der Analogie (*kijâs*) für gewisse Fälle des gesetzlichen Lebens eine Bestimmung folgen; aber die individuelle Wohlmeinung des Gesetzgebers giebt einer den Anforderungen der Analogie widersprechenden Behandlung dieser Fälle Raum und Gültigkeit. Man kann nicht zweifeln, dass es Abū Ḥanifa selber war, der dies Princip des *istiḥsân* aufstellte — sein Schüler Abū Jûsuf handhabt dasselbe wie ein allgemein anerkanntes methodisches Gesetz¹ — und dass es gerade diese dem subjectiven Ermessen eingeräumte Freiheit war, welche die Opposition Al-Šâfi'î's erregte. Dies wird besonders aus mehreren Stellen der *Risâla* des Šâfi'î klar, einer Schrift, welche als das älteste Document für die Kenntniss der Entwicklung der *uṣūl al-fikḥ* betrachtet werden

¹ Die ältesten Beispiele seiner Anwendung siehe bei Abū Jûsuf: *Kitâb al-charâğ* (Bûlâk 1302), p. 109, 1; 112, 5 v. u. 114, 5.

kann.¹ Spätere Vertreter der ḥanafitischen Schule haben sich zwar bestrebt darzuthun, dass das istiḥsân nichts anderes als eine Abart des *kiyâs* sei;² aber wenn wir die ältesten Beispiele für die Anwendung des istiḥsân ansehen, so entgeht uns nicht der Umstand, dass es nicht ausgeschlossen ist, dass durch dasselbe etwas beseitigt wird, was aus dem *kiyâs* folgen würde und dass beide Begriffe einander entgegengestellt werden.³

Was man in der Schule des Mâlik b. Anas *istiṣlâḥ* nannte, ist im Grunde genommen nur die Anwendung des istiḥsân in einer speciellen Richtung. Man müsse die durch das striete Gesetz ausgesteckten Normen abändern, wenn es erwiesen ist, dass das Gemeinwohl, das Interesse der Gesamtheit (*المصلحة*) ein anderes Urtheil fordert als das Gesetz.⁴ Die Anhänger dieses Principes normiren demnach den Criminalcodex oft in anderer Weise, als wie er sich aus der *Sunna* ableiten lässt. Dahin gehört z. B., dass man Strafen, welche man nach dem traditionellen Gesetz nur auf Grund von Beweisen (*bayjimat*) verhängen soll, auf Grund von subjectiven Indicien zuerkennt u. s. w. Man machte dem Mâlik den Vorwurf, dass nach dem in seiner Schule aufgestellten Princip, in Folge des *istiṣlâḥ* ein Drittel der muhammedanischen Gemeinde über die anderen zwei Drittel den Tod verhängen würde.⁵ Es lässt sich nicht läugnen, dass das

¹ Ich benützte die auf Veranlassung von Dr. SNOUCK HURGRONJE angefertigte Abschrift dieses wichtigen Werkes nach den in der viecköniglichen Bibliothek in Kairo vorhandenen Exemplaren (Hāsanejn Efendi's Katalog, p. ۲۲۸).

² Vgl. Al-Taftazânî, *Talwîḥ* ed. Kasan 1883, p. ۴۹۳ ff.

³ z. B. die Stelle *Kiṭāb al-charāḡ*, p. ۱۱۷: *القِيَاسُ كَانَ أَنْ تَقْطَعَ لَهُ الْخُ الْإِ* *أتى استحسن الخ*

⁴ Es liegt hier die Analogie mit dem *corrige re jus propter utilitatem publicam* der römischen Rechtslehre zu nahe; dasselbe Princip hat auch die rabbinische Gesetzkunde übernommen (*מפני חקון העולם*).

⁵ Imām al-ḥaramejn: *Muḡl al-ḥalk* (Handschrift der Pariser Nationalbibliothek), fol. 14^b: *ولكنه رحه افرد في ملاحظة المصالح وقطع الذرائع حتى افضى به الامر الى قتل ثلث الامة في الاستصلاح ثلثيها وتعليق العقوبات بالتيم وغير ذلك حتى روى عنه لو ان سارقا حضر مجلس القاضي وادى عليه السرقة وظهر عليه القلق والوفل واحمرت وجنتاه واصفر خدها قال تقطع يده من غير شهود لان القران والمخايل تقوم مقام الشهود والدلائل وكذا في سائر العقوبات*

Princip des Málík aus dem wirklichen Stande der Rechtspflege emporgewachsen ist; war er ja der Einzige unter den Imâmen, der wirkliche Rechtsgewohnheiten (die von Medína) codificirte, während die andern Imâme bloss Theoretiker waren und — dies gilt besonders von Abû Hanîfa und seiner Schule — Casuistik betrieben.¹ Obwohl nun die praktische Rechtspflege sich auf dem Standpunkt des *istišlâh* bewegte, wollten die Theoretiker die Anerkennung dieses Principes — insofern es in einem der vier canonischen Principe nicht inbegriffen ist — nicht anerkennen.² Al-Gazâlî, der dem *istišlâh* unter den *اصول موهومة* ein besonderes Kapitel widmet, kämpft mit Eifer dagegen an: „Die Eröffnung dieses Thores (nämlich der Abweichung von dem anerkannten Gesetz ‚propter utilitatem publicam‘ *للمصلحة*) führt zu der Veränderung aller Normen des Gesetzes und seiner ausdrücklichen Vorschriften auf Grund der Veränderung der Zeitumstände. Würde es bekannt werden, dass alle Ulanâ' diese Ansicht haben, so würden die Herrscher nicht Vertrauen in sie setzen können; sie würden meinen, dass alle ihre Rechtsgutachten Verdrehungen des positiven Gesetzes sind, welche auf ihre subjective Ansicht gegründet sind.“³

Aber auch die Schule des Imâm Al-Šâfi'î hat ihre Specialität in der Rechtsmethodik, und diese ist die besondere Veranlassung dieses Aufsatzes. Wir meinen das Princip des *istišlâh*. Wir hätten es nicht für nöthig erachtet die Erklärung dieses Rechtsprincipes zum Gegenstande einer besonderen Auseinandersetzung zu machen, wenn wir nicht erfahren hätten, dass noch in unserer Zeit ein Buch, welches sich die Aufgabe stellt, die Kenntnisse des Islam durch encyclopädische Darstellung allgemein zugänglich zu machen, neben

¹ Charakteristisch ist das Urtheil des in der vorangehenden Anmerkung citirten Autors fol. 4^a: *وأتى بالدقائق التي حار فيها العقلاء بحيث لا يغادر الشعر الآ: مشقوقا وحجب الغيب الآ مرفوقا واستغرق عمره في وضع المسائل الخ*

² Vgl. meine *Zâhiriten*, p. 206.

³ Al-Gazâlî, *Kitâb al-mustasfâ* (Handsehr. der herzogl. Bibliothek in Gotha, Nr. 925) fol. 80^b: *وقتی هذا الباب یؤدی الى تغییر جميع حدود الشرع ونصوصه بسبب تغییر الاحوال ثم اذا عرف ذلك من جميع العلماء لم یحصل الثقة للملوك یقبولهم وظنوا ان كل ما یفتون به فهو تحریف من جهتهم بالرأی*

anderen Dingen auch in diesem Punkte so unglaublich absurde Aufschlüsse erteilt, dass man angesichts solcher Belehrung verpflichtet ist, dieselbe durch gründlichere Orientirung zu ersetzen. Herr Th. P. HUGHES, dessen *Wörterbuch des Islam* nun bereits auf Lehrstühlen der Wissenschaft vom Islam als ‚Quelle‘ citirt wird, bietet uns folgende Erklärung des istiṣhāb:

‚Istiṣhāb: A law or injunction contained in a previous revelation (e. g. the Law of Moses) and non abrogated by the succeeding law-giver.‘¹

2. Unter istiṣhāb versteht man in der muhammedanischen Gesetzlehre die Präsümption der Fortdauer eines frühern Zustandes so lange kein Beweis für das Aufhören dieses Zustandes vorliegt.² Bekanntlich ist diese Art der Präsümption im römischen Recht von grosser Wichtigkeit; mit vielen anderen Rechtsprincipien ist sie auch in die talmudische Gesetzkunde (חוקה קמיירה)³ und in das muslimische Recht eingedrungen. Wir haben uns hier nur mit dem letztern zu beschäftigen. Diejenigen Gesetzlehrer, welche dem Princip des istiṣhāb allgemeine Gültigkeit zuerkennen, lehren, dass in Fällen, wo die Unterbrechung oder das Aufhören eines ursprünglichen Zustandes mit Bezug auf eine Person oder Sache nicht nachweisbar ist, das Fortbestehen des ursprünglichen Zustandes oder Verhältnisses präsumirt werden müsse, ohne für den Erweis desselben positive Zeugnisse zu fordern.

Dieser Grundsatz kömmt sowohl bei rituellen wie auch bei eigentlichen Rechtsfragen in Anwendung. Wir wollen vorerst ein Beispiel aus dem Gebiete des Ritus anführen, weil es uns Gelegen-

¹ *A Dictionary of Islam* (London 1885), p. 222.

² *Kaṣf istiṣhāb al-funūn* s. v. I, p. ۸۰۹: طلب صحبة الحال للماضي بان يحكم على الحال بمثل ما حكم على الماضي وحاصله إبقاء ما كان على ما هو إبقاء ما كان على. *Muḥīt*, p. ۱۱۶۱^a: Ich muss bedauern, bei dieser Gelegenheit nicht die im Katalog der Pariser Nationalbibliothek unter Nr. 819 verzeichnete Handschrift benutzen zu können: ‚Commentaire sur un petit ouvrage qui traite des principes de la jurisprudence et spécialement de la doctrine de l’istiṣhāb et de l’iḡtihād.‘

³ FREUDENTHAL in FRANKEL’s *Monatsschrift für die Geschichte des Judenthums*. Bd. IX (1860), p. 261.

heit bietet, gleichzeitig die traditionelle Autorität anzuführen, welche man gegenüber den Gegnern des *istiḥāb* geltend zu machen pflegte. Denn die muhammedanische Wissenschaft hat sich ja stets angestrengt, für Principien, die erst in späteren Zeiten aufkamen, in den geheiligten Quellen des Gesetzes Anhaltspunkte und Beweise zu finden. Mit Bezug auf *ḵijās* und *ig̃mā'* haben wir dies an anderer Stelle ausführlicher dargelegt. Für *istiḥāb* geschieht auf eine Stelle der Tradition Berufung, in welcher der Prophet dem 'Abd allāh ben Zejd al-Anṣārī, der Zweifel darüber empfindet, ob er sich in dem Zustand der rituellen Reinheit befindet, um das Gebet ohne vorangehendes *wuḍū'* verrichten zu dürfen, ausdrücklich erklärt, dass er sich ins solange als in ritueller Beziehung rein betrachten müsse, als er nicht positive Beweise dafür hat, dass dieser Zustand unterbrochen wurde.¹ Daraus folgt, dass der ursprüngliche, vor dem Auftauchen des Zweifels bestandene Zustand trotz des Zweifels an demselben als fortdauernd präsumirt und an denselben angeknüpft wird (مسحب), ins solange die Unterbrechung oder das Aufhören dieses Zustandes nicht durch sichere Beweise erwiesen ist.²

Ein anderer Fall aus dem Gebiete des Ritualgesetzes, den wir nicht anführen würden, wenn er nicht gerade bei Al-Gazālī zu finden wäre, und der uns auch zeigen kann, wie man an jeden Grundsatz anknüpfend eine haarspaltende Casuistik ausgesponnen hat. Jemand erlegt ein Wild, dasselbe fällt aber, ehe es der Jäger hätte an sich nehmen können, in's Wasser. Als er seine Beute aus dem Wasser nahm, fand er sie bereits todt. Zweifelhafte ist nun die Todesart des Wildes. Ist der Tod in Folge der Verwundung eingetreten (in diesem Falle dürfte das Thier als Speise benützt werden), oder ist das Thier ertrunken (dann ist es verbotene Speise)?

Antwort: Es darf nicht als Speise benützt werden, denn man beurtheilt den jetzigen Zustand des Thieres in diesem zweifelhaften Fall, auf Grund desjenigen unmittelbar vorangehenden Zustandes,

¹ Al-Buchārī, *Wuḍū'*, Nr. 4.

² Al-Ḳaṣṭalānī I, p. ۲۶۷: وهذا الحديث فيه قاعدة لكثير من الاحكام وهي استصحاب اليقين وطرح الشك الطارى والعلما متفقون على ذلك

betreffs dessen noch kein Zweifel obwaltete. Dies ist der Zustand vor der Erlegung, und da war es unerlaubte Speise (weil lebend).¹

Derselbe Grundsatz kömmt auch im Rechtsleben in Anwendung. Ein im gemeinschaftlichen Besitz zweier Genossen (A und B) befindliches Haus wird durch A an einen dritten (C) verkauft; der frühere Mitbesitzer B macht nun dem C gegenüber sein Vorkaufsrecht (شفعة) geltend und will den geschehenen Verkauf invalidiren, wogegen C von B erst Rechtsbeweise dafür fordert, dass er wirklich Theil am Eigenthum des Hauses habe. Nach der Lehre des istiṣhâb kann C diese Beweise nicht fordern, denn der frühere Rechtszustand, wonach B unbestritten Compossessor gewesen, wird als fortdauernd betrachtet, ohne dass die Rechtmässigkeit desselben erst durch Beweise dargethan werden müsste.² — Unter denselben Gesichtspunkt gehört im Grunde genommen auch die Rechtspräsumtion, welche in streitigen Fällen dem صاحب اليد, dem thatsächlichen Detentor zugute kömmt.³

In allen solchen Fällen kömmt der Grundsatz zur Geltung: *إِنَّ الْيَقِينَ لَا يُرْوَالُ بِالشَّكِّ*, d. h. dass die (bestehende) Gewissheit durch den (neu aufgetauchten) Zweifel nicht aufgehoben werden könne.⁴ Solche Arten der Präsumtion nennt man demnach auch näher istiṣhâb al-jaḳîn, d. h. die Anknüpfung an den Zustand der Gewissheit und die ṣâfi'itische Schule giebt ihnen die Berechtigung, ohne weiteres als Rechtsbeweis zu gelten.

Der Vollständigkeit wegen wollen wir, ehe wir auf die Gegner der allgemeinen Geltung dieses Rechtsgrundsatzes übergehen, nur noch dies erwähnen, dass auch unter den Ṣâfi'iten hinsichtlich einer Art des istiṣhâb Meinungsverschiedenheit herrscht, und zwar hinsichtlich des sogenannten istiṣhâb al-igmâ,⁵ welchen seine Vertheidiger

¹ Al-Gazâlî, *Ihjd* II, p. ۸۸.

² Al-Taftazânî, l. c., p. ۵۲۷.

³ Siehe Beispiele im *Minhâğ al-falâḥin*, ed. VAN DEN BERG II, p. 53.

⁴ Al-Gazâlî, *Ihjd* II, p. ۸۹, man vergleiche damit die talmudische Regel: *אין ספק מוציא מדי ודאי*.

⁵ Ibn Al-Firkân], *Commentar zu den Waraḳat*, Handschrift der herzogl. Bibl. Gotha, Nr. 922, fol. 51^b: *وَأَمَّا اسْتِصْحَابُ الْإِجْمَاعِ فَقَدْ اِخْتَلَفُوا فِيهِ فَأَقْتَى بِهِ قَوْمٌ وَرَدَّوْهُ آخَرُونَ وَمِثَالُهُ قَوْلُنَا فِي التَّمِيمِ الْعِ*

besonders in zweifelhaften Ritualfällen anwenden. Auch dafür ein Beispiel. Bekanntlich gestattet das muhammedanische Ritualgesetz die rituelle Reinigung vor dem Gebete mit Erde zu vollziehen (التيميم), wenn der sich zum Gebet Rüstende nicht in der Lage ist, Wasser benützen zu können. Nun hat Jemand der Pflicht des wuḍū' in Ermanglung von Wasser mit diesem tajanmum genügt; während er aber bereits im Gebet begriffen ist, erblickt er nun plötzlich Wasser. Hat ein solcher Betender die Pflicht, das Gebet zu unterbrechen und das wuḍū' mit Wasser vorzunehmen? Antwort: Nein, weil er infolge des Consensus der muhammedanischen Imāme berechtigt war, mit tajanmum zu beten. Der seither eingetretene Umstand hebt die Gültigkeit des Gebetes nicht auf, dessen Beginn im Sinne des iġmā' als gültig betrachtet werden musste. Dies also ist istishāb al-iġmā'; unter den Gegnern desselben finden wir auch Al-Gazālī.¹

3. Wir halten es nicht für wahrscheinlich, dass bereits Al-Šāfi' selbst den Grundsatz des istishāb aufgestellt habe. Dass die muhammedanischen Darsteller der uṣūl Al-Šāfi' als den Urheber nennen, beweist nur so viel, dass dies Princip in dem an seinen Namen anknüpfenden madhab hervorgetreten und entwickelt worden sei. Für uns muss in der Beurtheilung des Sachverhaltes die negative Thatsache entscheidend sein, dass in der Risāla des Imām auch keine Spur der Erwähnung oder Andeutung des istishāb enthalten ist, was wohl bei der Natur der Risāla undenkbar wäre, wenn dem Verfasser derselben dieses methodische Princip der Gesetzdeduction bewusst gewesen wäre.

Anders wie die šāfi'itische Schule stellt sich die Schule des Abū Ḥanīfa zu diesem Princip. Sie verwirft zwar die Geltung desselben nicht, beschränkt aber das Gebiet seiner Anwendung; und diese Beschränkung erhält zumeist in den civilrechtlichen Fragen gewisse Bedeutung. Die Anhänger des ḥanafitischen madhab lehren, dass die istishāb-Präsumption nur dann angewendet werden könne, wenn

¹ *Kitāb al-mustasfā*, fol. 75^b: الرابع استصحاب الاجماع في محل الخلاف وهو غير صحيح (Nach der Abschrift des Herrn Dr. M. SCHREINER.)

durch dieselbe ein Rechtsanspruch zurückgewiesen würde, nicht aber dann, wenn durch dieselbe ein Rechtsanspruch anerkannt würde.

Ṣadr al-Šarī'a (st. 747), einer der anerkanntesten Säulen der Gesetzwissenschaft in ḥanafitischem Sinne, eröffnet mit dem Princip des istiṣhâb die Reihe der ‚falschen Beweise‘ الحجج الفاسدة und drückt diese Verschiedenheit der Ausgangspunkte der beiden madâhib in folgender Weise aus: *الاستصحاب حجة عند الشافعي رحة في كل شئ ثبت وجوده بدليل ثم وقع الشك في بقاءه وعندنا حجة للدفع لا للإثبات*.

Die ḥanafitische Schule wird demnach die in Rede stehende Präsumtion in der oben erwähnten Vorkaufrechtsfrage nicht anwenden können, da durch dieselbe dem B ein Recht zuerkannt würde. — An folgendem Beispiel wird die verschiedene Behandlung des istiṣhâb in den beiden Schulen besonders ersichtlich: Jemand verschwindet, ohne dass sein Tod sicher nachgewiesen werden könnte. Dabei entstehen zwei Fragen. Erstens: Kann das Vermögen eines solchen unter den rechtmässigen Erben vertheilt werden? Die ḥanafitische Schule kann hier die istiṣhâb-Präsumtion mit gleichem Resultate anwenden, wie die šâfi'tische. Das istiṣhâb führt nämlich in diesem zweifelhaften Falle darauf, den dem Verschwinden vorangehenden status personalis des Abwesenden zu präsumiren, d. h. man urtheilt über sein Vermögen so, als wenn er noch unter den Lebenden weilte, dies Vermögen kann also nicht Gegenstand der Erbschaft bilden; den Erben wird ein Rechtsanspruch auf das Vermögen entzogen. In diesem Falle kömmt das istiṣhâb in beiden Schulen zur Anwendung, und dieselben befinden sich hierbei im Einklang mit der alten medinensischen Praxis und mit der auf dieselbe begründeten Lehre des Mâlik ibn Anas, dass man nämlich Niemand beerben könne, dessen Verschneiden nicht sicher erwiesen ist.¹ Zweitens: Wird der Verschollene vorkommenden Falles als Erbe in Betracht gezogen? Präsumiren wir das Fortbestehen seines vorangegangenen Zustandes, so wird ihm — weil er als lebend betrachtet

¹ Al-Muwatta' II, p. 379: *وقال مالك لا ينبغي أن يرث احد احدًا بالشك ولا يرث احد احدًا إلا باليقين من العلم والشهادة.*

wird — sein Erbantheil zugeurtheilt und vorläufig — bis sein Tod durch Beweise oder eine mächtigere Präsumtion erwiesen wird — in behördlichem Sequester gehalten. So die šāfi'itische Schule; während die Ḥanafiten ihn nicht als Erben betrachten, da nach ihrer Lehre das istiṣhāb wegfällt, wenn, wie in diesem Falle, durch dasselbe ein Recht zuerkannt werden sollte.¹ Freilich ist diese Differenz in dem vorliegenden Falle nichts anderes als blosser Wortstreit; denn auch ḥanafitische Rechtslehrer können mit dem präsumtiven Erbantheil nichts anderes thun, als ihn in behördliche Verwahrung nehmen.² Nur der Titel der Sequestration ist principiell verschieden.

Die Spitzfindigkeit der muhammedanischen Juristerei kann uns folgende, in diesem Kapitel erwähnte Rechtsfrage zeigen. Jemand sagt zu seinem Sklaven: Du bist freigelassen, wenn du nicht heute jenes Haus betrittst. Nun weiss man am Ende des Tages nicht sicher, ob der Sklave das bezeichnete Haus betreten habe oder nicht? Will man das istiṣhāb anwenden, und sagen, dass der ursprüngliche Zustand des Sklaven, der nämlich, dass er (im Momente der Zusicherung des Eigenthümers) das bezeichnete Haus nicht betreten hatte, als fortdauernd angenommen wird: so müssten wir die Freilassung des Sklaven fordern. Aber die ḥanafitische Schule wendet das istiṣhāb in diesem Falle nicht an, da es die Zuerkennung eines neuen Rechtes nach sich zöge; die Freilassung hängt demnach in diesem Falle von der freiwilligen Entschliessung des Eigenthümers ab.

¹ *Al-tankīh*, p. orv: كحياة المفقود فيرث عنده لا عندنا لان الارث من باب الاثبات فلا يثبت به ولا يورث لان عدم الارث من باب الدفع فيثبت به vgl. für das ḥanafitische Gesetz *Al-wilā'ija*, ed. GOTTWALDT (2. Ausg.), p. 149 = Commentar Ausgabe, Kasan 1881, p. 103. Als Termin der Todeserklärung werden 90 Jahre angegeben, bei Al-Kudūri (Kasan 1880) p. 71 hingegen 120 Jahre; für das šāfi'itische Gesetz: *Minhāq al-tālibīn* II, p. 244 ff.

² *Wilā'ija*, l. c. فلا يرث من غيره اى يوقف قسطه من مال مورثه الى ولو مات من يرثه المفقود وقفما حصته تسعين سنة. *Minhāq*: وقفما حصته تسعين سنة.

BUDAPEST, im Juni 1887.