

# IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts  
für Europäische Rechtsgeschichte  
Frankfurt am Main

XXVIII

Herausgegeben von DIETER SIMON  
und MICHAEL STOLLEIS



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main  
2001

BABER JOHANSEN

Vom Wort- zum Indizienbeweis:  
die Anerkennung der richterlichen Folter in islamischen  
Rechtsdoktrinen des 13. und 14. Jahrhunderts \* \*\*

*Die politische Praxis*

Die politischen Autoritäten der islamischen Welt des neunten bis dreizehnten Jahrhunderts setzen die Folter als Strafe und als Untersuchungsmethode ein. Die Kalifen und ihre Wesire benutzen sie, um die militärische und bürokratische Elite einzuschüchtern und unter Kontrolle zu halten. Der abbasidische Wesir Ibn az-Zayyāt stirbt im Jahre 847 in einem von ihm selbst entworfenen Folterapparat, und der Folter werden Bürokraten und Politiker unterworfen, die zu reich geworden sind und deren Vermögen die Mächtigen reizt.<sup>1</sup> Folter zur Erzwingung der Abgabeneinziehung ist eine beliebte Methode der Steuereinzahler.<sup>2</sup> Der abbasidische Prinz und Dichter Ibn al-Mu‘tazz,

\* Erste Versionen dieses Artikels habe ich im Februar 1995 auf Einladung von Professor Knut Wolfgang Nörr vor dem Arbeitskreis Kirchenrecht der Universität Tübingen und im Februar 1997 auf Einladung von Professor Michael Stolleis vor dem Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte gehalten. Die lebhaften Diskussionen, die sich in beiden Fällen an den Vortrag anschlossen, haben mir wertvolle Anregungen gegeben, für die ich mich bei den Einladenden und bei den Teilnehmern an diesen Diskussionen hier noch einmal bedanke.

\*\* Die Umschrift des Arabischen folgt den Regeln der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft. Nur in den hybriden arabisch-deutschen Formen, in denen eine deutsche Endung einem arabischen Namen angehängt wird, wie Malikiten oder Hanafiten, habe ich auf diakritische Punkte, Längungszeichen und selbst das ‘ain bei den Schafiiiten verzichtet, um eine leichtere Lesbarkeit des Texts zu sichern.

<sup>1</sup> HUGH KENNEDY, *The Prophet and the Age of the Caliphates. The Islamic Near East from the sixth to the eleventh century*, 3rd impr. London: Longman 1989, pp. 168 s., vgl. auch pp. 112, 167, 191, 194, 197, ‘ABBŪD AŠ-ŠĀLIĠĪ, *Mawsū‘at al-‘Aqāb* [Die Enzyklopädie der Folter], 7 Bände, London: ad-dār al-‘arabiya li l-mawsū‘āt o. J. Zur Folterung des Ibn az-Zayyāt siehe Bd. VII, p. 23.

<sup>2</sup> ABOU YOUSUF YA‘KŪUB, *Le livre de l’impôt foncier (Kitāb al-kharāj)*, übers. und mit Anmerkungen versehen von E. FAGNAN, Paris: Paul Geuthner 1921, pp. 164, 166, 176–177, 189. Der Autor ist der erste Jurist, der den Posten des „höchsten Qādīs“ (*qāḍī al-quḍāt*) im abbasidischen Reich bekleidet und einer der Begründer der hanafitischen

Einölen des Kopfes, um ihn in diesem Zustand der Sonnenglut auszusetzen, sind in der juristischen ebenso wie in der historiographischen Literatur der Zeit oft und ausführlich dargestellt.<sup>6</sup> In seiner kürzlich in London in 7 Bänden auf arabisch veröffentlichten *Enzyklopädie der Folter* hat 'Abbūd aš-Šāliḡī aus der klassischen arabischen Literatur die Angaben über die politischen Prozesse des Mittelalters und die in ihnen verwandten Foltermethoden zusammengestellt.<sup>7</sup> Allerdings sind diese Methoden nicht an jedem Ort und gegen jedermann einzusetzen. Als im 10. Jahrhundert türkische Militärführer in Bagdad versuchen, Gelder zu erpressen, indem sie ihren Opfern Pfannen mit glühenden Kohlen auf den Leib stellen, protestieren die Notabeln der Stadt: „Hier ist Bagdad und das Territorium des Kalifen, nicht Rayy und Isfahan.“<sup>8</sup> Grausame und illegale Foltern sind, im Prinzip, auf dem Territorium des legitimen Kalifen nicht zulässig.

### *Das Folterverbot der Rechtsschulen des sunnitischen Islam*

Die muslimischen Juristen wissen, wie jeder andere auch, um die weite Verbreitung der Folter. Aber bis zum Ende des 13. Jahrhunderts weigern sie sich, Folter als eine legale Untersuchungsmethode anzusehen, die der *Qāḍī* zur Wahrheitsfindung einsetzen könne. Solche Praktiken können der Polizeichef und die Militärs anwenden, der Chef der Markt- und Sittenpolizei, der *muḥtasib*, kann auf sie zurückgreifen, aber eines *Qāḍī*, eines Richters, der das heilige Recht (*šar'*) anwendet, sind sie nicht würdig. Alle vier großen sunnitischen Rechtsschulen sind sich in diesem Punkt einig.<sup>9</sup> Sie stützen ihre Auffassung

<sup>6</sup> MEZ, Renaissance (Fn. 2), p. 127 s.; zur juristischen Literatur siehe weiter unten.

<sup>7</sup> Siehe Fn. 1. Zu den Foltermethoden siehe insbesondere Bd. VII, pp. 14, 23, 31, 39 und die Zusammenstellung p. 29 s. zur Darstellung der Folterung der Eliten im abbasidischen Reich.

<sup>8</sup> MEZ, Renaissance (Fn. 2), p. 128.

<sup>9</sup> Der Terminus sunnitisch bezieht sich darauf, daß diese Rechtsschulen spätestens seit dem 9. Jahrhundert die religiöse und – partiell – die politische Praxis des Propheten, seine *sunna*, als eine der 3 Rechtsquellen anerkennen, die sicheres Wissen verbürgen und aus denen man daher juristische und ethische Normen ableiten darf. Die wichtigsten vier dieser Schulen sind: Erstens, die aus dem Irak stammende hanafitische Schule, deren Eponym, Abū Hanīfa, 767 stirbt und die vom Ende des 8. und bis zum Ende des 9. Jahrhunderts die Zentralverwaltung der Justiz in Bagdad kontrolliert. Diese Schule wird zwischen dem 9. und dem 13. Jahrhundert in Iran, Zentralasien und dem indischen Subkontinent zur dominierenden Schule. Unter den Osmanen repräsentiert sie vom 13./14. Jahrhundert an in Anatolien, im 14. und 15. Jahrhundert auf dem Balkan und vom 16. Jahrhundert in der arabischen Welt das Recht des sunnitischen Islam.

selbst Kalif für einen knappen Tag im Dezember 909 und am Ende dieses Monats von der Leibgarde seines Rivalen ermordet,<sup>3</sup> beschreibt zu Beginn des 10. Jahrhunderts die Steuereintreibung des Wesirs Ibn Bulbul mit den Versen (ich zitiere die Übersetzung von Adam Mez):

„Wie manchen, wie manchen edlen, ehrwürdigen, ritterlichen Mann sah man, wie er durch die Schergen in die Gefängnisse und ins Steueramt geschleift wurde.

Wie man ihn in die Hölle der Mittagssonne stellte, bis sein Kopf wie ein brodelnder Topf wurde.

Um die Hand legten sie hänfene Stricke, die die Gelenke durchschneiden. Und hingen ihn an Wandhaken auf wie eine Kühlkanne.

Und schlugen ihm auf den Kopf wie auf eine Trommel, tückisch, mit dem Auge eines Schadenfrohen und eines Freundes.

Wenn er um Hilfe rief gegen die Sonnenglut, dann antwortete ihm ein Steuereintreiber mit Tritten, und ein Kerkerwärter goß Öl auf ihn, (so daß er aus einem großen Eufratfisch ein Bratfisch wurde).<sup>4</sup>

Doch als ihm die Pein zu lange ward, und er dem Verlangen der anderen nicht mehr entinnen konnte,

Sprach er: Verstattet mir, daß ich die Kaufleute um ein Darlehen bitte, wo nicht, daß ich ein Stück Land verkaufe.

Und gebt mir fünf Tage Frist, so umkettet ihr mich mit Gefälligkeit.

Aber sie bedrängten ihn und gaben ihm nur vier, und vom Reden war da weiter nichts zu hoffen.

Da kamen zu ihm die frevlerischen Helfer und liehen ihm Geld, eins für 10,

Schrieben einen Kaufbrief über den Verkauf und ließen ihn den Verkaufseid schwören.

Dann bezahlte er, was er schuldig war, ging fort und begehrte nicht, sich in der Nähe zu erlustieren.

Und die Schergen kamen zu ihm und bettelten ihn an, als ob sie ihn im Bade massiert hätten.

Und wenn er sich weigerte, nahmen sie ihm seine Kopfbinde ab und zerkratzten ihm Nacken und Schädel.“<sup>5</sup>

Foltermethoden wie das Hochziehen an einer Hand, das Eintreiben spitzer Schilfrohre unter die Nägel, Keulenschläge auf den Kopf, das

Rechtsschule. Vgl. auch ADAM MEZ, *Die Renaissance des Islams*, Heidelberg: Carl Winter 1992, p. 126.

<sup>3</sup> CARL BROCKELMANN, *Geschichte der Arabischen Literatur*, 2. Aufl. Leiden: Brill 1943, p. 80 s.

<sup>4</sup> Der in Klammern gesetzte Vers ist eine freie Paraphrasierung der von A. MEZ, *Renaissance* (Fn. 2), p. 127 gemachten Angaben. Er übersetzt „so daß er aus einer Bizzah ein <: wurde“ und erklärt in einer Fußnote: „Bizz als großer Eufratfisch <: Das andere Wort bedeutet jedenfalls den in Öl eingemachten Fisch“ (p. 127, Anm. 2).

<sup>5</sup> MEZ, *Renaissance* (Fn. 2), p. 126 s.

auf ein Konzept von Gerechtigkeit, das weitgehend durch das Verfahrens- und Beweisrecht bestimmt ist. Die Gerechtigkeit wird durch das Verfahren hergestellt und aufrecht erhalten. Das wichtigste Beweismittel des Verfahrens ist das Wort der Parteien und Zeugen. Als Geständnis, Zeugenaussage, Eid und Eidverweigerung wird es zur legitimierenden Grundlage des Richterspruchs. Indizien- und Sachbe-weise treten dagegen vor dem 13. Jahrhundert deutlich hinter das Wort der Parteien und Zeugen zurück. Der Wahrheitsanspruch des Worts kann aber nur ernst genommen werden, wenn der Sprecher seine Aussagen freiwillig und nicht unter Gewalt und Nötigung macht. Die Folter als Untersuchungsmethode gilt daher als Zerstörung des wichtigsten Beweismittels, des glaubwürdigen Worts, und macht das Urteil, das auf einem erfolgten Geständnis beruht, nichtig.<sup>10</sup> Die folgenden Ausführungen stellen diese Doktrin anhand der wichtigsten Quellen der sunnitischen Rechtsschulen vor. Zugleich zeigen sie, daß die klassische Doktrin des islamischen Rechts sunnitischer Prägung Normen und Verfahrensvorstellungen enthält, die von den einflußreichen Juristen, die im 13. und 14. Jahrhundert die Versachlichung und Rationalisierung des Beweis- und Verfahrensrechts betreiben, reinterpretiert und zur Legitimierung der Folter als gerichtlicher Untersuchungsmethode herangezogen werden können.

Im 9. Jahrhundert lehrt der in Ägypten wirkende Ibn al-Qāsim (st. 806), Schüler des Medinensers Mālik b. Anas (st. 179/795), des

Zweitens, die auf Mālik b. Anas (st. 795 in Medina) zurückgehende malikitische Rechtsschule, die vom 9. Jahrhundert an den sunnitischen Islam in Andalus, im Maghrib, in Ägypten und später in Afrika südlich der Sahara und in Teilen der arabischen Halbinsel repräsentiert.

Drittens, die schafitische Rechtsschule, begründet von Muḥammad b. Idrīs aš-Šāfi‘ī (st. 820 in Ägypten). Sie ist seit dem 9. Jahrhundert stark vertreten in Ägypten und Syrien. Sie konkurriert vom 9. Jahrhundert an mit den Hanafiten um die Kontrolle der Justiz in Iran und Khorasan. Nach dem Sturz des Kalifats (1258) durch die Mongolen breitet sie sich über den Jemen, Ostafrika, die indischen Küstenregionen nach Indonesien aus.

Viertens, die Hanbaliten, die sich auf den Bagdader Gelehrten Aḥmad b. Hanbal (st. 855 in Bagdad) zurückführen und die bis ins 13. Jahrhundert in Bagdad, danach in Syrien, das Zentrum ihres Einflusses auf Recht und Justiz des Mamluckenreichs haben. Im 18. Jahrhundert dehnen sie ihren Einfluß auf die arabische Halbinsel aus, und heute stellt ihre Doktrin die offiziell anerkannte Rechtslehre in Saudi Arabien dar.

<sup>10</sup> BABER JOHANSEN, *Vérité et torture. Ius commune et droit musulman entre le Xe et le XIIIe siècle*, in: *De la violence*, hg. von FRANÇOISE HÉRITIER, Paris: Odile Jacob 1996, pp. 123–168; IDEM, *La découverte des choses qui parlent. La torture judiciaire en droit musulman (XIII–XIVe siècles)*, in: *Enquête* 7 (1999), pp. 173–200.

Eponyms der malikitischen Rechtsschule, daß in einem Prozeß um vorsätzliche Tötung ein erfolgtes Geständnis selbst dann nicht gültig sei, wenn der Gefolterte gestehe und den Leichnam des Getöteten herausgebe. Der in Qairawan wirkende Gelehrte Saḥnūn b. Saʿīd (st. 240/856) fragt ihn: „Bist du der Meinung, daß nach Mālik über jemand, der gesteht, ein Verbrechen begangen zu haben, das mit einer vom Gesetz festgelegten Strafe an Leib und Leben (*ḥadd*) bedroht ist, diese festgelegte Strafe (auch dann) verhängt wird, wenn er zuvor bedroht oder in Eisen geschlossen oder bedrängt oder geschlagen oder inhaftiert wurde?“ Ibn al-Qāsim antwortet: „Mālik b. Anas lehrte: Wer gesteht, nachdem er bedroht wurde, wird freigesprochen (*uqīla*). Ich halte dafür, daß bedrängen, in Eisen schlagen, drohen und inhaftieren und prügeln alles Formen der (unzulässigen) Bedrohung darstellen. Deshalb bin ich der Meinung, daß er freigelassen werden muß.“ Saḥnūn vergewissert sich: „Gelten denn für Mālik Bedrohung und Bedrängung wie Gefängnis und Prügel?“ und Ibn Qāsim antwortet: „Ich habe dir doch schon berichtet, was er über (die Rechtsfolgen der) Bedrohung sagte. Was du jetzt fragst, ist m. E. das gleiche.“ Saḥnūn setzt seine Erkundung mit der Frage fort: „Was ist Deine Meinung (im folgenden Fall): Er gesteht, nachdem er in Eisen geschlagen und geprügelt wurde und hält dann (nach der Folterung) an seinem Geständnis fest. Soll man dann nach der Lehre des Mālik die vom Gesetz vorgeschriebene Strafe an Leib und Leben an dieser Person vollstrecken?“ Ibn al-Qāsim antwortet: „Zu dieser Frage habe ich von Mālik nicht mehr gehört, als ich Dir schon berichtet habe, nämlich, daß er sagt: Er wird freigelassen. Persönlich halte ich dafür, daß man den Teil seines Geständnisses, den er abgelegt hat, nachdem er in Sicherheit vor körperlicher Abstrafung (*uqūba*) war, zur Kenntnis nehmen sollte. Ich bin also der Meinung, daß man an ihm die festgesetzte Strafe an Leib und Leben vollziehen sollte. Auch wenn er (zusätzlich zu dem zweiten Geständnis) eine Tatsache berichtet, die den Aspekt der Glaubwürdigkeit seines Geständnisses bestätigt und spezifiziert (soll man die gesetzlich festgelegte Strafe über ihn verhängen). Wenn keine dieser beiden Bedingungen gegeben ist, bin ich aber der Meinung, daß für sein erstes (das erfolgtes) Geständnis keine Amputationsstrafe an ihm vollzogen werden sollte. Dieses Geständnis hat keinerlei bindende Wirkung (*qad inqataʿa*). Das (zweite) Geständnis aber ist wie ein neu erbrachtes Geständnis, ja es ist ein neu erbrachtes Geständnis.“ Saḥnūn ist mit dieser Antwort nicht zufrieden. Er setzt nach: „Nach der Lehre des Mālik (nicht nach deiner) läßt man ihn frei, wenn das

erste Geständnis nur aus Angst erfolgt ist und er es nicht widerruft?“ Ibn al-Qāsim antwortet: „Dazu habe ich von Mālik nichts gehört. Ich bin der Meinung, daß man ihn nicht festhalten darf, bis die Sache geklärt ist und kein Verdacht mehr gegen ihn besteht.“ Saḥnūn will wissen: „Wenn er geschlagen und bedroht wird und gesteht und den Leichnam des Getöteten oder das Diebesgut herausrückt, vollstreckt man dann an ihm die vom Gesetz vorgeschriebene Körperstrafe für das, was er gestanden hat, oder nicht? Er hat doch die Sachen herausgegeben.“ Ibn al-Qāsim antwortet: „Ich würde die Körperstrafe an ihm nicht vollstrecken, es sei denn, er legte in Sicherheit und ohne jede Furcht ein (neues) Geständnis ab.“<sup>11</sup> Für die Malikiten des 9. Jahrhunderts steht als Grundregel also fest, daß das erfolgte oder unter Drohungen erzwungene Geständnis selbst dann nicht wirksam ist, wenn es durch die Beibringung des *corpus delicti* unterstützt wird. Es muß durch ein zweites Geständnis aufrechterhalten werden, das der Verdächtige unter Bedingungen ablegt, die seine körperliche Sicherheit und seine Entscheidungsfähigkeit garantieren. Es liegt nahe, diese Grundregel auf den Gegensatz zwischen Polizei- und Militärbehörden einerseits, das vom *Qādī* geleitete Gerichtsverfahren andererseits zu beziehen. Der *Qādī* darf das vom Polizeichef erfolgte Geständnis nicht nutzen, solange der Angeklagte nicht vor ihm freiwillig ein neues Geständnis ablegt.

Die Rechtsmeinung des ebenfalls im 9. Jahrhundert in Ägypten wirkenden Muḥammad b. Idrīs aš-Šāfi‘ī (st. 820), des Begründers der schafitischen Rechtsschule, hat uns sein Schüler Rabī (st. 270/884) in dem aus vielen Einzelschriften Šāfi‘īs zusammengestellten Werk *al-Umm* überliefert. Šāfi‘ī lehrt, daß die Nötigung eines Beklagten durch eine Person, die die Macht besitze, jenem grausame Schmerzen zu bereiten und seine Zerstörung zu bewirken, alle Aussagen des so Bedrohten rechtsunwirksam mache. Wie Ibn al-Qāsim besteht auch aš-Šāfi‘ī darauf, daß eine vom Gesetz festgelegte Strafe an Leib oder Leben gegen einen Angeklagten, der unter der Folter ein Geständnis abgelegt hat, nur verhängt werden könne, wenn der Angeklagte sein Geständnis unter Bedingungen wiederhole, die seine körperliche und seelische Unversehrtheit sicherstellten. Šāfi‘ī verspricht die detailierte Ausführung dazu in einem „Buch über die Nötigung (*ikrāh*)“.

<sup>11</sup> *Al-Mudawwana al-kubrā*, li-Imām dār al-ḥiğra al-Imām Mālik b. Anas al-Aṣbaḥī riwāyat al-Imām ‘Abd ar-Raḥmān b. al-Qāsim al-‘Utaqī, Kairo: maṭba‘at as-sa‘āda 1323H., Bd. XVI, p. 93.

Ein solches Buch ist Bestandteil aller größeren Rechtskommentare. Rabī aber hat Šāfi'īs Abhandlung über die Nötigung nicht überliefert.<sup>12</sup> Wir müssen uns deshalb für die Doktrin der frühen Schafiten mit diesen summarischen Ausführungen zufriedengeben.

Für die älteste, numerisch größte und geographisch am weitesten verbreitete sunnitische Rechtsschule, die der Hanafiten, zitiere ich den bedeutenden transoxanischen Rechtsgelehrten des 11. Jahrhunderts, Saraḥsī, aus dessen 30-bändigem *Mabsūt*, einem der klassischen Referenzwerke dieser Schule. Saraḥsī kommentiert ein Werk aus dem 10. Jahrhundert, den *Kāfi*, das von einem *Qādī* Bucharas, al-Marwazī al-Ḥākim, als zusammenfassende Interpretation der Lehre der irakischen Hanafiten des 8. Jahrhunderts verfaßt wurde. Der Autor der Werke, in denen die Summe der irakischen Schuldoktrinen (*zāhir ar-riwāya*) der Hanafiten des 8. Jahrhunderts festgehalten wurden, ist der *Qādī* und Jurist Šaibānī (st. 803 oder 805), einer der Begründer der hanafitischen Schule.<sup>13</sup> In dieser von Šaibānī ausgehenden und im 10. Jahrhundert in Buchara aufgenommenen Traditionslinie spielt die Auseinandersetzung mit den Formen staatlicher und richterlicher Nötigung (*ikrāh*) eine größere Rolle als in den aus dem 9. Jahrhundert stammenden Bagdader Handbüchern zur Deontologie und den Verfahren der *Qādī*-s.<sup>14</sup> Diese Bagdader Handbücher werden ihrerseits im 12. Jahrhundert in Buchara von den Juristen, die als Oberhäupter (*ru'asā'*) der Stadt dienen, kommentiert.<sup>15</sup> Saraḥsī

<sup>12</sup> MUḤAMMAD B. IDRĪS AŠ-ŠĀFI'Ī, *Al-Umm*, hg. von MUḤAMMAD ZUHRI AN-NAĞĠĀR, Beirut: Dār al-ma'rifa o. J., Bd. III, p. 236.

<sup>13</sup> Zu einer kurzen biographischen Information siehe E. CHAUMONT s. v. „Al-Shaybānī“ in: *The Encyclopaedia of Islam*, New Edition, Leiden: Brill 1997, Bd. IX, pp. 392–394 (im weiteren zitiert als *EI2*). Zu der in diesem Artikel gegebenen Einschätzung der Authentizität der Werke Šaibānīs, die weitgehend auf den Annahmen Norman Calders beruht, vergleiche zur Korrektur die sorgfältige Arbeit von JOSEPH SCHACHT, *Das Kitāb al-maḥariġ fil-ḥiyal des Muḥammad ibn al-Ḥasan aš-Šaibānī*, (Beiträge zur semitischen Philologie und Linguistik 8), in zwei Rezensionen hg. von JOSEPH SCHACHT, Leipzig: Hinrich'sche Buchhandlung 1930. Zur besonderen Bedeutung der „Nötigungs“-Diskussion in der hanafitischen Schule siehe 'ABD AR-RAZZĀQ AS-SANHŪRĪ, *Maṣādir al-ḥaqq fi l-fiqh al-islāmī*, 2 Bände in 6 Teilen, Beirut: Dār ihyā' at-turāt al-'arabī 1953–1954, Teil 2, p. 186 s.

<sup>14</sup> ABŪ BAKR AḤMAD B. 'AMR B. NUHAIR AL-ḤAṢṢĀF, *Adab al-qādī*, hg. von ABU L-WAFĀ' AL-AFGĀNĪ und ABŪ BAKR MUḤAMMAD AL-HĀSIMĪ, Beirut: Dār al-kutub al-'ilmīya 1414H./1994. Der Autor, ein Vertrauter des Kalifen, stirbt 874, siehe BROCKELMANN, Geschichte (Fn. 3), Bd. I, p. 173 und Supplementband I, p. 292.

<sup>15</sup> Das unter Fn. 14 angegebene Werk enthält den Text des Ḥaṣṣāf und den Kommentar des 'Umar b. 'Abd al-'Azīz b. Māza (1090–1141), Jurist und Stadtoberhaupt (*ra'īs*) Bucharas, dessen Familie über mehr als ein Jahrhundert die Stadt im

steht in der hanafitischen Traditionslehre, die politische und richterliche Nötigung als Problem des Rechts begreift. Die Tatsache, daß er einen Teil seines Lebens als Häftling verbracht hat,<sup>16</sup> hat sicherlich zu seiner Sensibilisierung in dieser Frage beigetragen. Er faßt die Lehre der Hanafiten einmal in seinen Ausführungen zum Diebstahl, ein andermal in seinem Buch über die Nötigung zusammen. Zum gefolterten Dieb führt er aus:

„Wenn er unter der Folter (*inda'l-‘aḏāb*) oder unter Schlägen oder bei der Drohung mit Kerkerhaft einen Diebstahl gesteht, so ist sein Geständnis nichtig. Das ist so wegen der Überlieferung vom Sohn des (zweiten Kalifen nach dem Propheten) ‘Umar. Er überliefert ja den folgenden Spruch (seines Vaters): Kein Mensch ist ein Treuhänder (*amīn*) seiner selbst, wenn er Hunger, Furcht und Fesselung ausgesetzt ist. Der (bekannte Kufenser *Qāḏī* des 7. Jahrhunderts) Šuraiḥ lehrte: Fesselung ist Nötigung, das Gefängnis ist Nötigung, Drohung und Schläge sind Nötigung. Das ist so, weil das Geständnis nur deswegen als Argument zählt, weil man davon ausgeht, daß in ihm die Aufrichtigkeit der Aussage überwiegt. Wenn er aber kein Geständnis ablegt, bis er mit einer dieser Zwangsmaßnahmen bedroht wird, so ist klar, daß er in seinem Geständnis lügt.“<sup>17</sup>

Soweit die klassische hanafitische Tradition. Aber gleich im Anschluß daran berichtet Saraḥsī von einer neuen Tradition, die sich unter den Hanafiten herausbilde: „Einige unserer moderneren Gelehrten geben Rechtsgutachten, die die Gültigkeit des vom genötigten Dieb abgelegten Geständnisses über einen Diebstahl anerkennen. Es sei ja eindeutig, daß in unserer Zeit die Diebe nicht mehr freiwillig gestünden.“<sup>18</sup> Im übrigen gebe es auch eine auf das frühe 9. Jahrhundert zurückgehende irakische Tradition der Hanafiten, die zugestehe, daß die Folter zwar despotisch und ungerecht sei, aber doch häufig dem

Auftrage der Seldschuken und später der Qara-Ḥiṭāy regiert. Siehe dazu OMELJAN PRTISAK, *Āl-i Burhān*, in: *Der Islam* 30 (1952), pp. 81–96 und W. BARTHOLD, *Turkestan Down to the Mongol Invasion*, 2nd ed. London: Luzac 1958, pp. 326, 353–355.

<sup>16</sup> Zu Saraḥsī siehe W. HEFFENING s. v. „Saraḥsī“ in der ersten Ausgabe der *Enzyklopädie des Islams*, Leipzig und Leiden: Harrassowitz und Brill 1936 und HUSAIN KASSIM, *Sarakhṣī The Doctrine of Juristic Preference in Islamic Jurisprudence and the Concepts of Treaties and Mutual Relations*, San Francisco: Austin and Winfield 1994, zu den Lebensdaten siehe pp. 10 s. und 104–111.

<sup>17</sup> ABŪ BAKR MUḤAMMAD B. ABĪ SAHL AS-SARAḤSĪ, *Kitāb al-Mabsūt*, 3. Aufl. Beirut: Dār al-Ma‘rifa (photomechanischer Nachdruck der Kairiner Auflage von 1907), Bd. IX, p. 184 s. Wahrscheinlich ist *amīn* „Treuhänder“ hier eine Verlesung für *amīr*, das in der Formel *amīr nafsih*, „Herr seiner selbst“, in juristischen Texten häufig benutzt wird, um die Tatsache zu bezeichnen, daß jemand seine Handlung freiwillig vollzieht.

<sup>18</sup> SARAḤSĪ, *Mabsūt* (Fn. 17), Bd. IX, p. 185.

Recht zum Durchbruch verhelfen könne.<sup>19</sup> Die gleiche Konfrontation zwischen der ursprünglichen Schultradition, der neuen Doktrin der modernen Juristen und der irakischen Tradition des frühen 9. Jahrhunderts, die den Despotismus der Folter häufig durch ihre Ergebnisse gerechtfertigt sieht, stellt Saraḥsī auch in seinem *Buch über die Nötigung* vor. Hier aber geht er ausführlicher auf die Gründe ein, die im Rahmen der alten hanafitischen Tradition das Folterverbot zwingend erscheinen lassen. Ich zitiere:

„Wenn ein *Qādī* einem Mann droht, ihn der Bastonade zu unterziehen oder ihn einzukerkern oder in Eisen zu legen und ihn dadurch dazu bringt, ein Geständnis abzulegen, das ihn entweder einer vom Gesetz festgelegten Strafe an Leib oder Leben oder der *talio* unterwirft, so ist das Geständnis nichtig. Es schwankt ja jedes Geständnis zwischen Aufrichtigkeit und Lüge. Ein anzuerkennendes Beweismittel (*ḥuġġā*) ist es daher nur, wenn man der Meinung ist, daß die Aufrichtigkeit (*sidq*) der Aussage die Wahrscheinlichkeit der Lüge überwiegt. Ein solches Überwiegen des aufrichtigen Aspekts der Aussage ist aber ausgeschlossen durch die Bedrohung mit Schlägen und Haft. Der Kalif ‘Umar hat ja gesagt: Kein Mensch ist Herr (*amīr*) seiner selbst, wenn er geschlagen oder gefesselt wird. Von keinem unserer frühen Juristen wird ja überliefert, er hätte je gelehrt, daß das Geständnis, das unter der Drohung von Schlägen und Haft oder ähnlichem abgelegt wird, gültig sei.“<sup>20</sup>

Die einzige Ausnahme sei die in der irakischen Tradition überlieferte Meinung des 820 gestorbenen Ḥasan b. Ziyād,<sup>21</sup> der den rechtswidrigen Charakter der Folter ihren gerechten Ergebnissen gegenübergestellt und damit die Geltung der alten hanafitischen Tradition relativiert hatte.<sup>22</sup>

Wie die Malikiten und die Schafīiten sind auch die Hanafiten der Meinung, daß das Geständnis, das dem Beklagten abgenötigt wird, nichtig ist, daß aber das Geständnis in der gleichen Sache, wenn es vom Angeklagten unter Bedingungen abgelegt werde, unter denen er vor Folter und Nötigung sicher ist, in vollem Umfange gilt. Saraḥsī beschreibt die Bedingungen eines freiwilligen Geständnisses in den folgenden Worten:

„Wenn man ihn genötigt hat, ein Geständnis abzulegen und ihn dann seines Weges gehen läßt, um ihn anschließend wieder zu ergreifen und

<sup>19</sup> SARAḤSĪ, *Mabsūt* (Fn. 17), Bd. IX, p. 185.

<sup>20</sup> SARAḤSĪ, *Mabsūt* (Fn. 17), Bd. XXIV, p. 70; vgl. auch Bd. XXIV, p. 155 s. und XXIV, p. 83.

<sup>21</sup> TASKÖRPRÜZADEH, *Ṭabaqāt al-Fuqahā'*, Mosul 1380–1961, p. 18 s.

<sup>22</sup> SARAḤSĪ, *Mabsūt* (Fn. 17), Bd. XXIV, p. 70.

ihn (vor Gericht) zu bringen (*ġī'a bih*), und er in der Sache, in der er genötigt worden war, jetzt ohne Nötigung und ganz unabhängig ein Geständnis ablegt, so wird das in vollem Umfang gegen ihn geltend gemacht. Sein erstes Geständnis war ja nichtig (*bātilan*). Als man ihn dann freisetzt, endete die Rechtswirkung jener Ergreifung und jener Drohungen. Das alles wird jetzt betrachtet, als hätte es nie existiert (*fa-sāra ka'an lam yūḡad aslan*) bis zu dem Moment, wo er ergriffen wurde und ein Geständnis ohne Zwang ablegte.<sup>23</sup>

Saraḥsī besteht aber darauf, daß die Freisetzung eine räumliche Trennung zwischen dem Genötigten und der nötigenden Instanz beinhalten muß, die den Angeklagten den Zwangsmitteln der Justiz tatsächlich entzieht.

„Wenn man ihn aber nicht freiläßt, sondern ihn weiterhin in Gewahrsam hält, nachdem er sein (erzwungenes) Geständnis abgelegt hat, und ihm sagt: „Ich werde dir das Geständnis, das du abgelegt hast, nicht vorhalten, ich werde dich nicht schlagen und nicht inhaftieren und dich keinerlei Unannehmlichkeiten aussetzen. Wenn du willst, so gesteh und wenn du willst, so gesteh nicht. Wenn man ihm das sagt, während er sich nach wie vor im Gewahrsam des *Qāḍī* befindet, so ist das Geständnis (das er unter diesen Bedingungen ablegt) nicht zulässig (*lam yaḡuz*). Die Tatsache, daß er sich im Gewahrsam des *Qāḍī* befindet, ist eine Inhaftierung (des Angeklagten) durch diesen. Und der *Qāḍī* hat ihn ja mit der Haft bedroht und solange er ihn auch weiterhin in Haft hält, bleibt die (faktische) Wirkung dieser Drohung bestehen. Wenn der Richter sagt, ich werde dich nicht inhaftieren, so ist das nur eine Art Betrug und Täuschung (*gurūr wa-ḥidā'*) von seiten des *Qāḍī*. Die tatsächliche Wirkung dieser Nötigung wird durch solches Reden nicht aufgehoben. Es ist ja offensichtlich, daß er nur wegen seines vorhergehenden, erzwungenen Geständnisses (erneut) gesteht und weil er weiß, daß ihm sein Leugnen nichts nutzen wird und daß er um so heftigerem Druck ausgesetzt werden wird, je mehr er widersprüchliche Aussagen macht. Und das ist eine Situation, die sich deutlich von der ersten (der tatsächlichen Freilassung) unterscheidet.“<sup>24</sup>

Die Bedingung dafür, daß er in der gleichen Sache ein neues und gültiges Geständnis ablegen könne, sei, daß er tatsächlich dem Blick und dem Zugriff des *Qāḍī* entzogen sei, weil sonst der Gewahrsam ja *de facto* andauere. Die detaillierten Ausführungen Saraḥsīs in dieser Frage mögen darauf zurückzuführen sein, daß er selbst Hafterfahrung hatte. Der Realismus, mit dem er Gewahrsam und Wirkung des Gewahrsams definiert, ist in jedem Fall hilfreich zum Verständnis

<sup>23</sup> SARAḤSĪ, Mabsūt (Fn. 17), Bd. XXIV, p. 70.

<sup>24</sup> SARAḤSĪ, Mabsūt (Fn. 17), Bd. XXIV, p. 70 s.

einer Position, die von allen sunnitischen Rechtsschulen geteilt wird. Saraḥsī macht aber keinen Hehl daraus, daß diese Regeln nicht in gleicher Weise für alle gelten und daß Prozesse gegen verdächtige Personen auch in der hanafitischen Doktrin des 11. Jahrhunderts eigenen Normen unterliegen. „Wenn“, so führt Saraḥsī aus,

„ein *Qādī* eine Strafe an Leib oder Leben an einem Angeklagten vollstreckt, den er geschlagen und inhaftiert hat, damit der durch diese Nötigung veranlaßt werde, einen Diebstahl, einen Akt illegitimen Geschlechtsverkehrs, den Genuß von Wein oder eine Tötung zu gestehen und der dieses Geständnis dann tatsächlich abgelegt hat (so muß man unterscheiden zwischen zwei Möglichkeiten): Wenn der Mann dafür bekannt ist, Taten wie die, die er gestanden hat, zu begehen, nur daß es keinerlei Zeugen gegen ihn gab, so muß – nach den Regeln des Analogieschlusses – an der Person, die ihn genötigt hat, die *talio* vorgenommen werden, soweit das nach den Regeln der *talio* möglich ist. Für Strafen, für die eine *talio* nicht möglich ist, haftet die nötigende Person mit ihrem Vermögen. Das Geständnis war ja nichtig. Und ein nichtiges Geständnis ist, als ob es nicht existierte (*wa'l-iqrār al-bātil wuḡūduhu ka'admīhi*). Die nötigende Person hat also ohne jede Rechtsgrundlage ein Verbrechen (*ḡināya*) begangen. Sie unterliegt deswegen der *talio*, soweit diese möglich ist. Aber nach den Regeln einer Billigkeitslösung (die die Anwendung des Analogieschlusses aufheben) obliegt (dem *Qādī*) nur die finanzielle Haftung aus seinem Privatvermögen für den ganzen durch sein Urteil angerichteten Schaden. Man läßt die *talio* entfallen, weil der Angeklagte den Ruf hatte, solche Taten wie die, die er gestanden hat, zu begehen. Also wird jeder, der von seinem Geständnis hört, in seinem Inneren davon überzeugt sein, daß er diesbezüglich ein aufrichtiges Geständnis abgelegt hat.“<sup>25</sup>

Diese aus dem schlechten Ruf des Angeklagten herrührende Überzeugung der Dritten, daß der Angeklagte tatsächlich ein zutreffendes Geständnis abgelegt habe, begründet einen Zweifel (*ṣubḥa*) zugunsten des *Qādī*, und ein solcher Zweifel schließe die Verhängung einer Körperstrafe aus.<sup>26</sup> Ein anderer Zweifel, den der *Qādī* in einem solchen Falle für sich geltend machen könne, sei die (weiter unten vorgestellte)

<sup>25</sup> SARAḤSĪ, Mabsūt (Fn. 17), Bd. XXIV, p. 71, vgl. Bd. XXIV, p. 103.

<sup>26</sup> Zur verfahrensrechtlichen Norm, daß jeder Zweifel, der zugunsten des Angeklagten geltend gemacht werden könne, die Verhängung einer Todes- oder Körperstrafe gegen ihn ausschließe, siehe BABER JOHANSEN, Eigentum, Familie und Obrigkeit im hanafitischen Strafrecht, in: *Die Welt des Islams* 19 (1979), pp. 1–73 und IDEM, Zum Prozeßrecht der 'uqūbāt, in: *Zeitschrift der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft*, Supplement III, 1 (1977), XIX. Deutscher Orientalistentag, pp. 477–486. Beide jetzt abgedruckt in IDEM, *Contingency in a Sacred Law. Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh*, Leiden: Brill 1999, pp. 349–420 und 421–433.

Lehre der Malikiten, daß man gegen verdächtige Täter zu Recht Schläge und Kerker einsetzen könne, um sie zum Geständnis zu zwingen, da Leute, die daran gewöhnt seien, schwere Sünden zu begehen, nicht freiwillig Geständnisse ablegten.<sup>27</sup> Solche Zweifel bewahren den *Qādī*, der schlecht beleumundete Täter zum Geständnis nötigt und die Strafe an ihnen vollziehen läßt, vor der *talio*. Aber, so fährt Saraḥsī fort: die finanzielle Entschädigung für den angerichteten Schaden muß er zahlen, „da durch das nichtige Geständnis die Unverletzlichkeit der Person und der Gliedmaßen des Angeklagten nicht aufgehoben ist. Also haftet der *Qādī* in Würdigung der Unverletzlichkeit der Person und der Gliedmaßen (des Angeklagten).“<sup>28</sup>

Ist der Angeklagte aber unbescholten, so unterliegt der *Qādī*, der ihn auf Grund eines erfolgten Geständnisses der Körperstrafe aussetzt, der *talio*.<sup>29</sup> Wieder begründet Saraḥsī diese Norm mit der Überzeugung der an dem Verfahren nicht beteiligten Dritten, daß der Täter unschuldig sei und vom *Qādī* durch Zwang zu einer ihn selbst belastenden Falschaussage genötigt und anschließend verstümmelt oder hingerichtet worden sei. Diese Überzeugung der Öffentlichkeit setzt den *Qādī* der *talio* aus. Die Überzeugung der öffentlichen Meinung kann in diesem Fall nicht als strausschließender Grund für den *Qādī* geltend gemacht werden.

Die vierte sunnitische Rechtsschule, die der Hanbaliten, zitiere ich nach dem letzten großen Vertreter ihrer klassischen Doktrin, dem Damaszener Gelehrten Muwaffaq ad-Dīn Ibn Qudāma, dessen vielbändiges Hauptwerk, der *Muḡnī*, aus dem Beginn des 13. Jahrhunderts stammt, d. h. aus dem letzten Jahrhundert, in dem die hier vorgestellte klassische Doktrin des islamischen Rechts zur Folter repräsentativ für das juristische Denken des sunnitischen Islam steht. Ibn Qudāma betont, wie die von mir zitierten Vertreter der anderen Rechtsschulen, daß das unter der Folter erbrachte Geständnis nichtig sei.<sup>30</sup> Er untersucht in größerem Detail, welche Foltermethoden als Nötigung zu gelten haben. Er benennt Prügel, Würgen, das Zusammenpressen der Gliedmassen, Kerker und das Eintauchen in Wasser und schließt rein verbale Drohungen weitgehend aus. Drohun-

<sup>27</sup> SARAḤSĪ, Mabsūt (Fn. 17), Bd. XXIV, p. 71.

<sup>28</sup> SARAḤSĪ, Mabsūt (Fn. 17), Bd. XXIV, p. 71.

<sup>29</sup> SARAḤSĪ, Mabsūt (Fn. 17), Bd. XXIV, p. 71 s.

<sup>30</sup> MUWAFFAQ AD-DĪN IBN QUDĀMA, *Al-Muḡnī*, Beirut: Dār al-kutub al-ilmīya o. J., Bd. V, p. 273; Bd. X, p. 172.

gen gelten als Nötigung nur, wenn sie mit einer der benannten Foltermaßnahmen kombiniert sind oder wenn sie so effizient sind, daß der Betroffene seinen Tod oder eine sehr heftige Bastonade befürchten muß.<sup>31</sup> Auch die Hanbaliten berücksichtigen Ruf und Stand der Angeklagten, um festzuhalten, was Nötigung ist: Die einfache Beschimpfung und Erniedrigung des Angeklagten und auch kleinere Geldstrafen sind keine Nötigung, wenn sie, wie Ibn Qudāma ausführt,

„in bezug auf jemanden vorgenommen werden, der dem keine große Bedeutung beimißt, wenn er aber zu den angesehenen Leuten von Stand gehört (*min dhawil-muru'āt*), so daß solche Maßnahmen eine Verletzung seiner Person (*ihrāqan li-sāhibih*), eine Erniedrigung (*gaḍḍan lahu*) und eine Entehrung für ihn darstellen, so gelten sie in gleichem Maße als Nötigung in seinem Falle wie im Falle anderer eine harte und lang anhaltende Prügelstrafe“.<sup>32</sup>

Alle vier sunnitischen Rechtsschulen teilen also Grundzüge einer Doktrin, die die richterliche Folter als Untersuchungsmethode verwirft und die aus ihr hervorgehenden Geständnisse für nichtig erklärt. Die Vertreter aller vier Rechtsschulen beharren darauf, daß ein durch Foltermethoden abgenötigtes Geständnis nichtig sei und nur ein ganz neues, freiwillig abgelegtes Geständnis einen rechtlichen Beweis in einem Justizverfahren darstellen könne. Diese so festgehaltene Unterscheidung zwischen nichtigem Zwangsverfahren und gültigem Rechtsverfahren scheint auf die Differenz zwischen Untersuchungsverfahren und Prozeß bezogen zu sein. Vor dem 11. Jahrhundert sind die Texte nicht eindeutig in dieser Weise zu interpretieren. Im 11. Jahrhundert bezieht dann der Bagdader Schafiit al-Māwardī (972–1058), der führende Jurist am Hofe des Kalifen, in seinem Werk über *Die Rechtsregeln der öffentlichen Gewalt* diese Unterscheidung eindeutig auf die Untersuchungsverfahren von Militärs und Polizeichefs einerseits, *Qāḍi*-s andererseits und versieht sie zugleich mit einer neuen Qualifikation.<sup>33</sup> Die ersten, so stellt er fest, hätten durchaus das Recht, sich der Berichte von Polizisten über den Ruf und die gegen den Angeklagten bestehenden Verdachtsmomente zu bedienen, Indizien zu

<sup>31</sup> IBN QUDĀMA, Muḡnī (Fn. 30), Bd. VIII, p. 260 s.

<sup>32</sup> IBN QUDĀMA, Muḡnī (Fn. 30), Bd. VIII, p. 260 s.

<sup>33</sup> 'ALĪ B. M. B. HABĪB AL-MĀWARDĪ, AL-AHKĀM AS-SULTĀNĪYA, Mawardi, *Les Statuts Gouvernementaux ou Règles de Droit Public et Administratif*, frz. Übersetzung durch E. FAGNAN, Algier: Adolphe Jourdan 1915, pp. 172–174, 470–474.

benutzen, die Angeklagten einzusperren, sie durch Stockschläge und Todesdrohungen gefügig zu machen, sie zu vereidigen und sich auf Aussagen von Personen zu stützen, deren Ruf es dem *Qādī* nicht erlaube, sie als Zeugen zuzulassen. Der *Qādī* aber, der eine an das heilige Gesetz gebundene Justiz repräsentiere, sei nicht befugt, auch nur eines dieser Mittel einzusetzen. Die erfolgten Geständnisse müßten daher freiwillig wiederholt werden, um gültig zu sein.<sup>34</sup> Nach Abschluß der Untersuchungsverfahren seien zwar Militärs und *Qādī*-s gleichermaßen befugt, Recht zu sprechen, aber sie müßten ihrerseits verlangen, daß die Beweise, d. h. Geständnis oder Zeugenaussage, vor ihnen wiederholt würden.<sup>35</sup> Diese von *Māwardī* vorgenommene Aufteilung in polizeiliche Untersuchungs- und richterliche Justizverfahren scheint zwar schon in der ursprünglichen Trennung angelegt zu sein, die alle Rechtsschulen zwischen dem nichtigen und durch Foltermethoden abgenötigten Geständnis und der Rechtswirksamkeit des freiwillig wiederholten Geständnisses vornehmen, sie wird aber bei *Māwardī* zum erstenmal unterschiedlichen Verfahren verschiedener Instanzen zugeordnet. Diese Zuordnung wird in der weiteren Diskussion zur gemeinsamen Referenz der Juristen verschiedener Rechtsschulen.

### *Der Ruf und das Verfahrensrecht: die Folter der Verdächtigen*

Die Doktrin vom Folterverbot für die *Qādī*-Justiz wird bei den Hanafiten, den Malikiten und den Hanbaliten im Lichte der Reputation der Angeklagten differenziert: Wer der Taten verdächtig ist, die er gesteht, genießt einen geminderten Rechtsschutz. Der Ruf des Angeklagten wird also entscheidend für seinen Status in Justizverfahren. Die Vorstellung, die die öffentliche Meinung sich von ihm macht, hat entscheidenden Einfluß auf den Rechtsschutz, den er gegenüber dem *Qādī* genießt. Bei den Hanafiten zeichnet sich spätestens seit dem 11. Jahrhundert eine neue Doktrin ab, die die Folter legitimiert, weil andererseits die Effizienz der Justiz nicht gesichert sei. Diese Doktrin, kombiniert mit einer Gesellschaftsanschauung, die Frauen und Angehörige der unteren Schichten für prinzipiell verdächtig erklärt, findet sich schon im 9. Jahrhundert in der *Mudawwana* des in Qayrawan wir-

<sup>34</sup> 'ALĪ B. M. B. ḤABĪB AL-MĀWARDĪ, AL-AḤKĀM AS-SULTĀNĪYA, Mawerdi (Fn. 33), pp. 470–474.

<sup>35</sup> 'ALĪ B. M. B. ḤABĪB AL-MĀWARDĪ, AL-AḤKĀM AS-SULTĀNĪYA, Mawerdi (Fn. 33), pp. 470–474.

kenden malikitischen *Qādīs* Sahnūn b. Sa'īd. In demselben Buch über den Diebstahl, in dem er die Doktrin entwickelt, daß jedes erfolterte Geständnis nichtig sei, finden sich die folgenden Ausführungen zur richterlichen Behandlung verdächtiger Personen. Der Maghrebener Gelehrte Sahnūn b. Sa'īd fragt den in Ägypten wirkenden Schüler des Mālik b. Anas, Ibn al-Qāsim (st. 806):

„Was hältst du von dem folgenden Fall: Ein Mann klagt einen anderen an, von ihm gestohlen zu haben, hat aber keine Zeugen für seine Behauptung und sagt (zum *Qādī*): Laß den Beklagten (seine Leugnung des Diebstahls) beschwören. Hat (der *Qādī*) nach Mālik das Recht, ihn für den Kläger zu vereidigen? Ibn al-Qāsim antwortet: Wenn der Beklagte solcher Taten verdächtig ist und sie seinen Leumund charakterisieren (*mauṣūfan bihi*), so vereidigt ihn (der *Qādī*) und unterwirft ihn einem Verhör (*imtaḥan*) und bedroht ihn. Wenn er aber nicht im Ruf steht, solcher Taten verdächtig zu sein, so setzt man ihn keinerlei Unannehmlichkeiten aus und tut nichts dergleichen mit ihm. Ibn al-Qāsim (führt als analogen Fall das folgende an): Mālik hat gelehrt, daß die Frau, die – nur auf ihre eigene Aussage gestützt – behauptet, daß der So-und-so sie vergewaltigt und mit ihr geschlafen habe, der vom Gesetz vorgeschriebenen Körperstrafe für Verleumdung unterworfen wird, wenn sie die Anklage gegen einen Mann erhebt, der nicht für seinen frivolen Lebenswandel bekannt ist. Wenn er aber für seinen frivolen Lebenswandel bekannt ist, so untersucht man die Sache. (Um nun zu dem Fall mit der Diebstahlsanklage zurückzukommen und die Analogie aufrecht zu erhalten), so bin ich diesbezüglich der Meinung, daß, wenn er die Anklage gegen jemanden erhebt, der nicht bekannt dafür ist, Diebestaten zu begehen und der zu den tugendhaften Leuten gehört, die einen einwandfreien religiösen Lebenswandel führen (*wa-huwa mina l-faḍl wa l-dīn*), daß dann der Kläger mit einer schmerzhaften Disziplinarstrafe belegt wird. Man soll nicht zulassen, daß Leute ohne Verstand und Anstand (*ahl as-safah*) die tugendhaften Menschen von religiös einwandfreiem Lebenswandel (*ahl al-faḍl wa l-dīn*) beschimpfen.“<sup>36</sup>

Das Ansehen, das Kläger und Beklagter in der Öffentlichkeit genießen, entscheidet über das einzuschlagende Verfahren. Ist der Beklagte von zweifelhaftem Ruf, so leitet man ein Verfahren mit Verhör (*imtiḥān*), Vereidigung und Untersuchungshaft ein. Handelt es sich dagegen beim Beklagten um eine angesehene Persönlichkeit, so bestraft man den Kläger, der es wagt, Klage zu erheben, ohne Zeugen zu bringen. Diese Rechtsmeinung wird von dem in Ägypten wirkenden Ibn Qāsim durch eine Analogie zu einer Doktrin legitimiert, die vom Begründer

<sup>36</sup> SAHNŪN, Mudawwana (Fn. 11), Bd. XVI, p. 96 s.

der malikitischen Schule, Mālik b. Anas, in bezug auf Vergewaltigungsprozesse entwickelt wurde. Wer, ohne Zeugen für seine Behauptungen zu bringen, ein gut beleumdetes Mitglied der Gesellschaft wegen Diebstahls anklagt, gerät in die gleiche Position wie die Frau, die, ohne Zeugen für ihre Behauptung zu bringen, einen angesehenen Mann wegen Vergewaltigung verklagt. Wie diese wird jener bestraft.

Malikitische Juristen in Ägypten erheben schon im 9. Jahrhundert Einwände gegen die Doktrin des Ibn Qāsim, nach der der Kläger bestraft wird, wenn er seine Diebstahlsklage nicht durch Zeugenaussagen beweisen kann. Aber führende Juristen der malikitischen Rechtsschule im 9. und 10. Jahrhundert greifen diese Rechtsmeinung auf und entwickeln eine weitergehende Doktrin, die es erlaubt, den Angeklagten von schlechtem Ruf der Folter zu unterwerfen. Die historische Entwicklung dieser Doktrin hat im 11. Jahrhundert der einflußreiche, in Cordobà wirkende *Qādī* und Jurist al-Bāġī (st. 1081) in seinem Kommentar zum *Muwatta'* des Mālik b. Anas nachgezeichnet. Nach seiner Darstellung habe der medinensische Schulgründer, Mālik b. Anas, darin gefolgt von den Ägyptern Ibn Qāsim (st. 806), Ašhab (st. 819) und Ibn al-Mawwāz (st. 882) sowie dem andalusischen Juristen Ibn Ḥabīb (st. 853/54), das Kriterium des Rufs und der Rufschädigung des Beklagten zum Kriterium genommen, durch das man versuchen könne, die Zielsetzung des Klägers zu ermitteln. Wenn der Kläger nur seinen Rechtsanspruch auf Wiedererlangung seines Eigentums durchsetzen wolle, so müsse er unbestraft bleiben. Gehe es ihm aber vorrangig um die Rufschädigung des Beklagten, so müsse er dafür bestraft werden.<sup>37</sup> Im Anschluß an Mālik vertreten die Ägypter Ašbaġ (st. 839) und Ibn al-Mawwāz ebenso wie der Andalusier Ibn Ḥabīb die Lehrmeinung, daß der schlecht beleumdete und daher verdächtige Beklagte in Untersuchungshaft genommen, vereidigt und „geprüft“ (*imtahan*) werden müsse. Der Ägypter Ašhab (st. 819) schließt sich dieser Meinung an, will den Beklagten aber nicht vereidigen.<sup>38</sup> Mindestens zwei dieser malikitischen Juristen des 9. Jahrhunderts, Ibn al-Mawwāz und Ašhab, beide in Ägypten wirksam, machen deutlich, daß sie unter einer „Prüfung“ (*imtiḥān*) ein

<sup>37</sup> AL-QĀDĪ ABU L-WALĪD AL-BĀĠĪ, *Kitāb al-Muntaqā šarḥ Muwatta'*, Kairo: Maṭba'at as-Sa'āda 1331H., Bd. VII, p. 166. Vgl. SANHŪRĪ, *Mašādir al-ḥaqq* (Fn. 13), Teil 2, p. 198 zur Position der Mālikiten in der osmanischen Periode und zur Tatsache, daß unterschiedliche Lehrmeinungen in dieser Frage die malikitische Schule kennzeichnen.

<sup>38</sup> AL-BĀĠĪ, *Kitāb* (Fn. 37), Bd. VII, p. 166.

peinliches Verhör verstehen: Dieses Verfahren impliziere Inhaftierung und Auspeitschung des nackten Körpers des Verdächtigen (*wa-juġladu bi s-sauti muġarradan*). Der Ägypter Aṣbaġ lehnt jede Folter (*lā yu'addabu*) des Verdächtigen ab, und al-Bāġī interpretiert seine Position dahingehend, daß er die Auspeitschung ablehne, aber die Untersuchungshaft zulasse – eine Interpretation, die die Untersuchungshaft aus dem Folterbegriff ausschließt.<sup>39</sup> Die Entwicklung einer Doktrin, die die Folter des schlecht beleumdeten Tatverdächtigen zuläßt, läßt sich also bis ins frühe neunte Jahrhundert in Ägypten verfolgen. Sie bleibt aber nicht unwidersprochen. Die Justizpraxis in großen Städten des westlichen Mittelmeers, die ihre normativen Referenzen im malikitischen *fiqh* hat, scheint ihr, jedenfalls bis ins elfte Jahrhundert, nicht zu folgen.<sup>40</sup> Sie ist also nicht dominierende Schuldoktrin, gilt aber den Juristen anderer Rechtsschulen als charakteristisches Merkmal malikitischer Rechtslehre.

Auch zur Dauer der bei Tatverdacht zulässigen Untersuchungshaft entwickeln die malikitischen Juristen unterschiedliche Lehrmeinungen. Während der Schulgründer, Mālik b. Anas, nur eine befristete Haftstrafe vorsieht, halten andere Juristen wie sein ägyptischer Zeitgenosse Laiṭ b. Sa'īd (st. 791) lebenslange Haft für angemessen als Präventivstrafe für eine Person, die im Ruf steht, Eigentumsdelikte zu begehen und die von einem Bestohlenen des Diebstahls angeklagt wird. Diese Meinung wird von anderen medinensischen und ägyptischen Juristen des 9. Jahrhunderts geteilt.<sup>41</sup> Die Idee einer lebenslangen Haft des schlecht beleumdeten Tatverdächtigen als Präventivstrafe läßt sich also in das Ägypten des ausgehenden 8. Jahrhunderts datieren. Aber auch sie repräsentiert nicht eine geschlossene Schuldoktrin. In den Gutachten, die die malikitischen „Justizräte“ (*muṣāwarūn*) Cordobas im elften Jahrhundert den *Qādī*-s und den politischen Richtern ihrer Stadt geben, lassen sich zwar häufig Hinweise auf lange Haftstrafen von unbestimmter Dauer finden,<sup>42</sup> aber die herrschende Meinung ist, daß ein Angeklagter von gutem Ruf nicht mehr

<sup>39</sup> AL-BĀĠI, Kitāb (Fn. 37), Bd. VII, p. 166.

<sup>40</sup> CHRISTIAN MÜLLER, *Gerichtspraxis im Stadtstaat Córdoba*, Leiden: Brill 1999, p. 329.

<sup>41</sup> AL-BĀĠI, Kitāb (Fn. 37), Bd. VII, p. 166.

<sup>42</sup> ABU L-AṢBAĠ 'JSA' IBN SAHL, *Waiā'iq fi ahkām al-qaḍā' al-ġinā'i al-Andalusī mustahraġā min maḥtūtāt al-ahkām al-kubrā*, hg. von M. ḤALLĀF, Kairo 1980, pp. 57, 83. Lange Haft dient zwar offensichtlich als Einschüchterungsmittel in der ägyptischen Doktrin des 9. Jahrhunderts (*ibidem*, p. 59), in der Praxis Cordobas scheint sie dagegen eher als Strafe zu dienen (*ibidem*, pp. 57, 83).

als ein bis zwei Tage in Untersuchungshaft genommen werden dürfe, ein Verdächtiger dagegen für die Dauer von 15 Tagen bis zu einem Monat.<sup>43</sup> Nur wenn sich während dieser Periode Beweise gegen den Beklagten finden, die als Urteilsgrundlage dienen können, dürfe die Haftdauer verlängert werden. Aus der Praxis zitieren die gleichen Quellen aber Fälle, in denen die Untersuchungshaft 10–24 Monate beträgt.<sup>44</sup>

Drei Jahrhunderte später, gegen Ende des 14. Jahrhunderts, erfährt die malikitische Tradition eine Neubewertung im Werk des andalusischen Gelehrten Šāṭibī (st. 1388 in Granada). Dieser stützt die Legitimität der Folter auf das Konzept, daß das Interesse der muslimischen Gemeinde (*maṣlaḥa*) eine eigene Rechtsquelle sei. Gegen den Einwand, daß die Folter den Unschuldigen schädige, macht er geltend, daß das allgemeine dem partikularen Interesse vorzugehen habe. Schon Mālik b. Anas habe ja die Untersuchungshaft des Verdächtigen für zulässig erklärt. Das sei aber eine Art der Folter und deshalb seien nach den Malikiten auch andere Arten der Folter gegen Verdächtige dann zulässig, wenn der Verdacht durch entsprechende Indizien gestützt würde.<sup>45</sup> Diese Interpretation der malikitischen Tradition gehört aber schon in den Zusammenhang der Tendenzen zur Rationalisierung und Versachlichung des Beweis- und Verfahrensrechts, die im 13. und 14. Jahrhundert vor allem in der hanbalitischen und der malikitischen Schule an Einfluß gewinnen und auf die ich weiter unten zu sprechen kommen werde. Die Autoren dieser neuen Doktrinen arbeiten alle Elemente der klassischen Doktrin heraus, die geeignet sind, die Folter als gerichtliche Untersuchungsmethode zu legitimieren. In diesen neuen Doktrinen von der „politischen Funktion der islamischen Normativität“ (*siyāsa šarʿīya*),<sup>46</sup> die den „Verdachtsprozessen“ (*daʿāwī at-tuham*) und der richterlichen Folter als legaler Untersuchungsmethode in ihnen einen prominenten Platz zuweisen, kommt es zu einer Reinterpretation der klassischen Doktrinen, die alle

<sup>43</sup> IBN SAHL, *Waṭāʿiq* (Fn. 42), pp. 37, 45, 54.

<sup>44</sup> IBN SAHL, *Waṭāʿiq* (Fn. 42), pp. 47 s., 53 s.

<sup>45</sup> IBRĀHĪM B. MŪSĀ B. MUḤAMMAD AL-LAḤMĪ AŠ-ŠĀṬIBĪ AL-ĠARNĀṬĪ, *Al-ʿItisām*, hg. von AḤMAD ʿABD AŠ-ŠĀFI, Beirut: Dār al-kutub al-ʿilmīya 1415H./1995, Teil II, p. 357 s.

<sup>46</sup> *Siyāsa šarʿīya* heißt wörtlich „Politik, die dem heiligen Recht entspricht“. Der Sache nach geht es aber in dieser Doktrin darum, die politische Dimension des Rechts oder die religiöse Dimension der Politik zu fassen. Ich übersetze daher mit „politische Funktion der islamischen Normativität“.

Elemente hervorhebt, die geeignet sind, die peinlichen Verhöre des *Qādī* als gesetzliche Untersuchungsmethode zu legitimieren.

### *Der gesetzliche Zwang*

In der klassischen Doktrin aller sunnitischen Rechtsschulen, d. h. ihren vom 10.–12. Jahrhundert herrschenden Lehrmeinungen, steht der ungesetzlichen Nötigung (*ikrāh*) eine legale und legitime Zwangs-anwendung (*ikrāh*) gegenüber, die durch den gleichen Terminus bezeichnet wird. Diese wird zur Durchsetzung der richterlichen Urteile und zur Aufrechterhaltung der Normen des Rechts eingesetzt.<sup>47</sup> Steht die gesetzliche Ursache einer Rechtswirkung fest, so ist der Zwang zu ihrer Durchsetzung erlaubt und rechtswirksam. Es ist dafür nicht einmal Bedingung, daß die nötigende Instanz die politische Obrigkeit oder die Justiz vertritt.<sup>48</sup> Solange solche Zwangs-anwendung im Rahmen der gesetzlichen Verpflichtungen der ihr unterworfenen Person bleibt, löst sie keinerlei Ansprüche gegen diejenigen aus, die die entsprechenden Zwangsmittel einsetzen.<sup>49</sup>

### *Die Kontingenz des richterlichen Urteils: Normen und Fakten*

Folter und Nötigung werden von Militär, Polizei und Steuereintreibern praktiziert und von vielen Juristen in diesem Rahmen auch anerkannt. In der Rechtsprechung des *Qādī* sind sie nicht zulässig, weil sie im Widerspruch zu den Methoden, Zielen und Aufgaben dieser Justiz stehen. In der hier untersuchten Periode, d. h. der Zeit zwischen dem 9. und 13. Jahrhundert, ist die Rechtsprechung des *Qādī* zwar die angesehenste Form der Justiz, sie ist aber eingebettet in ein ganzes Feld anderer Justizinstitutionen. Der Herrscher übt seine *Mazālim*-Justiz aus, eine Art Verwaltungs- und Petitionsgerichtsbarkeit.<sup>50</sup> Der *Muhtasib*, der Chef der Marktaufsicht und oft zugleich Chef der Sittenpolizei, ist Herr seiner eigenen Verfahren. Der Polizeichef und die

<sup>47</sup> SARAḤSĪ, *Mabsūt* (Fn. 17), Bd. XXIV, p. 100 s; IBN QUDĀMA, *Muġnī* (Fn. 30), Bd. VIII, p. 260.

<sup>48</sup> SARAḤSĪ, *Mabsūt* (Fn. 17), Bd. XXIV, p. 144.

<sup>49</sup> SARAḤSĪ, *Mabsūt* (Fn. 17), Bd. XXIV, pp. 145–147.

<sup>50</sup> EMILE TYAN, *Histoire de l'Organisation Judiciaire en Pays d'Islam*, 2e éd. Leiden: Brill 1960, pp. 433–525, JØRGEN S. NIELSEN, *Secular Justice in an Islamic State. Mazālim under the Bahri Mamlūks 662/1264–789/1387*, Istanbul: Nederlands Historisch-Archaeologisch Instituut 1985.

Distriktkommandeure haben ihre eigene Justiz, die Armee hat die ihre.<sup>51</sup> Diese Justizformen werden von den Juristen nicht prinzipiell in Frage gestellt, auch wenn sie häufig betonen, daß der *Qāḍī* gegenüber den Polizeichefs und militärischen Befehlshabern autonom sei und die höchste Form der Justiz vertrete.<sup>52</sup> Die *Qāḍī*-Justiz hat, im Prinzip, einen abgegrenzten Aufgabenbereich: Sie soll Konflikte zwischen privaten Parteien schlichten, entweder durch Vergleich oder, wenn das nicht möglich, durch Anwendung des Rechts im Klageverfahren. Das Verfahren ist das eines reinen *accusatio*-Prozesses: Es wird nur aufgrund der Klage einer Partei eröffnet. Yan Thomas hat in seinen Analysen der Verfahren des römischen Rechts darauf hingewiesen, daß der *accusatio*-Prozeß weniger der Feststellung einer objektiven Wahrheit diene als vielmehr dem Sieg einer der beiden Parteien über die andere. Der Richter regelt in solchen Prozessen die Form der Auseinandersetzung und achtet darauf, daß die Parteien sich an die ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsnormen halten. Das Ergebnis des Prozesses erhebt aber nicht den Anspruch, die Wahrheit zu verkünden. Das läßt sich so auch für den Parteienprozeß des islamischen Rechts sagen. Es besteht also für den *Qāḍī* kein Anlaß, die Folter als Untersuchung im Parteienprozeß einzusetzen.<sup>53</sup> In einer bestimmten Anzahl von Fällen muß der *Qāḍī* auch Verbrechen gegen das öffentliche Recht verfolgen, das nicht individuelle, sondern kollektive Interessen zu schützen hat. Die Juristen drücken den Gegensatz zwischen individuellen Interessen und denen der Allgemeinheit in der Opposition zwischen „Rechtsansprüchen der Menschen“ (*ḥuqūq al-ʿibād*) und „Rechtsansprüchen Gottes“ (*ḥuqūq allāh*) aus. Als „Rechtsansprüche Gottes“ gelten der Schutz der Sexualmoral, der obrigkeitliche Eigentumsschutz, das den Muslimen auferlegte Verbot berauscherender Getränke u. a. m.<sup>54</sup> Aber auch in diesen Prozessen stellt der *Qāḍī* von sich

<sup>51</sup> TYAN, *Histoire* (Fn. 50), pp. 434–437, 617–640.

<sup>52</sup> Zum Beispiel SARAHŠI, *Mabsūt* (Fn. 17), Bd. XVI, p. 190: der *Qāḍī* muß davon ausgehen, daß Polizeichefs und Militärs keine Befugnis haben, Recht zu sprechen, Zeugenaussagen oder den Widerruf von Zeugenaussagen zu hören. Für ihn gelten als rechtswirksame Beweise nur die, die er in seinem eigenen Verfahren erhebt.

<sup>53</sup> JOHANSEN, *Vérité et Torture* (Fn. 10), p. 146 s, Anm. 63 und 64. Zum Kampf der Parteien siehe YAN THOMAS, *Arracher la vérité. La Majesté et l'Inquisition* (Ier – IVe siècles ap. JC), in: *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Etudes d'histoire comparée*, hg. von ROBERT JACOB, Paris: L. G. D. J. 1996, pp. 15–41.

<sup>54</sup> JOHANSEN, *Hanafitisches Strafrecht* (Fn. 26), pp. 38–48; IDEM, *Vérité et Torture* (Fn. 10), p. 150 s.

aus keine eigenen Ermittlungen an. Er wartet, bis er von Personen aufgesucht wird, die als Zeugen im Namen des öffentlichen Interesses gegen die Übeltäter aussagen. In solchen Prozessen wird der Zeuge dadurch zum Ankläger und trägt, wenn seine Aussage falsch oder nicht durch eine zureichende Zahl von Zeugen beweisbar ist, zumindest im Falle einer Anklage wegen illegaler sexueller Beziehungen (*zinā*) das Risiko einer Bestrafung wegen Verleumdung, einer schmerzhaften Prügelstrafe, die den Verlust des Zeugnisrechts nach sich zieht.<sup>55</sup> Unter den Mamlucken, die von 1250 bis 1517 über Syrien, den Hedschaz und Ägypten herrschen, ist der *Qādī* – nach Meinung zeitgenössischer Historiker und Juristen – überwiegend mit zivilrechtlichen Fragen beschäftigt: Er sei allein zuständig für die Rechtsprechung in bezug auf testamentarische Verfügungen, Erbschaften, die Verwaltung des Waisenvermögens und des Vermögens der Abwesenden und in allen Fragen der Filiation.<sup>56</sup> Andere Juristen fügen dem den Bereich der *talio* für Körperverletzungen und die Tötungsdelikte zu,<sup>57</sup> Bereiche, in denen der *Qādī* aber offensichtlich in Konkurrenz mit der politischen Justiz der hohen Funktionäre der Obrigkeit Recht spricht. Gegen den Einsatz der Folter spricht in allen diesen Bereichen die Logik von Verfahren, die nicht vom *Qādī* oder der Obrigkeit, sondern von den betroffenen Parteien eingeleitet werden. Die nicht der *Qādī*-Justiz unterstellten Bereiche des für Justiz und Obrigkeit relevanten Handelns werden von der Gerichtsbarkeit der politischen Obrigkeit abgeurteilt.

Der *Qādī* ist nicht zuständig im Bereich der politischen Justiz, in Delikten wie Hochverrat, *laesio maiestatis*, Regizid und Verschwörungen. Solche Prozesse werden in *ad hoc*-Kommissionen der Obrigkeit entschieden, zu denen auch *Qādī*-s berufen werden können,<sup>58</sup> in denen aber das islamische Recht schon deshalb eine ganz untergeordnete Rolle spielt, weil keines der oben genannten Delikte im islamischen Recht definiert und behandelt wird. Die Obrigkeit bestimmt weitge-

<sup>55</sup> JOSEPH SCHACHT, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford: Clarendon Press 1964, p. 177, vgl. p. 125 und Anm. 1.

<sup>56</sup> IBN TAYMIYYA, *Al-ḥisba fi l-islām. Traité sur la Ḥisba*, hg. und übers. von HENRI LAOUST, Paris: Geuthner 1994, p. 31s.

<sup>57</sup> AL-QĀDĪ BURHĀN AL-DĪN IBRĀHĪM IBN FARḤŪN, *Tabṣirat al-Hukkām fi uṣūl al-aqdiya wa-manāhiġ al-ahkām*, hg. von ṬĀHĀ 'ABD AR-RA'ŪF SA'D, Kairo: Maktabat al-Kulliyāt al-Azhariya 1406H./1986, Bd. I, p. 94. Der Autor (1319–1397) ist *Qādī* in Medina.

<sup>58</sup> ŠĀLĪĠĪ, *Mawsū'at* (Fn. 1), Bd. VII, pp. 17–22 zu einem der großen politischen Prozesse des 9. Jahrhunderts. Zur Rolle der *Qādī*-s in der Herrscher-Justiz der Mazālim siehe auch NIELSEN, *Secular Justice* (Fn. 50), pp. 8s., 10, 20s., 31, 41, 69, 75, 77, 79s., 101s., 114–120, 127.

hend die in der politischen Justiz anzuwendenden Verfahren, Normen und Strafformen. Die politischen Gründe für den Einsatz von Folter in der *Qāḍī*-Justiz entfallen also.

Das Recht, das der *Qāḍī* anwendet, repräsentiert die Religion des Islam, seine Normen gelten aber nur zu einem geringen Teil als Glaubenswahrheiten. Die Normen, an die sich der *Qāḍī* hält, sind von den Juristen aus dem Koran, der *sunna*, d. h. der Lebenspraxis des Propheten, und dem *consensus* der Juristen abgeleitet. Diese drei Rechtsquellen stellen sicheres und unfehlbares Wissen zur Verfügung, und soweit sie eindeutig Pflichten festlegen, sind diese für jedermann sowohl kognitiv – als unbestreitbar wahre Normen – als auch normativ – d. h. als Regel des Handelns – verbindlich. Der Analogieschluß, die vierte Rechtsquelle, ist die angesehenste Form der Ableitung von Normen aus dem *consensus* und den Offenbarungstexten. Aber er ist das Produkt menschlicher Urteilsfähigkeit und als solcher fehlbar. Soweit die in der Offenbarung festgelegten Normen selbst deutbar sind, eröffnen sie ein weites Feld der Normenproduktion durch konkurrierende Interpretationen. Unterhalb der Ebene, auf der *consensus* und Offenbarung eindeutige und für alle geltende Pflichten festlegen, ist der Dissens (*iḥtilāf*) der Juristen zulässig und der *iğtihād*, die selbständige Ableitung von Prinzipien und Normen aus der Offenbarung, legitim. Die Normenproduktion der Juristen nimmt die Form der Interpretation autoritativer Texte und des Kommentars zu Normenableitungen älterer Juristen an. Das islamische Recht ist Juristenrecht, insofern es Normen durch Interpretation von Texten produziert. Da aber jede menschliche Vernunftanstrengung fehlbar ist, können die Resultate der selbständigen Normenableitung zwar Legitimität und Autorität beanspruchen, aber nicht einen absoluten Wahrheits- und Geltungsanspruch erheben. Die ontologische Differenz zwischen der absoluten Wahrheit der göttlichen Offenbarung und allen menschlichen Deutungsversuchen dieser Wahrheit verhindert, daß die Doktrin der Juristen den Rang der Offenbarung erhält.<sup>59</sup> Der kognitive Status in bezug auf den Wahrheitsanspruch und der normative Status in bezug auf die Gehorsamspflicht fallen bei den durch Interpretation abgeleiteten Normen auseinander.<sup>60</sup> Der Gehorsamsanspruch für diese Normen gilt nur gegenüber den der Rechtsprechung des ur-

<sup>59</sup> JOHANSEN, Contingency (Fn. 26), pp. 37–40.

<sup>60</sup> JOHANSEN, Contingency (Fn. 26), p. 69, Anm. 282 zur Differenz zwischen *farḍ*, der sowohl kognitiven als auch normativen Pflicht, und *wāğib*, der nur als Regel des Handelns verpflichtenden Norm, im Recht der hanafitischen Schule.

teilenden *Qādīs* unterworfenen Personen. Für Normen, die durch Interpretation autoritativer Texte abgeleitet sind, können aber ihre Autoren gegenüber anderen Juristen, die ebenfalls generelle und individuelle Normen aus den autoritativen Texten ableiten, keinen Anspruch auf Anerkennung als unbestreitbare Glaubenswahrheiten erheben. Dissens unter Berufung auf selbständige Normenableitung legitimiert daher den Pluralismus der Rechtsschulen, deren voneinander differierende rechtliche und ethische Bestimmungen überwiegend auf fehlbarer Interpretation unfehlbarer Texte beruhen und daher gegenüber den konkurrierenden Rechtsschulen nicht verbindlich gemacht werden können. Die Normen der *Qādī*-Justiz sind also zu einem erheblichen Teil kontingent und zwischen den Schulen umstritten. Der Streit zwischen den Juristen legitimiert seinerseits die Ableitung neuer Normen auf dem Wege selbständiger Interpretation. Deren Legitimität beruht darauf, daß der Dissens der Juristen anzeigt, daß es zu den umstrittenen Fragen weder *consensus* noch eindeutige Offenbarungsnormen gibt, die selbständige Normableitung also unvermeidlich ist. Weil die Anerkennung des Dissens in Fragen der Normenableitung zu den normativen Grundlagen des sunnitischen Juristenrechts gehört, sind die *Qādī*-s zwar gehalten, auf selbständiger Interpretation beruhende Entscheidungen anderer *Qādī*-s anzuerkennen und durchzusetzen, aber nicht verpflichtet, ihnen in ihrer eigenen Normenableitung für andere Fälle zu folgen. Die *Qādī*-Justiz, in der abgeleitete Normen richterliche Entscheidungen begründen, ist fehlbar und kontingent wie alle menschlichen Vernunftanstrengungen. Berücksichtigt der *Qādī* einen feststehenden und eindeutigen Offenbarungstext nicht oder interpretiert er ihn entgegen dem *consensus*, so ist sein Urteil rechtsfehlerhaft und muß aufgehoben werden. Aber wenn ein *Qādī* der Doktrin seiner Schule folgend ein Urteil spricht, so müssen auch Richter anderer Rechtsschulen die nach dieser Doktrin gesprochenen Urteile ausführen oder aufrecht erhalten.<sup>61</sup> Der Respekt vor dem Dissens der Doktrinen garantiert das

<sup>61</sup> IBN MĀZA (Fn. 15) im Kommentar zu ḤAṢṢAF, *Adab al-qādī* (Fn. 14), pp. 303–304; siehe auch WAEL B. HALLAQ, *A History of Islamic Legal Theories. An introduction to Sunni uṣūl al-fiqh*, Cambridge: University Press 1997, p. 155 s. Zur davon verschiedenen Praxis des 7. und 8. Jahrhunderts siehe BABER JOHANSEN, Wahrheit und Geltungsanspruch. Zur Begründung und Begrenzung der Autorität des *Qādī*-Urteils im Islamischen Recht, in: *La giustizia nell'Alto Medioevo (Secoli IX–XI)*, hg. vom Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, Spoleto: Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo 1997, p. 985 s., Anm. 16. Zur komplexen Lehre der Mālikiten der mamluki-

Zusammenwirken der Richter und damit das Funktionieren der Justiz, aber er ist weder mit der Anerkennung der abgeleiteten Normen als religiös verbindliche Wahrheit noch mit der Bestätigung der sachlichen Richtigkeit des Urteils gleichzusetzen. Der *Qāḍī* ist verpflichtet, sich nach besten Kräften darum zu bemühen, die Norm zu finden, die Gottes Willen entspricht, und alles zu tun, was er kann, um die Fakten zu erkennen. Aber er kann sich ebenso bei der Ableitung der Normen irren wie bei der Einschätzung der Fakten, auf die er die Normen anwenden will. Solche Irrtümer heben die juristische Geltung seines Urteils nicht auf. Auch wenn sich nach dem Urteil herausstellt, daß der *Qāḍī* nicht bemerkt hat, daß die Zeugen und die Parteien ihn belogen haben und die ihm vorgelegten Dokumente gefälscht waren, so bleibt das einmal gesprochene Urteil rechtswirksam.<sup>62</sup> Die *Qāḍī*-Justiz beansprucht also nicht, die Wahrheit über die Fakten jedes einzelnen Falles festzustellen und auch nicht, sich auf die einzig möglichen Rechtsnormen zu stützen. Ihre Autorität beruht vielmehr einerseits auf dem religiösen Ansehen des Amtes, das sich aus der Bemühung der *Qāḍīs* ergibt, die Texte der Offenbarung normativ zu interpretieren, die abgeleiteten Normen zur Konfliktlösung einzusetzen und die vorgeschriebenen Normen des Verfahrens- und Beweisrechts so genau wie möglich einzuhalten, und andererseits auf der gesellschaftlichen und politischen Ordnungsfunktion, die das Amt wahrnimmt. Normenableitung, Normenanwendung und Faktenfeststellung sind fehlbar.

schen Periode in dieser Frage siehe IBN FARḤŪN, *Tabṣirat al-ḥukkām* (Fn. 57), Bd. I, pp. 80–93. Zu den rechtsdogmatischen Anschauungen der osmanischen Periode zum Berufungsproblem siehe BABER JOHANSEN, *Legal Literature and the Problem of Change. The Case of the Land Rent*, in: *Islam and Public Law Classical and Contemporary Studies*, hg. von CHIBLI MALLAT, London: Graham and Trotman 1993, p. 34 s., jetzt auch in IDEM, *Contingency* (Fn. 26), pp. 446–464; vgl. dazu IBN QUDĀMA, *Muḡnī* (Fn. 30), Bd. XI, p. 407. Zur malikitischen Anschauung im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts siehe MUḤAMMAD 'ALĪ B. ḤUSAIN AL-MAKKĪ, *Tahḍīb al-furūq wa l-qawā'id as-san'iya fi l-asrār al-fiqhiya*, abgedruckt in AḤMAD B. IDRĪS AL-QARĀFĪ, *Al-Furūq*, Beirut: 'Ālam al-Kutub o. J., Bd. I, p. 78. Im übrigen halten Juristen aller Schulen im 12. und 13. Jahrhundert rechtsdogmatisch daran fest, daß bestimmte Positionen anderer Rechtsschulen nicht durch den *iḡtīhād* abgedeckt sind und daher Urteile, die diese Positionen vertreten, aufgehoben werden müssen: Für die Schafiiten siehe ŠAFĪ'Ī, *Umm* (Fn. 12), Bd. V, p. 13, Bd. VI, p. 202 s.; zu den Hanafiten siehe IBN MĀZA (Fn. 15) im Kommentar zu ḤAŠŠĀF, *Adab al-qāḍī* (Fn. 14), pp. 304–306; für die Mālikiten siehe ŠIHĀB AL-DĪN AL-QARĀFĪ, *al-Iḥkām fi tamyiz al-fatāwī 'ani l-aḥkām wa-taṣarrufāt al-qāḍī wa l-imām*, hg. von ABU L-FATTAḤ ABŪ GUDDA, Aleppo: Maktab al-maṭbū'at al-islāmiya 1387H./1967, pp. 130–132, 222–226, 229; für die Hanbaliten siehe IBN QUDĀMA, *Muḡnī* (Fn. 30)), Bd. XI, p. 404.

<sup>62</sup> JOHANSEN, *Wahrheit und Geltungsanspruch* (Fn. 61), pp. 1022–1055.

Sie konstituieren drei Ebenen der Kontingenz, die den normativen Pluralismus der Dogmatik, die Legitimität verschiedener Formen zulässiger richterlicher Argumentation und den Geltungsanspruch und Geltungsbereich des richterlichen Urteils über die Tatsachen begründen. Institutionell kann man die drei Ebenen voneinander trennen und die Normenableitung dem *Muftī*, die Normenanwendung dem *Qādī* und die Faktenfeststellung (*tubūt*) dem vom *Qādī* ernannten Vertreter (*nā'ib*) oder anderen Institutionen übertragen. Das ändert nichts daran, daß der *Qādī* im Moment des Verfahrens und des Urteils die Gesamtheit der drei Ebenen und das in ihnen enthaltene Irrtumsmoment gegenüber den seinem Urteil unterworfenen Personen repräsentiert. Das vom klassischen islamischen Recht entwickelte Verbot der richterlichen Folter als Untersuchungsmethode hat auf der normativen Ebene seine wichtigste dogmatische Grundlage im Begriff der juristischen Handlung (*qaul*) selbst. Im Gegensatz zur faktischen Tat (*fi'l*) ist die rechtliche Handlung ein Vollzug von Rechtsgeschäften, die – nach Meinung aller sunnitischen Rechtsschulen – voraussetzt, daß der Handelnde die Möglichkeit zur Wahl (*iḥtiyār*) zwischen Optionen habe und intellektuell den Rechtsfolgen seiner Handlung zustimme (*riḍā*), weil anders die Zurechnung der Taten zum Handelnden nicht möglich sei. Während die Wahlmöglichkeit eine anthropologische Konstante sei, die auch unter den Bedingungen des Zwangs erhalten bleibe, hebe die Nötigung die intellektuelle Zustimmung zu den Rechtsfolgen der Tat auf und nehme daher der Tat den Charakter als verbindliches Rechtsgeschäft. Das erzwungene Geständnis ist also keine gültige Rechtshandlung.<sup>63</sup>

<sup>63</sup> Für die hanafitische Doktrin zur Wahlfreiheit (*iḥtiyār*) als Bedingung des gültigen Vollzugs eines Rechtsgeschäfts siehe ABŪ BAKR MUḤAMMAD B. AḤMAD B. ABĪ SAHL AS-SARAḤSĪ, *Uṣūl al-fiqh*, hg. von ABU L-WAḤĀ' AL-AḤGĀNĪ, Beirut: Dār al-Ma'rifa o. J., Bd. I, pp. 19, 78 s., 86 s., 100 und Bd. II, p. 334 s.; siehe auch IDEM, *Mabsūt* (Fn. 17), Bd. XIII, p. 23, Bd. XXIV, p. 135. Vgl. CHAFIK CHEHATA, *Etudes de Droit Musulman*, Paris: Presses Universitaires de France 1971 und 1973, Bd. I, pp. 110, 163, 194 s., 242, 246. Zu den Malikiten siehe QARĀFĪ, *Furūq* (Fn. 61), Teil 1, p. 163. Zu den Hanbaliten siehe IBN 'AQLĪ, *al-Wāḍih fi l-fiqh*, Teil 1 (*Kitāb al-Maḍhab*), Beirut: Orient-Institut der DMG 1996, p. 41 s. Zum Konzept des *riḍā*, des intellektuellen Einverständnisses des Handelnden mit den Rechtsfolgen seiner Handlung, in den sunnitischen Rechtsschulen siehe SANHŪRĪ, *Maṣadir al-ḥaqq* (Fn. 13), Teil 1, pp. 40 ss., 97, 106, 108, 112 s., 117, 119–121, 123–125, 127; Teil 2, pp. 186 s., 208, 212–215 und hier den Verweis, daß auch nach der malikitischen Tradition ein erzwungenes Geständnis nicht gültig ist, weil es *riḍā* aufhebt; zur malikitischen *riḍā*-Auffassung siehe auch QARĀFĪ, *Furūq* (Fn. 61), Teil I, p. 163. Zur hanafitischen Schule vgl. BABER JOHANSEN, *The Valorization of the Human Body in Muslim Sunni Law*, in: *Princeton Papers IV* (Spring 1996), p. 73 s.

*Der kognitive und religiöse Status des juristischen Beweises*

Der zweite wichtige Grund, den die Juristen für das Folterverbot geltend machen, ist die unvermeidbare Fehlbarkeit der Methoden, die vom *Qādī* zur Faktenfeststellung eingesetzt werden dürfen. Die Tätigkeit des *Qādī* dient in erster Linie der Konfliktbeendigung. Erst wenn diese nicht auf dem Wege des Vergleichs und der gütlichen Einigung möglich ist, wird der Justizprozeß nach den Regeln des Verfahrens- und des materiellen Rechts durchgeführt.<sup>64</sup> Die in diesem Prozeß zugelassenen Beweismittel sind überwiegend Wortbeweise: das Geständnis (*iqrār*) und die Aussage von Zeugen (*šahāda*). Bei Malikiten, Schafiiten und Hanbaliten treten dazu der Eid (*yamīn*) des Klägers zur Bekräftigung der eigenen Aussage und der Eid des Klägers, der die Aussage des einzigen Zeugen erhärtet, den der Kläger beibringen kann. Der Eid, durch den der Beklagte die gegen ihn erhobenen Vorwürfe leugnet, gilt bei allen sunnitischen Schulen als Beweismittel,<sup>65</sup> während die Eidverweigerung (*nukūl*) nicht bei allen Schulen den gleichen Status hat. Die Hanafiten und die Schafiiten erkennen darüber hinaus in allen zivilrechtlichen Prozessen, einschließlich der *talio* für Leben und Gliedmaßen, das „Wissen des Richters“ (*‘ilm al-qādī*) um die Fakten des ihm vorgetragenen Streitfalls als gültige Urteilsgrundlage an. Nur in Prozessen des öffentlichen Strafrechts, in denen es nicht um Rechtsansprüche von Individuen geht, sondern um „Rechtsansprüche Gottes“ (*ḥuqūq allāh*) oder „Rechtsansprüche des Gesetzes“ (*ḥuqūq aš-šar‘*),<sup>66</sup> verwerfen alle Schulen dieses Beweismittel. Wie der *Qādī* in den Zivilprozessen solches Wissen erwirbt, ist nirgends im Detail geklärt. Die Malikiten und die Hanbaliten, die dieses Beweismittel in allen Prozessen verwerfen, verweisen nachdrücklich auf die Gefahren einer Urteilsgrundlage, die auf Zeugen, Geständnisse und Indizien verzichten kann.<sup>67</sup> Es liegt auf der Hand, daß ein solches Beweismittel eine Legitimierung der Folter weitgehend überflüssig machen kann.

<sup>64</sup> JOHANSEN, *Vérité et Torture* (Fn. 10), p. 146 s.

<sup>65</sup> JOHANSEN, *La découverte des choses qui parlent* (Fn. 10), IDEM, *Le jugement comme preuve. Preuve juridique et vérité religieuse dans le droit islamique hanéfite*, in: *Studia Islamica* 72 (1990), pp. 7–13.

<sup>66</sup> HAŠŠĀF, *Adab al-qādī* (Fn. 14), p. 591 s., ŠĀFĪ‘Ī, *Umm* (Fn. 12), Bd. VII, p. 48.

<sup>67</sup> Zu den Mālikiten siehe SAḤNŪN, *Mudawwana* (Fn. 36), Bd. XII, p. 147 s. und MUḤAMMAD B. AḤMAD IBN RUŠD, *Bidāyat al-muḡtahid wa-nihāyat al-muḡtaṣid*, Beirut: Dār al-ma‘rifā 1409H./1988, Teil 2, pp. 470–471. Zu den Hanbaliten IBN QUDĀMA, *Muḡnī* (Fn. 30), Bd. XI, pp. 399–403.

Die Zeugen sind im Strafprozeß, d. h. in dem Prozeß, in dem es um die Verhängung von Strafen gegen Leib und Leben geht, immer männliche Augenzeugen. Wo es um zivilrechtliche finanzielle Ansprüche geht, selbst wenn diese aus Körperverletzungen oder Tötungsdelikten entstehen, sind indirekte Zeugenaussagen, notarielle Bekundungen von zugelassenen Berufszeugen und Aussagen von Frauen zugelassen. Endlich gibt es einen weiten Bereich vor allem familienrechtlicher Fragen, in denen Zeugenaussagen auch aufgrund von Hörensagen oder aufgrund des Wissens, das jedermann zugänglich ist, der stadtbekanntes Information (*istifāda*), zulässig sind.<sup>68</sup> Die in der *Qādī*-Justiz zugelassenen Beweise haben unterschiedliche Kraft und lassen sich daher hierarchisch ordnen. An der Spitze steht das Geständnis, das im Zivilprozeß sofortige Rechtswirkungen hat, dagegen im Strafprozeß des öffentlichen Rechts zum Teil mehrfach wiederholt werden muß. Dem Geständnis folgt die zureichende Zeugenaussage. Danach folgen bei den Hanafiten der Eid des Beklagten, bei den anderen Rechtsschulen der Eid des Klägers in Kombination mit einem Zeugen und erst danach der Eid des Beklagten. Endlich gilt die Eidverweigerung des Beklagten den Hanafiten als vollgültiges Beweismittel für den Anspruch des Klägers.

Keiner dieser Wortbeweise aber kann dem *Qādī* die Wahrheit der Aussagen garantieren, da alle menschlichen Aussagen zwischen wahr und falsch schwanken, zwischen Aufrichtigkeit und Lüge, wie die muslimischen Juristen sagen. Die Parteien können lügen, die Zeugen ebenfalls, selbst der Eid schützt nicht vor der Unwahrheit, das Gerichtspersonal kann die Protokolle und Dokumente fälschen, kurz, auch der frommste *Qādī* ist vor dem Irrtum in bezug auf die Fakten nicht geschützt. Schon im frühen 9. Jahrhundert zitiert der Begründer der schafitischen Rechtsschule, Muḥammad b. Idrīs aš-Šāfi'ī, eine Überlieferung vom Propheten, nach der dieser davor warnt, daß die Prozeßparteien selbst ihn durch ihre Rhetorik täuschen könnten, daß sie aber solche Täuschung im Jenseits im Höllenfeuer zu büßen hätten. Diese Überlieferung vom Propheten findet sich in den Rechtsbüchern aller sunnitischen Rechtsschulen.<sup>69</sup> Kein Richter, nicht einmal der

<sup>68</sup> Ein guter Überblick über die Positionen der Schulen IBN QUDĀMA, Muḡnī (Fn. 30), Bd. XII, pp. 23–25.

<sup>69</sup> ŠĀFI'Ī, Umm (Fn. 12), Bd. VI, p. 199, SARĀḤSĪ, Mabsūt (Fn. 17), Bd. XVI, p. 86, IBN QUDĀMA, Muḡnī (Fn. 30), Bd. XI, p. 402, IBN FARḤŪN, Tabsirat al-ḥukkām (Fn. 57), Bd. I, p. 84.

Prophet, ist vor Irrtümern bei der Faktenfeststellung geschützt. Das moralische Risiko, das daraus entsteht, haben die Parteien zu tragen. Der juristische Erfolg im Diesseits kann schwerwiegende Strafen im Jenseits nach sich ziehen. Der Prozess findet also auf zwei Ebenen statt: vor der fehlerhaften Justiz der Menschen im Diesseits und der unfehlbaren Justiz Gottes im Jenseits. Der Erfolg der Partei im Justizverfahren ist nicht identisch mit der moralischen oder religiösen Legitimierung ihrer Ansprüche. Die Zweideutigkeit menschlicher Erklärungen als Beweismittel ist geeignet, den *Qādī* zu täuschen und moralisch nicht zu rechtfertigende Parteierfolge möglich zu machen.

Am ehesten kann der *Qādī* dem Geständnis trauen, da es durchaus vernünftig ist, anzunehmen, daß sich niemand zu Unrecht Verpflichtungen auferlegt oder Schaden zufügt, wenn er dazu seine eigene Aussage fälschen muß.<sup>70</sup> Sehr viel weniger sicher ist die Zeugenaussage. *Saraḥsī* verweist auf ihren irrationalen Charakter:

„Der Analogieschluß (zu den Prinzipien und Normen des Rechts) schließt die Idee aus, daß man die Zeugenaussage als gültigen Beweis ansehen könne, denn es handelt sich bei ihr um einen zweideutigen Bericht, der ebensogut Lügen wie Wahrheiten übermitteln kann. Im Prinzip dürfte ein zweideutiger Bericht nicht als juristischer Beweis dienen, mit dem man Dritten Verpflichtungen auferlegt. Wir geben aber die Konsequenzen des Analogieschlusses auf und schließen uns den Offenbarungstexten an, die uns befehlen, unsere Urteile durch Zeugenaussagen zu begründen.“<sup>71</sup>

Um die Zeugenaussage glaubhaft zu machen, stellt man daher besonders hohe Anforderungen an den Ruf der Zeugen, der in einem eigenen Verfahren vor der Zulassung der Zeugen zum anhängigen Verfahren geprüft wird.<sup>72</sup> Darüber hinaus kann der *Qādī* nur versuchen, sich eine Meinung zur Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der Aussagen zu bilden.<sup>73</sup> Das gilt in noch stärkerem Maße für die schriftlichen Dokumente, die ins Verfahren eingebracht werden oder aus dem

<sup>70</sup> QĀDIZĀDEH, *Natā'ig al-Afkār fi Kašf ar-Rumūz wa l-Asrār*, gedruckt als VI. Band des *Šarḥ Fath al-Qadīr* des IBN AL-HUMĀM, Kairo: 1356H., p. 281.

<sup>71</sup> SARAḤSĪ, *Mabsūt* (Fn. 17), Bd. XVI, p. 112; vgl. auch p. 114 und Bd. XVII, pp. 29, 31 und SARAḤSĪ, *Uṣūl* (Fn. 63), Bd. II, p. 141.

<sup>72</sup> Zur Geschichte dieses Verfahrens siehe JOHANSEN, *Wahrheit und Geltungsanspruch* (Fn. 61), pp. 1003–1012.

<sup>73</sup> JOHANSEN, *Vérité et Torture* (Fn. 10), p. 155.

Verfahren entstehen.<sup>74</sup> Das *Qāḍī*-Urteil kann also nicht den Anspruch erheben, die Wahrheit der Fakten oder die religiöse Wahrheit des Falls zu verkörpern. Der von mir schon mehrfach zitierte Saraḥsī schreibt:

„Es gibt überhaupt keinen Weg, wirklich zu wissen, was in einer Aussage glaubwürdig und was eine Lüge ist. Gott, der Erhabene, gibt uns keinen Zugang zur Wahrheit über die Glaubwürdigkeit eines Berichts, der von jemandem stammt, den Gott nicht gegen die Lüge geschützt hat. Man kann dem *Qāḍī* keinen Vorwurf daraus machen, daß er nicht erforscht, was er nicht wissen kann, denn er ist nur verpflichtet, nach seiner Fähigkeit zu handeln.“<sup>75</sup>

Die einzige Möglichkeit, die der *Qāḍī* hat, kein Willkür-Urteil zu treffen, ist das peinlich genaue Festhalten an der Prozedur. Solange er sich an die Vorschriften des Prozeßrechts hält, ist sein Urteil selbst dann gültig, wenn er sich in den Fakten irrt und falschen Erklärungen aufsitzt. Die Autorität des gefällten Urteils beruht nicht auf der Wahrheit der Fakten. Sie beruht auf der Autorität des Amts, die gewahrt und bekräftigt wird durch die Einhaltung der richtigen Prozedur. Dieses Festhalten an der Prozedur als der Verfahrensform, die den zweideutigen Wortbeweisen, den Erklärungen der Parteien und Zeugen, einen juristischen Beweiswert sichert, ist dogmatisch der stärkste Faktor in der Verwerfung der richterlichen Folter. Eine Theorie der Äußerungen und Äußerungsbedeutungen, die in der juristischen Argumentationstheorie (*uṣūl al-fiqh*) formuliert wird,<sup>76</sup> regelt die Bedingungen, die Sachbereiche und die Formen, in denen Äußerungen ihre Bedeutungen – und damit ihre Rechtswirkungen – unter Zwang behaupten können. Das richterliche Verfahren, das auf die Verhängung von Körperstrafen zielt, gilt in dieser Theorie als außerordentlich empfindlich. In den Verfahren der *Qāḍī*-Justiz beraubt jede Nötigung durch Foltermethoden die Äußerungen der Angeklagten oder der Zeugen ihrer Wahrscheinlichkeit und nimmt ihnen damit auch den Charakter von Beweismitteln.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> EMILE TYAN, *Le Notariat et le Régime de la Preuve par Ecrit dans la Pratique du Droit Musulman*, (Annales de la Faculté de Droit de Beyrouth 1945), BABER JOHANSEN, *Formes de langage et fonctions publiques. Stéréotypes, témoins et offices dans la preuve par l'écrit en droit musulman*, in: *Arabica* 44, Fascicule 3 (Juillet 1997), pp. 333–376.

<sup>75</sup> SARAḤSĪ, *Mabsūt* (Fn. 17), Bd. XVI, p. 182.

<sup>76</sup> WAEL HALLAQ, *Islamic Legal Theories* (Fn. 61), Kapitel 2.

<sup>77</sup> SARAḤSĪ, *Mabsūt* (Fn. 17), Bd. XXIV, pp. 70–72, 103–105 (hier werden Haft und Fesselung deutlich aus dem illegalen *ikrah*-Bereich herausgelöst), vgl. SANHŪRĪ, *Maṣādir al-ḥaqq* (Fn. 13, Fn. 63).

*Indizien als Beweismittel in der klassischen Doktrin  
sunnitischen Rechts*

Man könnte vermuten, daß diese Art, das Folterverbot zu begründen, auf die Unzulässigkeit jedes Sach- oder Indizienbeweises zurückzuführen sei. Tatsächlich haben zwei der bedeutendsten Historiker des islamischen Rechts, Joseph Schacht und Noel J. Coulson, behauptet, daß Indizienbeweise im islamischen Recht nicht zulässig seien. Schacht schreibt dazu: „Circumstantial evidence is not admitted (the isolated case of the *kasāma* does not belong systematically to the context of evidence).“<sup>78</sup> Coulson geht noch einen Schritt weiter. Er lehrt: „Written evidence was not acceptable and any form of circumstantial evidence was totally inadmissible.“<sup>79</sup> Beide Aussagen sind falsch. Schriftliche Beweismittel sind tatsächlich – z. B. im Fall der stereotypierten Dokumente – vom 10. Jahrhundert an als beweiskräftiges Dokument anerkannt. Vom 11. Jahrhundert an werden Urkunden von Händlern, Wechslern und Maklern zuerst in einigen Regionen, später allgemein als Beweisdokumente akzeptiert.<sup>80</sup> Im Gegensatz zu den Lehren von Schacht und Coulson erkennt die Dogmatik aller Schulen auch Indizien als Beweismittel an. Ich zähle hier nur einige der wichtigsten auf: Die Lage der Balken in den Mauern, die Häuser gegeneinander abgrenzen, entscheidet über das Eigentum an Mauern und Balken.<sup>81</sup> Bei der Auflösung des gemeinsamen Haushalts eines Ehepaars infolge eines Scheidungsverfahrens entscheidet beim Streit der Eheleute um beweglichen Besitz die Alltagserfahrung und die regionale Sitte darüber, welche Gegenstände üblicherweise von Frauen und welche von Männern benutzt werden. Nach diesem Kriterium richtet sich der *Qādī* bei der Zusprechung der Eigentumsrechte an diesen Gegenständen. Die gleiche Grundregel gilt beim Streit zwischen Handwerkern verschiedener Branchen um ihre Werkzeuge und beim Streit zwischen Mietern und Vermietern um Teile der Wohnungsein-

<sup>78</sup> JOSEPH SCHACHT, Introduction (Fn. 55), p. 192 s.

<sup>79</sup> NOEL J. COULSON, *A History of Islamic Law*, Edinburgh: University Press 1964, p. 125.

<sup>80</sup> JOHANSEN, *Formes de langage* (Fn. 74), pp. 360–372.

<sup>81</sup> SARAHSI, *Mabsūt* (Fn. 17), Bd. XVII, pp. 87–91. Zu den Mālikiten siehe JEAN-PIERRE VAN STAËVEL, *Casa, Calle y Vecindad en la Documentacion Juridica*, in: *Casas y Palacios de Al-Andalous*, hg. von JULIO NAVARRO PALAZOR, Barcelona: Cunwerg Editores 1995, p. 58 s. Zu den Hanbaliten siehe IBN QUDĀMA, *Muġnī* (Fn. 30), Bd. V, pp. 41–44. Šāfi‘ī allerdings spricht sich eindeutig gegen den Indizienbeweis aus: ŠĀFI‘Ī, *Umm* (Fn. 12), Bd. VII, pp. 296–297, 304.

richtung.<sup>82</sup> Sachen, die nur einmal produziert werden können (z. B. kostbare Schwerter), unterliegen anderen Regeln des Eigentumsnachweises als solche, die in identischen Serien herstellbar sind.<sup>83</sup> Schließlich gibt der Wert des Pfandes Aufschluß über die Höhe des Anspruchs, den der Pfandnehmer gegen den Pfandgeber erheben kann.<sup>84</sup> Auch in der klassischen Doktrin des islamischen Rechts gibt es also durchaus die Sachen, die für sich selbst sprechen und die als Indizien zur Entscheidung von solchen Streitfällen herangezogen werden können, in denen die Parteien weder Zeugen noch Dokumente beibringen können. Aber in allen Streitfällen, die sich auf Eigentumsfragen beziehen, bestätigen solche Indizien nur den äußeren Anschein. Der Besitzer einer Sache kann sie zur Zurückweisung von Ansprüchen Dritter gegen sein Eigentum geltend machen, aber nicht der Nicht-Besitzer als Beweis eigener Ansprüche auf ein Eigentum an Sachen, die sich im Besitz eines anderen befinden.<sup>85</sup> Solche Indizien sind – mit wenigen Ausnahmen – nur durch Zeugenaussagen widerlegbar. Soweit es sich nicht um Eigentumsansprüche an Sachen, sondern um Aussagen handelt, die den Status eines potentiell Erbberechtigten betreffen, z. B. den Tod des gleich nach der Geburt verstorbenen Kindes, verlangen die Malikiten als Indiz der Glaubhaftmachung die Vorlage des Leichnams des gestorbenen Kindes. Das Vorlegen des Körpers des Neugeborenen wird zur Bedingung *sine qua non* für die Akzeptierung der Aussage von Frauen zu dessen Todeszeit und Todesursache.<sup>86</sup> In einer einzigen Form des Strafprozesses, d. h. eines Prozesses, der mit dem Ziel der Verhängung einer Strafe gegen Leib oder Leben geführt wird, ist die Geltung der Indizien als Beweismittel sehr viel weitgehender. Es handelt sich um den Prozeß wegen ungesetzlichen Geschlechtsverkehrs, den man der freien Frau macht, die schwanger wird, ohne verheiratet zu sein. Die Malikiten,<sup>87</sup> Schafiiiten<sup>88</sup> und Hanafiten<sup>89</sup> verurteilen diese Schwangere auch ohne Zeugenaussage

<sup>82</sup> SARAḤSĪ, Mabsūt (Fn. 17), Bd. XVII, p. 69 s. ŠĀFI'Ī, Umm (Fn. 12), Bd. VII, p. 15 und ISMĀ'ĪL B. YAḤYĀ AL-MUZANĪ, *Muḥtaṣar* (abgedruckt als letzter Band des *al-Umm* von ŠĀFI'Ī), p. 318. IBN QUDĀMA, Muḡnī (Fn. 30), Bd. XII, pp. 225–228.

<sup>83</sup> SARAḤSĪ, Mabsūt (Fn. 17), Bd. XVII, pp. 72, 75–77.

<sup>84</sup> SAḤNŪN, Mudawwana (Fn. 36), Bd. XIV, p. 28 s.

<sup>85</sup> SARAḤSĪ, Mabsūt (Fn. 17), Bd. XVII, pp. 67, 72, 80, 87 s., 90 s.

<sup>86</sup> SAḤNŪN, Mudawwana (Fn. 36), Bd. XIII, pp. 7, 8, 11.

<sup>87</sup> SAḤNŪN, Mudawwana (Fn. 36), Bd. XVI, p. 50 ss.

<sup>88</sup> MUZANĪ, *Muḥtaṣar* (Fn. 82), p. 533.

<sup>89</sup> SARAḤSĪ, Mabsūt (Fn. 17), Bd. IX, p. 50, Bd. XVII, p. 113.

und Geständnis wegen illegaler sexueller Beziehungen. Bis ins 13. Jahrhundert lehnen die Hanbaliten eine so weitgehende Geltung des Indizes in diesem Falle ab.<sup>90</sup> Erst im 14. Jahrhundert schließen sich die neo-hanbalitischen Autoren der Doktrin von der „politischen Funktion islamischer Normativität“ (*siyāsa šar‘īya*) dieser Regelung an und machen sie zum Ausgangspunkt für eine allgemeine Theorie des Indizienbeweises, die der Legalisierung der richterlichen Folter als Untersuchungsmethode dient. Die klassische Doktrin der Malikiten und Hanbaliten läßt bei einem begründeten Anfangsverdacht (*laüt*) auf vorsätzliche Tötung gegen eine einzelne Person oder gegen eine Gruppe den Gruppeneid (*qasāma*) der geschädigten Familie zu, aufgrund dessen dann das Todesurteil gegen einen der Verdächtigen ausgesprochen werden kann, ohne daß dieser eine Möglichkeit hätte, sich zu verteidigen. Die Hanafiten und Schafiten lehnen ein Verfahren ab, in dem eine Todesstrafe aufgrund eines nicht bewiesenen Verdachts verhängt werden kann. Tatsächlich ist der Anfangsverdacht (*laüt*), der den Gruppeneid legitimiert, wie der Hanbalit Ibn Qudāma ausführt, „eine nicht gesicherte Vermutung, die sich dem Denken aufdrängt“<sup>91</sup> und die nahelegt, daß der Angeklagte wegen seiner Gruppenzugehörigkeit oder seiner Feindschaft gegen das Opfer in die Tötung verwickelt sei.<sup>92</sup> Diese Vermutung können die Kläger – auch wenn sie zum Zeitpunkt des Todes Hunderte von Kilometern vom Tatort entfernt waren – beschwören,<sup>93</sup> und ihr Schwur löst dann, bei den Malikiten und Hanbaliten, das Todesurteil gegen den Verdächtigen aus. Die muslimischen Juristen der klassischen Periode bestreiten nicht, daß Anfangsverdacht und Gruppeneid bestenfalls schwache Ersatzbeweise seien,<sup>94</sup> daß sie nichts wirklich beweisen und daß es daher notwendig sei, sie soweit wie möglich einzugrenzen. Aber, so führen sie aus, weil der Prophet das Verfahren gebilligt habe, sei es auch fortzusetzen. Die neo-hanbalitischen Autoren der Doktrin der politischen Justiz werden vom 14. Jahrhundert an die Regelung des nicht-beweisbaren Anfangsverdachts, wie sie sich in der klassischen Doktrin der Tötung aufgrund eines Gruppeneides (*qasāma*) findet, zu einem zentralen Element ihrer Lehre vom Indizienbeweis machen, der den Einsatz der Folter rechtfertigt.

<sup>90</sup> IBN QUDAMA, Muğnī (Fn. 30), Bd. X, p. 193 s.

<sup>91</sup> IBN QUDAMA, Muğnī (Fn. 30), Bd. X, p. 34.

<sup>92</sup> IBN QUDAMA, Muğnī (Fn. 30), Bd. X, pp. 3–13, 30, 34.

<sup>93</sup> IBN QUDAMA, Muğnī (Fn. 30), Bd. X, p. 36.

<sup>94</sup> IBN QUDAMA, Muğnī (Fn. 30), Bd. X, pp. 7, 20, 33, 34.

### Der Zensurprozeß

Für die Autoren der Doktrin von der „politischen Funktion der islamischen Normativität“ gibt es einen weiteren Anknüpfungspunkt an die klassische Doktrin des sunnitischen Rechts in der Lehre vom Zensurprozeß (*ta'zīr*). Die Schuldoktrinen des sunnitischen Rechts bestimmen das in Straf- und Zivilprozessen anzuwendende Verfahrens- und Beweisrecht. Sie tun das aber nicht für den Zensurprozeß. Weder die Vergehen noch das Prozeßrecht<sup>95</sup> oder die Strafen sind festgelegt. Es steht nicht einmal immer fest, ob der Strafe ein Vergehen zugrunde liegen muß. Im Zensurprozeß kann der Richter alles bestrafen, was ihm von Übel zu sein scheint. Es kann sich jeder zum Zeugen eines solchen Vergehens machen und die Täter beim *Qādī* im Namen der Religion und des öffentlichen Interesses verklagen. Wie im Strafprozeß, in dem es um die Verhängung gesetzlich festgelegter Strafen gegen Leib und Leben geht, fallen auch im Zensurprozeß Zeugen und Ankläger häufig zusammen, der Zeuge, der den Angeklagten belastet, riskiert aber in der Regel keine Strafe wegen falscher Beschuldigung, wenn die Anklage nicht zureichend bewiesen werden kann. Nur zwei Grenzen sind dem richterlichen Ermessen im Zensurprozeß gesetzt. Erstens darf der *Qādī* nicht foltern, um ein Geständnis zu erzielen. Zweitens darf das Ausmaß der Strafen, die er verhängt, nie das Ausmaß der vom Gesetz festgelegten Körperstrafen erreichen. Todesstrafen und Verstümmelungsstrafen sind also im Prinzip ausgeschlossen.<sup>96</sup>

Ich fasse zusammen: In der klassischen Doktrin des muslimischen Rechts ist weder im Zivil- noch im Strafprozeß die Folter als Untersuchungsmethode der *Qādī*-Justiz zugelassen. Ausnahmen von dieser Aussage bilden, spätestens seit dem 9. Jahrhundert, die malikitischen Strafprozesse gegen verdächtige Personen von schlechtem Leumund und, seit dem elften Jahrhundert, eine hanafitische Minderheiten-Doktrin. Die herrschende Lehrmeinung aller Schulen der hier untersuchten Periode (9.–13. Jahrhundert) stellt den Wahrheitsgehalt von

<sup>95</sup> Im 12. Jahrhundert versuchen prominente hanafitische Juristen in Syrien, den *ta'zīr* dem strengen Verfahrensrecht der Prozesse, in denen auf Strafen gegen Leib und Leben geklagt wird, anzugleichen, können sich damit aber nicht durchsetzen, siehe JOHANSEN, Hanafitisches Strafrecht (Fn. 26), p. 53.

<sup>96</sup> JOHANSEN, Hanafitisches Strafrecht (Fn. 26), pp. 47–61, 71–73; IDEM, The Claims of Men and the Claims of God. The Limits of Government Authority in Hanafite Law, in: *Pluriformiteit en verdeling van de macht in het midden oosten*, hg. von. C. M. DE MOOR, (M. O. I. publicatie 4), Nijmegen 1980, pp. 84–90.

Aussagen und Eiden grundsätzlich in Frage. Da alle Aussagen wahr oder falsch sein können, stellen sie grundsätzlich nicht mehr als „sich aufdrängende Vermutungen“ (*galbat az-zann*) dar. Nur die Anerkennung der Glaubwürdigkeit der Zeugen durch das soziale Milieu, in dem sie verkehren, kann dem *Qādī* als Indiz für die Aufrichtigkeit ihrer Aussagen im Prozeß gelten. Deshalb ist die Sorgfalt, mit der er die Auswahl und Zulassung der Zeugen kontrolliert, Teil seiner Beweissicherung. Da aber jede Aussage zwischen Aufrichtigkeit (*ṣidq*) und Lüge (*kiḍb*) schwankt, kann sie als Rechtshandlung nur zugelassen werden, wenn ihre Freiwilligkeit außer Frage steht. Die Folter ist daher als Untersuchungsmethode ausgeschlossen. Nur wenn der Leumund des Beklagten diesen für schuldig erklärt, kann – nach der Meinung angesehener malikitischer Juristen und einer seit dem 11. Jahrhundert nachweisbaren Minderheitenmeinung der Hanafiten – der *Qādī* ihn straflos der Folter als Untersuchungsmethode unterwerfen. Die Würdigung von Indizien führt, in der klassischen Doktrin des sunnitischen Islam, ebenfalls nicht zur Anerkennung der Folter als Untersuchungsmethode. Im Zivilprozeß, der der Auseinandersetzung um Vermögenswerte dient, ist die Beweiskraft der Indizien durch das Verfahrensrecht eingegrenzt. Sie dient nur der Abwehr von Ansprüchen. Im strafrechtlichen Indizienprozeß um Vergewaltigung und unzüchtige sexuelle Beziehungen werden die Anforderungen an die Strafbegründung in den meisten Rechtsschulen dann stark herabgesetzt, wenn es sich um die strafrechtliche Bewertung der Schwangerschaft einer unverheirateten Frau handelt. Dieses Indiz muß aber in der Regel nicht durch Folter zur Kenntnis gebracht werden. Im Zensurprozeß sind die Anforderungen an das Verfahrens- und Beweisrecht stark herabgesetzt und der Indizienbeweis zugelassen; aber die beiden Grenzen, die dem *Qādī* gesetzt werden, sind das Folterverbot und das Verbot, Todes- oder Verstümmelungsstrafen auszusprechen.

*Die juristische Legitimierung der Folter als Untersuchungsmethode:  
Europa und der Nahe Osten im 13. und 14. Jahrhundert*

Die zweite Hälfte der hier untersuchten Periode, die vom 9. bis 13. Jahrhundert reicht, sieht das Entstehen und den Fall der Kreuzzugsherrschaften im Nahen Osten (1096–1291). Das Recht der Kreuzzugszeit in Europa ist weitgehend durch den *accusatio*-Prozeß, durch den Parteienstreit bestimmt. Aber in der Kreuzzugszeit wird der Parteienstreit häufig durch die Erwartung überlagert, daß Gott selbst

im Prozeß die Wahrheit durch Gottesurteil und Justizduell zutage bringe, sich gewissermaßen auf die Seite des Siegers stelle und diesen religiös legitimiere. Der Erfolg ist eher der einer Person als der einer Sache. Yan Thomas hat mit guten Gründen die These aufgestellt, daß das Konzept einer objektiven Wahrheit, die durch das Richterurteil festgestellt werde, sich erst mit dem *inquisitio*-Prozeß durchsetze.<sup>97</sup> Im islamischen Recht ist der Übergang, der zwischen dem 13. und dem 14. Jahrhundert stattfindet, anders gelagert. Bis zum 13. Jahrhundert differenziert das islamische Recht zwischen dem Wahrheitsanspruch der Gesetzesquellen und Normengeltung, zwischen sicherem Wissen und Autorität des Richters, zwischen der Fähigkeit des Richters, durch Beweismittel, die nie sicheres Wissen garantieren können, Recht zu setzen, Konflikte zu regeln und dem so gefundenen Urteil Geltung zu verschaffen, einerseits, seinem jederzeit möglichen Irrtum bei der Feststellung und Bewertung der Fakten und Normen andererseits. Es akzeptiert die Fehlbarkeit und Kontingenz menschlichen Urteilens und die Notwendigkeit, das Urteil durch Beweismittel und geregelte Verfahren zu legitimieren. Es vereint den Anspruch auf ein rational begründbares Verfahren mit der Akzeptanz der Tatsache, daß es unmöglich ist, den Beweismitteln der *Qāḍī*-Justiz uneingeschränkte kognitive Anerkennung zu sichern. Durch diese Differenzierung unterscheidet sich das sunnitische Recht vom europäischen *ius commune* des späten 12. und frühen 13. Jahrhunderts, und auf sie gründet sich das sunnitische Konzept der Verfahrensgerechtigkeit und das dadurch geforderte Folterverbot. Die Doktrinen der „politischen Funktion der islamischen Normativität“, die im 13. und 14. Jahrhundert entwickelt werden, berufen sich auf die positive Erfahrung, die die islamische Gemeinde mit der politischen Justizpraxis des Propheten, der ersten Kalifen und der Prophetengefährten gemacht habe, um im Namen

<sup>97</sup> J. H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof*, Chicago: Chicago University Press 1977, E. PETERS, *Torture*, Oxford: Basil Blackwell 1985, R. M. FRAHER, Preventing Crime in the Middle Ages: The Medieval Lawyer's Search for Deterrence, in: *Popes, Teachers, and Canon Law in the Middle Ages*, hg. von J. ROSS SWEENEY und S. CHODOROV, Ithaca: Cornell University Press 1989, P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto commune*, 2 Bände, Mailand: Giuffrè 1954, YAN THOMAS, Arracher la vérité (Fn. 53). Zu einer immanenten Kritik an der Identifizierung von Wahrheit und erfolgterem Geständnis siehe die Praxis der *discarichi di coscienza*, die in Sizilien von den zu Tode Verurteilten am Tage vor ihrer Hinrichtung diktiert werden und in denen sie die „*pura verità*“ ihrer *discarichi* mit der Wahrheit konfrontieren, die ihnen unter der Folter abgepreßt wurde und die sie in ihrer letzten Gewissenserklärung widerrufen, siehe MARIA PIA DI BELLA, *La pura verità. Discarichi di coscienza intesi dai „Bianchi“ (Palermo 1541–1820)*, Palermo: Sellerio Editore 1999, pp. 30–35.

dieser Erfahrung den epistemologischen Skeptizismus und den Formalismus des auf dem Wortbeweis begründeten Verfahrensrechts in ihrer Geltung einzuschränken.

Die Berichte über das Befremden, mit dem die Muslime der Kreuzzugszeit die Gottesurteile und Justizduelle der Kreuzfahrer zur Kenntnis nehmen, hat Bernard Lewis in seinem *Muslim Discovery of Europe* zusammengestellt.<sup>98</sup> Es genügt, die angewiderten und ironisch gefärbten Beschreibungen der Kreuzfahrerjustiz durch höfisch gebildete zeitgenössische Muslime zu lesen, um die Distanz zwischen den beiden Rechtskulturen um die Mitte des 12. Jahrhunderts zu messen. Der syrische Ritter Usāma b. Munqid (st. 1188) beschreibt die Justizduelle als barbarische Schauspiele eines wilden catch-as-catch-can und endet seine Beschreibung mit den Worten: „Dies ist ein Beispiel ihrer Rechtswissenschaft und ihres Verfahrens, möge Gott sie verfluchen.“<sup>99</sup> Daß aus dem Kampf mit Knüppeln und Schilden Wahrheit und Gerechtigkeit hervorgehen solle, ist mit dem Justizverständnis der Muslime dieser Zeit nicht vereinbar. Die Idee, daß Gott durch Gottesurteil und Justizduell die Wahrheit in jedem Einzelfall ans Licht bringe, ist der Rechtskultur der Muslime dieser Zeit sehr fremd. Aber auch in Europa verliert in der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts diese Vorstellung an Überzeugungskraft. W. Trusen hat darauf hingewiesen, daß bis ins 12. Jahrhundert in den klassischen europäischen *accusatio*-Prozessen der Ankläger, der seine Klage nicht zureichend beweisen kann, das Risiko läuft, sich selbst der Strafe auszusetzen, die er dem Verklagten zgedacht hatte. Dieses Risiko des Anklägers habe die Organisation einer zentralisierten Strafverfolgung sehr erschwert und das habe unter den Juristen die Tendenzen zur Stärkung der Position des Anklägers gefördert.<sup>100</sup> Die Bestrafung des Anklägers, der seine Klage nicht durch Zeugen beweisen kann, kennt auch das islamische Recht. Das Prinzip läßt sich in den malikitischen „Verdachtsprozessen“ ebenso nachweisen wie in der Prügelstrafe für Verleumdung, die das Recht aller sunnitischen Schulen denjenigen auferlegt, die eine Anklage wegen illegaler Sexualbeziehungen er-

<sup>98</sup> New York 1982, pp. 216–218.

<sup>99</sup> Zitiert nach USĀMA B. MUNQID, *Arab-Syrian Gentleman and warrior in the Period of the Crusades*, übers. von PHILIPP HITT, Princeton: Princeton University Press 1987, p. 168.

<sup>100</sup> W. TRUSEN, Zur Bedeutung des geistlichen Forum internum und externum für die spätmittelalterliche Gesellschaft, in: *ZRG KA* 108, 76 (1990), p. 279.

heben, ohne sie durch die ausreichende Zahl verlässlicher Zeugen abzusichern. Wie die europäischen Juristen des *ius commune* im 12. und 13. Jahrhundert haben daher auch die muslimischen Juristen, die im 13. und 14. Jahrhundert die Bedeutung der „politischen Funktion der islamischen Normativität“ zur Grundlage ihrer Reinterpretation des islamischen Rechts machen, nach Formen des Verfahrensrechts gesucht, die das Risiko von Klägern und Zeugen mindern. Richard Fraher hat darauf aufmerksam gemacht, daß die päpstlichen Behörden, die im 12. Jahrhundert die Rationalisierung des Beweisrechts vorbereiteten, durch die Einführung des Prinzips der aktiven Strafverfolgung, d. h. der amtlichen Untersuchung, ein Instrument in die Hand bekamen, das den höchsten Rängen der kirchlichen Hierarchie erlaubte, eigene Untersuchungen zu führen und ihre Gegner gezielt zu verfolgen. Aus dieser Praxis entwickle sich die Durchsetzung der Folter im europäischen Strafprozeß.<sup>101</sup> Trusen bestätigt diese Interpretation der Durchsetzung des kirchlichen Inquisitionsprozesses, führt allerdings als Grund für die Durchsetzung der Folter die Praxis der norditalienischen Gemeinden unter dem Einfluß der Rezeption des römischen Rechts an.<sup>102</sup> Auch in den Doktrinen des muslimischen Rechts, die im 13. und 14. Jahrhundert im mamluckischen Reich entwickelt werden, um die „politische Funktion islamischer Normativität“ wahrzunehmen, wird durch die Änderung des Verfahrensrechts dem *Qādī* – ebenso wie allen anderen Richtern – die Initiative zur Durchführung von eigenen Untersuchungen, d. h. zum *inquisitio*-Prozeß zugestanden. Die europäische Rechtsentwicklung des 12. und 13. Jahrhunderts, die den im 13. und 14. Jahrhundert entwickelten Doktrinen von der „politischen Funktion der islamischen Normativität“ vorausgeht, führt zu einem neuen Verhältnis zwischen *ius commune* und sunnitischem islamischem Recht. Einerseits entwickelt das *ius commune* ein System des Beweisrechts, das dem der muslimischen Juristen insofern vergleichbar ist, als es die Aussagen vertrauenswürdiger Zeugen und das Geständnis des Angeklagten zu den beiden wichtigsten Beweisformen macht. Andererseits weist es den Indizien die Funktion zu, die Stärke des Verdachts gegen den Angeklagten zu messen. In dem so transformierten Recht ersetzt, wie Langbein formuliert, der Richter Gott.<sup>103</sup> Das gilt nicht nur für die Entschei-

<sup>101</sup> FRAHER, Preventing Crime (Fn. 97), p. 231.

<sup>102</sup> TRUSEN, Bedeutung (Fn. 100), p. 279 s.

<sup>103</sup> LANGBEIN, Torture (Fn. 97), p. 7.

dung über Erfolg und Mißerfolg der Parteien, sondern auch für den Anspruch, die Wahrheit durch den Gerichtsprozeß festzustellen. In diesem und in einem weiteren Punkt unterscheidet sich das Verfahrensrecht des europäischen *ius commune* in der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts von dem Verfahrens- und Beweisrecht der sunnitischen Rechtsschulen des Islam. Das *ius commune* erliegt vom frühen 13. Jahrhundert an der Versuchung, die Wahrheitsgewißheit im Geständnis des Angeklagten zu finden. Indizien werden benutzt, um die inquisitorische Untersuchung zu legitimieren. In zunehmendem Maße dienen sie dazu, die richterliche Folter der Verdächtigen zu rechtfertigen. Von der Mitte des 13. Jahrhunderts an ist Folter im Namen der Wahrheitsfindung eine allgemein verbreitete Praxis der Justiz auf dem europäischen Kontinent.<sup>104</sup> In Dutzenden von Zitaten aus den Quellen des 13. und 14. Jahrhunderts belegt Piero Fiorelli die Praxis der Folter *ad requirendam veritatem*,<sup>105</sup> ihre Legitimation *si aliter veritas inveniri non possit* oder *si aliis probationibus veritas illuminari non possit*.<sup>106</sup> Die Legalisierung der Folter als Untersuchungsmethode ist eingebettet in das Konzept des Gerichtsverfahrens als eines Mechanismus' zur Herstellung der Wahrheit durch von Indizien ausgehende induktive Verfahren der Beweissicherung. Die Juristen des *ius commune* sind überzeugt, daß ihr rationales Beweissystem es ihnen erlaubt, die Wahrheit über die Fakten und die Motivation der Angeklagten zu ermitteln.<sup>107</sup> Die kognitiven Fähigkeiten des Richters, der demonstrative Charakter der rationalen Beweise und die rationale Plausibilität der Folter als einer Prozedur, die die Indizien verstärkt und das Geständnis vorbereitet, bilden den Mechanismus, in dem das Gerichtsverfahren Wahrheit produziert. Die Wahrheit, die zutage zu fördern ist, verbirgt sich in den Fakten und den Personen. Die Folter ist einzusetzen, um sie zugänglich zu machen. Diese Konzeption von der „Wahrheit der Fakten“ findet sich schon im 13. Jahrhundert bei Tancred, der die peinliche Befragung einsetzen will *ad investigandam veritatem rei*.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> LANGBEIN, Torture (Fn. 97), p. 7. PETERS, op. cit. (*supra* Fn. 97), pp. 47–50, 52–54, 56–58. Für die römische Tradition dieser Verbindung von Wahrheitserforschung und Folter siehe YAN THOMAS, Arracher la vérité (Fn. 53).

<sup>105</sup> FIORELLI, Tortura giudiziaria (Fn. 97), Bd. II p. 9, Anm. 15.

<sup>106</sup> FIORELLI, Tortura giudiziaria (Fn. 97), Bd. II, p. 9 s.

<sup>107</sup> PETERS, Torture (Fn. 97), p. 57 s.

<sup>108</sup> TANCREDEUS BONONIENSIS, Ordo iudicarius, in: PILLIUS, TANCREDEUS, GRATIA, *Libri de iudiciorum ordine*, hg. von FRIEDRICH CHRISTIAN BERGMANN, Göttingen 1842, Reprint Aalen: Scientia Verlag 1965, pp. 210, 239.

*Die „politische Funktion der islamischen Normativität“  
(siyāsa šarʿiya)*

In Europa wird im 12. und 13. Jahrhundert die richterliche Folter durch die Pflicht zur Wahrheitsfeststellung legitimiert. Mit einer anderen Dogmatik, aber offensichtlich mit vergleichbaren praktischen Zielsetzungen, wird vom Ende des 13. Jahrhunderts an auch im Nahen Osten eine Ausweitung der richterlichen Untersuchungs- und Strafkompetenzen gefordert. Die dem entgegenstehenden Formen der klassischen Doktrin werden für überholt erklärt, und im Namen von Gerechtigkeit, Rationalität und Effizienz einerseits, unter Berufung auf die positive Erfahrung der Muslime mit der politischen Justizpraxis der charismatischen Personen der frühen muslimischen Gemeinde in Medina andererseits, wird die Einführung der richterlichen Folter als Untersuchungsmethode verlangt. Auch hier wird das Risiko der Zeugen verringert – vor allem dadurch, daß die Anforderungen an Ruf und Charakter der Personen gesenkt werden, deren Aussagen der *Qāḍī* seinem Urteil zugrunde legen darf.<sup>109</sup> Die Zeugenaussage gilt

<sup>109</sup> IBN QAYYIM AL-ĠAUZĪYA, *Aṭ-Turuq al-ḥukmīya fi as-siyāsa aš-šarʿiya aw al-Firāsa al-marḍīya fi aḥkām as-siyāsa aš-šarʿiya*, hg. von MUḤAMMAD ḤĀMĪD AL-FAQĪ, Beirut: Dār al-kutub al-ilmīya o. J., pp. 76–79 will, unter Berufung auf das Vorbild des Propheten, einen einzigen Zeugen, auch ohne ergänzende Eide des Klägers, als zureichende Urteilsgrundlage zulassen, vgl. *ibidem*, pp. 126–131, vgl. p. 85; p. 77 erklärt er den Unterschied zwischen „Information“ (*iḥbār*) und „Zeugnis“ (*šahāda*) – und folglich den Unterschied zwischen Informanten und Zeugen – für eine unwesentliche philologische Differenz, vgl. *ibidem*, pp. 127–128, 202–204, 230–231; *ibidem*, pp. 165–170 verteidigt er – in Übereinstimmung mit der klassischen hanbalitischen Doktrin (siehe IBN QUDĀMA, Muġnī [Fn. 30], Bd. XII, pp. 70–73) – das Recht des Richters, Sklaven als Zeugen heranzuziehen. Als Beweis für die Richtigkeit dieser These dient ihm das Faktum, daß der Sklave religiöses Wissen glaubwürdig überliefern können, er setzt so per Analogie die Überlieferung religiösen Wissens und den Zeugenstatus im Gerichtsverfahren gleich. *Ibidem*, pp. 173–175 dient ihm das gleiche Argument als Grundlage für die Annahme von Zeugenaussagen von Menschen mit stadtbekannt lockerem Lebenswandel. *Ibidem*, p. 200 verweist er darauf, daß eine Information, die von vielen Personen gleichförmig überliefert wird, auch dann als glaubwürdig zu gelten habe, wenn sie von Nicht-Muslimen oder Personen mit schlechtem Leumund überliefert werde. Derselbe Autor erklärt in seinem vierbändigen *Ilām al-Muwaqqiʿin ʿan rabbi l-ʿālamīn*, Beirut: Dār al-Kutub al-ilmīya 1414H./1993, Bd. I, p. 75, daß eine vertrauenswürdige Frau in einigen Fällen als Zeugin ausreiche, es in anderen Fällen aber zweier Frauen mit starkem Gedächtnis und dem Eid des Klägers bedürfe, um eine gültige Zeugenaussage zu bewirken.

Zur Diskussion des Verhältnisses von Informant und Zeuge bei den Mälikiten siehe IBN FARḤŪN, *Taṣīrat al-ḥukkām* (Fn. 57), Bd. II, p. 148, wo deutlich wird, daß der „Informant“ im Sprachgebrauch die Bedeutung des „Spitzel“ hat. Für das Tunesien des 18. und 19. Jahrhunderts ist diese Terminologie in den Archivurkunden über Tötungsdelikte nachzuweisen. Die Anzeige des Verbrechens wird durch einen „Informanten“

von jetzt an als eines unter vielen „Zeichen“, die der Wahrheitsfindung dienen.<sup>110</sup> Den Indizien wird eine größere Bedeutung beigemessen und das Beweisrecht so versachlicht,<sup>111</sup> der Inquisitionsprozeß der *Qādis*

(*aḥbara bih*) vorgenommen, dessen Name routinemäßig in den Urkunden aufgeführt wird. Dieser Informant ist häufig ein Angehöriger der Militärverwaltung, er kann aber auch zur Zivilbevölkerung gehören. Eine detaillierte Darstellung des Sachverhalts und der Urkundenform findet sich bei Ġamāl Ibn Ṭāhir, *Al-Fasād wa-rad'uhu: ar-rad' al-mālī wa-aškāl al-muqāwama wa ṣ-ṣirā' bi l-bilād at-tūniṣiyya* (Manaba: Manšūrāt kulliyat al-adāb, 1995), pp. 52-53, 62, 65, 67, 69, 73, 75-76, 79, 80-82, 85-86, 89. Um private Anzeigen von Tötungsdelikten zu ermutigen, setzt die Obrigkeit den Denunzianten einen Anteil (*bašara*) an der Geldstrafe (*diyā maḥzanīya*) aus, die dem Beschuldigten auferlegt wird. Die Denunzianten, die diesen Anteil erhalten, werden deshalb in den Dokumenten der Verwaltung als *mubaššarūn* bezeichnet, *ibid.* p. 87. Ein vergleichbarer dokumentarischer Nachweis für solche Praktiken ist für die mamluckische Periode Ägyptens, Syriens und des Hedschas noch nicht möglich. Aber die Argumentation der hanbalitischen und malikitischen Juristen dieser Periode und die von ihnen gegebenen Beispiele legen in der Tat die Vermutung nahe, daß ihre Gleichsetzung von „Zeugen“ mit „Informanten“ dem Zweck dient, den „Informanten“ den gleichen Status zu geben, den in der klassischen Doktrin der sunnitischen Schulen nur die „Zeugen“ haben: die Aussage beider soll zureichen als Begründung eines richterlichen Urteils.

Zu den Aussagen eines einzigen Zeugen siehe IBN FARḤŪN, *Tabṣirat al-Hukkām* (Fn. 57), Bd. I, pp. 242, 245. *Ibidem*, Bd. I, p. 351: Wenn der Beklagte einen schlechten Ruf hat, so reicht in allen Zensurprozessen ein Zeuge als Urteilsgrundlage; das gilt, selbst wenn dieser Zeuge nicht die Anforderungen erfüllt, die für die Zulassung einer Zeugenaussage normalerweise gelten. Auch innerhalb der Prozesse um Tötungsdelikte kann die Aussage eines einzelnen Zeugen die Bastonade von 100 Peitschenhieben und unbegrenzte Haft auslösen. *Ibidem*, Bd. I pp. 462–481 referiert Ibn Farḥūn die Diskussion über den Status der Aussagen von Zeugen, die a) ohne Wissen des Beklagten seine Handlungen verdeckt bezeugt haben, b) ihr Wissen aus Vermutungen ableiten und *ibidem*, Bd. I, pp. 480–487 referiert er die Kasuistik der Zeugen, die durch ihre Zahl die Leumundsanforderungen ersetzen, die im Normalfall von den einzelnen Zeugen verlangt werden. Er verweist in diesem Zusammenhang p. 482 darauf, daß an die Informanten nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden wie an die Zeugen, vgl. Bd. II, pp. 147, 149 zum *mastūr*.

<sup>110</sup> Das alte Konzept einer Verfahrensgerechtigkeit, die auf den gerechten Zeugen (*'adl' udūl*) beruht, deren Aussagen einen „klaren Beweis“ (*bayyina*) darstellen, wird ersetzt durch ein versachlichtes Konzept des „klaren Beweises“ (*bayyina*), der aus einer Vielzahl von sachlichen, psychologischen und sozialen Zeichen besteht, deren Interpretation dem Richter (*ḥākim*) die richtige und gerechte Lösung des Falles ermöglicht. Diese neue Konzeption wird am klarsten entwickelt von IBN QAYYIM AL-ĠAUZĪYA, *Ṭuruq ḥukmīya* (Fn. 109), pp. 7, 12, 96–100 und IDEM, *I'lām al-Muwaqqi'īn* (Fn. 109), Bd. I, pp. 71, 76, 79. Es wird in dieser Form übernommen von IBN FARḤŪN, *Tabṣirat al-ḥukkām* (Fn. 57), Bd. I, pp. 240–243.

<sup>111</sup> Auch im Bereich der Indizienaussagen ist es IBN QAYYIM AL-ĠAUZĪYA, der die systematische Form der neuen Doktrin entwickelt und kasuistisch begründet: IDEM, *Aṭ-Ṭuruq al-ḥukmīya* (Fn. 109), pp. 7, 9–12, 19–22, 24, 47, 48–49, 60, 88, 93, 97–100, 113 s., 144 s., 214 s. und IDEM, *I'lām al-Muwaqqi'īn* (Fn. 109), Bd. I, pp. 69, 71, 80 s.; Ibn Farḥūn übernimmt die von Ibn Qayyim al-Ġauzīya erarbeiteten Positionen und erweitert kasuistisch den Anwendungsbereich, siehe seine *Tabṣirat al-ḥukkām* (Fn. 57), Bd. II, pp. 97, 118–135.

und in seinem Rahmen die richterliche Folter als Untersuchungsmethode legitimiert.<sup>112</sup>

Dogmatisch stellt diese neue Doktrin, die im mamluckischen Reich des 13. und 14. Jahrhunderts von den Damaszener Gelehrten Ibn Taimīya (1263–1328),<sup>113</sup> Ibn Qayyim al-Ğauzīya (st. 1351)<sup>114</sup> sowie dem malikitischen Qādī Medinas, Ibn Farhūn (1319–1397),<sup>115</sup> entwickelt wird, auf einen neuen Beweisbegriff ab. Sie stellt den Indizienbeweis gleichrangig neben oder sogar vor den Wortbeweis. Die Sachen, die für sich selbst sprechen, sind überzeugender als die zweideutigen Erklärungen der Menschen. Deshalb geht der Indizienbeweis dem Formalismus des Wortbeweises vor.<sup>116</sup> Es geht also um eine Versachlichung des Beweisrechts. Um Zugang zum Sachbeweis zu finden, ist die Folter erlaubt: Es sei nicht das erforderte Geständnis, das zur Urteilsgrundlage werde, sondern die durch das Geständnis entdeckten Sachen, das Diebesgut, das versteckte *corpus delicti*, deren Entdeckung die Verurteilung des geständigen Täters ermögliche.<sup>117</sup> Damit

<sup>112</sup> In diesem Bereich ist Ibn Qayyim al-Ğauzīya der dogmatische Wegbereiter. Er erklärt, daß der Qādī, anders als die Parteien, nicht auf die koranischen Beweismittel allein angewiesen sei und in der Heranziehung von Beweismitteln nicht den gleichen Beschränkungen unterliege wie die Parteien: IDEM, Aṭ-Ṭuruq al-ḥukmīya (Fn. 109), pp. 67, 71 s., 121 s., 135, vgl. IDEM, I'lām al-Muwaqqi'īn (Fn. 109), Bd. I, pp. 71 s., 75–77. IBN FARHŪN übernimmt den Ansatz und weitet ihn kasuistisch in andere Felder aus: in Tabṣirat al-Ḥukkām (Fn. 57), Bd. II, pp. 147, 150–154 gesteht er, gegen frühere malikitische Autoritäten wie den Ägypter Qārafī, dem Qādī die gleichen Verfahrensformen und Beweismittel zu wie dem Polizeichef, dem Gouverneur und anderen Justizinstanzen und begründet dies einerseits mit der Praxis der charismatischen Personen der frühen muslimischen Gemeinde und andererseits mit den grundlegenden Prinzipien (*qawā'id*) des Rechts. Zu den so dem Qādī zugestandenen Verfahrenskompetenzen gehört die Eröffnung eines Inquisitionsprozesses, der durch das Vorbild des Propheten legitimiert wird: IBN FARHŪN, Tabṣirat al-Ḥukkām (Fn. 57), Bd. II, pp. 140–142, 144, und sich sowohl auf die Legalität von Eigentumsübertragungen (Bd. I, pp. 397–399) als auch insbesondere auf verdächtige Kriminelle bezieht, derer man mit den normalen Verfahrensregeln nicht Herr werde, *ibidem*, Bd. II, pp. 157 s., 160, 186 s. (*infra* Fn. 121). Ibn Farhūn ist aber im zuletzt zitierten Zusammenhang nicht sicher, ob die Hinweise von Informanten auch dem Qādī das Recht zur Hausdurchsuchung gebe. Ibn Farhūn zitiert *ibidem*, Bd. II, p. 158 zur Legitimation des Inquisitionsverfahrens des Qādī den Ibn Qayyim al-Ğauzīya. Das vollständige Zitat findet sich in IDEM, Aṭ-Ṭuruq al-ḥukmīya (Fn. 109), p. 104, vgl. IDEM, I'lām al-Muwaqqi'īn (Fn. 109), Bd. I. pp. 69, 71 s.

<sup>113</sup> H. LAOUST, s. v. „Ibn Taymiyya“, in: EI2, Bd. III, pp. 951–955.

<sup>114</sup> H. LAOUST, s. v. „Ibn Qayyim al-Djawziyya“, in: EI2, Bd. III, p. 821 s.

<sup>115</sup> J. F. P. HOPKINS, s. v. „Ibn Farhūn“, in: EI2, p. 763. Das hier angegebene Geburtsdatum ist ca. 30 Jahre zu spät angesetzt. Es muß auf 1319 korrigiert werden.

<sup>116</sup> Siehe die unter Fn. 111 angegebenen Belegstellen, insbesondere IBN QAYYIM AL-ĞAUZĪYA, Aṭ-Ṭuruq al-ḥukmīya (Fn. 109), pp. 7, 9, 12, 113 s.

<sup>117</sup> IBN QAYYIM AL-ĞAUZĪYA, Aṭ-Ṭuruq al-ḥukmīya (Fn. 109), pp. 9, 145; IDEM, I'lām al-Muwaqqi'īn (Fn. 109), Bd. I, pp. 69, 81 und Bd. II, pp. 160, 165.

einher geht eine Aufwertung des Expertenwissens und der technischen Überprüfung von Sachbeweisen. Eine „Technologie des Beweises“ wird entwickelt, die, was ihre Funktionen – nicht ihre technische oder wissenschaftliche Zuverlässigkeit – angeht, die Konzeption des Polizeilabors vorwegnimmt.<sup>118</sup> Spitzelberichte und Zeugenaussagen werden einander angeglichen im Rahmen einer neuen Definition des juristischen Beweises. Der Beweis im Gerichtsverfahren ist nicht mehr als ein Zeichen, und der Richter muß daher ein Zeichenleser und Zeicheninterpret sein.<sup>119</sup> Die Folter wird in diesem Zusammenhang als ein Mittel zur Produktion von Zeichen verstanden, die es erlauben, die Fakten ihrer Bedeutung gemäß zu verstehen. Der Richter ist nicht mehr auf die Parteienklage angewiesen. Er kann ohne Zeugenaussagen und ohne Geständnisse allein nach der von ihm erforschten Zeichenlage handeln.<sup>120</sup> Die neue Doktrin entwickelt so eine Konzeption des Inquisitionsprozesses, der amtlichen Untersuchung des Richters. Anknüpfend an den Zensurprozeß und an den malikitischen Rufprozeß entwickeln die Vertreter dieser neuen Doktrin der „politischen Funktion der islamischen Normativität“ eine eigene Lehre von der Logik der sozialen Verhältnisse und Positionen, die sie in die Kategorie der „Verdachtsprozesse“ übersetzen. In diesen Prozessen entscheidet der Rang der am Prozeß beteiligten Personen und das

<sup>118</sup> IBN QAYYIM AL-ĞAUZİYA, *At-Turuq al-hukmıya* (Fn. 109): p. 48 s. das technische Verfahren zur Untersuchung, ob die Flüssigkeit auf einem Stoff aus dem männlichen Samen oder anderen Elementen bestehe; p. 50: die Überprüfung des behaupteten Gesichtsverlusts durch Reaktion auf Einfall der Sonnenstrahlen in die ungeschützten Augen und die Durchbohrung der Zunge des Mannes, der behauptet, stumm zu sein, um festzustellen, ob das austretende Blut rot sei, was beweise, daß er reden könne, oder schwarz, was beweise, daß seine Behauptung stimme; pp. 10, 97, 216–234 die Begründungen dafür, warum die Erforschung der Physiognomie durch die Experten in Abstammungsprozessen als Beweis angesehen werden könne; p. 55 die Begründung des Gebots, nach dem Männer sich eher töten lassen müssen als einer homosexuellen Annäherung nachzugeben, durch den Hinweis auf das giftige Sperma homosexueller Männer, das die moralische Substanz des so Vergifteten auflöse; die Bedeutung, die der Expertenaussage in allen Verfahren zugemessen wird, *ibidem*, pp. 128 s., 229.

<sup>119</sup> *Supra* Fn. 109 und 110.

<sup>120</sup> Die Folter als ein Mittel zur Produktion von sachlichen Indizien und sozialen und psychologischen Zeichen unter Berufung auf die Praxis des Propheten, siehe IBN TAIMİYA, *Le Traité de Droit Public. Traduction annotée de la Siyāsa šar'ıya*, Beirut: Institut Français de Damas 1948, p. 40; IBN QAYYIM AL-ĞAUZİYA, *At-Turuq al-hukmıya* (Fn. 109), pp. 7 s., 99, 104, 108, 145; IBN FARHÜN, *Tabsirat al-Hukkam* (Fn. 57), Bd. II, p. 141 s. Der Richter, der nach Zeichenlage urteilt: IBN QAYYIM AL-ĞAUZİYA, *At-Turuq al-hukmıya* (Fn. 109), pp. 9 s., 12, 21, 48 s., 60, 72, 88, 93, 99 s., 108, 145, 202, 214 s., 216–234. Das kann er auch tun, wenn der Zugang zu diesen Zeichen erst durch die Folter gewonnen ist, *ibidem*, pp. 8 s., 108, 145.

zwischen ihnen bestehende hierarchische Verhältnis über die anzuwendenden Normen.<sup>121</sup> Zugleich entwickeln die Vertreter der neuen Doktrin im Rückgriff auf diese Lehre von der Logik der sozialen Verhältnisse eine Entgrenzung des Zensurprozesses, die die Verhängung von Todesstrafen im Zensurprozeß erlaubt.<sup>122</sup> Die Entwicklung dieser neuen Doktrin, die hier nur in ihren größten Zügen skizziert werden kann, bestimmt die Entwicklung des islamischen Rechts vom 14. Jahrhundert an. Die wichtigsten Vertreter dieser neuen Doktrin rechtfertigen sie durch drei Argumente, die sie gegen die *Qādī*-Justiz und die Rechtssystematik der Juristen richten:

Erstens sehe die Offenbarung nicht vor, daß die Justiz der *Qādī*-s von der der anderen Ämter getrennt werde. Alle Ämter eines islamischen Staats dienten dazu, das Gute zu befehlen und das Böse zu verbieten und die Bedingungen religiös richtiger Lebensführung sicherzustellen.<sup>123</sup> Wie das im einzelnen zu geschehen habe, sei Sache der politischen Zweckmäßigkeit und die könne in jeder Region eine andere Organisation und Kompetenzverteilung zwischen den Ämtern verlangen. Eine spezifische, von der Offenbarung vorgeschriebene Kompetenzverteilung zwischen den Ämtern gebe es nicht. Alle Amtsinhaber könnten daher als Richter fungieren und im Prinzip stünden den *Qādī*-s dabei die gleichen Untersuchungs- und Strafkompetenzen zu wie den Militärs und Bürokraten und diesen die gleichen Rechtsprechungskompetenzen wie dem *Qādī*.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> Zu den Verdachtsprozessen als Kategorie (*da'awī al-tuhma*) von Prozessen um schwer beweisbare Delikte wie Tötungsdelikte, Straßenraub oder Diebstahl, die ohne Zeugenaussagen, Geständnisse und Dokumente entschieden werden können, wenn der Angeklagte einen schlechten Leumund hat, siehe IBN QAYYIM AL-ĠAUZĪYA, *Aṭ-Ṭuruq al-ḥukmīya* (Fn. 109), pp. 94, 101–105, 239 und IBN FARḤŪN, *Tabṣirat al-Ḥukkām* (Fn. 57), Bd. I, pp. 397–409, Bd. II, pp. 148, 156–172, 183 s., 186 s. Zur Bedeutung des sozialen Rangs in diesen Prozessen siehe *Aṭ-Ṭuruq al-ḥukmīya* (Fn. 109), pp. 92 s., 113 und IBN FARḤŪN, *Tabṣirat al-Ḥukkām* (Fn. 57), Bd. I, p. 402 s., Bd. II, pp. 156, 169.

<sup>122</sup> IBN TAIMĪYA, *Traité de Droit Public* (Fn. 120), pp. 118–120, IDEM, *Al-ḥisba fī l-islām. Traité sur la Ḥisba*, hg. und übers. von HENRI LAOUST, Paris: Geuthner 1994, p. 58 s. IBN QAYYIM AL-ĠAUZĪYA, *Aṭ-Ṭuruq al-ḥukmīya* (Fn. 109), pp. 104–108, 265–266; IBN FARḤŪN, *Tabṣirat al-Ḥukkām* (Fn. 57), Bd. II, p. 297.

<sup>123</sup> IBN TAYMIYYA, *Al-ḥisba* (Fn. 122), pp. 29, 40, IDEM, *Traité de Droit Public* (Fn. 120), pp. 20, 22, 172–174, 176–177.

<sup>124</sup> IBN TAYMIYYA, *Traité de Droit Public* (Fn. 120), p. 12; IDEM, *Al-Ḥisba* (Fn. 122), p. 31 s. Vgl. IBN QAYYIM AL-ĠAUZĪYA, *Aṭ-Ṭuruq al-ḥukmīya* (Fn. 109), pp. 93, 293. IBN FARḤŪN, *Tabṣirat al-Ḥukkām* (Fn. 57), Bd. I, p. 18 s. Es ist interessant zu sehen, daß Ibn Farḥūn zwar die Kompetenzverteilung zwischen den Ämtern ebenfalls nicht als Rechtsproblem sieht, aber nicht wie Ibn Taimīya und Ibn Qayyim al-Ġauzīya davon ausgeht, daß „Richten“ nicht eine Amts-, sondern eine Funktionsbeschreibung sei und daß diese Funktion von ganz verschiedenen Ämtern wahrgenommen werden könne.

Zweitens bringe der Formalismus des Beweisrechts der klassischen Doktrin des sunnitischen Rechts dieses bei den Regierenden in Mißkredit, weil die Justiz die Rechtsansprüche der Opfer nicht zureichend schütze. Um das islamische Recht zu retten, sei es deshalb notwendig, es durch umfassendere Untersuchungs- und Strafkompetenzen für jeden Typ von Richtern zu einem geeigneten Instrument der Rechtsfindung und der Wahrung der von der Religion verlangten sozialen Ordnung zu machen.<sup>125</sup>

Drittens: Dazu sei es notwendig, aus der klassischen Doktrin all das zu entfernen, was nur den Zwängen systematischer Argumentation der Juristen sein Entstehen verdanke. Statt sich an den rationalen Zwängen der Systeme zu orientieren, die die Juristen entwerfen, solle man sich lieber ein Beispiel am Vorbild der charismatischen Persönlichkeiten der früh-islamischen Geschichte nehmen, am Propheten, den ersten vier Kalifen und den Prophetengefährten. Wenn man nachweisen könne, daß sowohl der Prophet als auch die frühen Kalifen die Folter als Untersuchungsmethode erlaubt und angeordnet hätten, so verliere dagegen der Einwand, daß nur das in Sicherheit gesprochene Wort hinreichend glaubwürdig sei, um im Gerichtsverfahren als Beweis zu dienen, seine Bedeutung.<sup>126</sup> Es ist also eine Argumentation, die das historische Vorbild der charismatischen Personen und die positive Erfahrung der Gemeinde mit deren Praxis gegen die normative Systematik juristischer Lehrgebäude setzt und damit diese in Frage stellt.

Es liegt nahe, diese neue Doktrin auf die Dominanz der Militärjustiz unter den Mamlucken zurückzuführen.<sup>127</sup> Das schließt andere Einflüsse nicht aus und die Frage, inwieweit die Praktiken der Mongolen oder die europäische Institutionalisierung der Folter den muslimischen Juristen bekannt geworden und als Anregung für die Entwicklung dieser neuen Doktrinen gedient haben kann,<sup>128</sup> verdient eine eingehendere historische Untersuchung.

Diese Doktrin der „politischen Funktion der islamischen Normativität“ hat die Normen der klassischen Doktrin nie aufgehoben. Vom

<sup>125</sup> IBN QAYYIM AL-ĞAUZİYA, *At-Turuq al-hukmīya* (Fn. 109), pp. 13 s, 104. IBN FARHÜN, *Tabşirat al-Hukkām* (Fn. 57), Bd. II, p. 137.

<sup>126</sup> *Supra* Fn. 120. Siehe auch IBN QAYYIM AL-ĞAUZİYA, *I'lām al-Muwaqqi'in* (Fn. 109), Bd. IV, p. 283 s.

<sup>127</sup> NIELSEN, *Mazālim* (Fn. 50), pp. 83–85, 105, 108 s., 119 s.

<sup>128</sup> NIELSEN, *Mazālim* (Fn. 50), pp. 105–109 zur Diskussion über den Einfluß der mongolischen „Yasa“ auf das Justizwesen der Mamlucken.

14. Jahrhundert an bestehen die alten und die neuen Doktrinen nebeneinander. Zunehmend wird dabei die klassische Doktrin im Lichte der neuen Lehrmeinungen interpretiert. Wir haben es von nun an mit einer Doppelung des Normensystems zu tun, die dazu führt, daß in einem und demselben Rechtskommentar der späten osmanischen Periode, z.B. dem des Damaszener Hanafiten Ibn 'Abidīn aus dem frühen 19. Jahrhundert, die klassischen Normen und die Doktrin von der „politischen Funktion der islamischen Normativität“ nebeneinandergestellt werden, so daß der *Qādī* nach Belieben auf die eine oder andere Doktrin zurückgreifen kann. Vervielfältigung der Todesstrafen, Legitimierung der Folter, Differenzierung des Rechtsschutzes nach sozialem Status sind nur einige der Folgen, die daraus entstehen.<sup>129</sup> Insbesondere der Versuch, eine methodische Einheit des Verfahrens- und Beweisrechts zu sichern, wie er in der klassischen islamischen Doktrin auf hohem Niveau unternommen worden ist und dort – ausgehend von der skeptischen Bewertung des Wahrheitsanspruchs der menschlichen Aussagen – zum epistemologisch begründeten Folterverbot geführt hatte, wird durch die neuen Doktrinen, die den Beweis als Zeichen fassen, in Frage gestellt. Wann immer der epistemologische Skeptizismus und der mit ihm verbundene Formalismus zu Positionen führen, die der Ausweitung der Kompetenzen der Richter widersprechen, berufen sich die Autoren der neuen Doktrinen zu deren Verteidigung auf die Praxis der charismatischen Personen der Frühgemeinde und auf die positive Erfahrung der Gemeinde mit diesen Praktiken. Diese Argumentation erlaubt ihnen, den Geltungsanspruch des Formalismus des auf dem Wort – und insbesondere der Zeugenaussage – basierenden Beweisrechts der klassischen Doktrin einzuschränken. Sie konfrontieren den Formalismus des Wort- und Zeugenbeweises mit dem Zeichencharakter der Sachen und der Fähigkeit der Experten, diese Zeichen zu produzieren, zu lesen und zu deuten. Das Verfahrensrecht des Worts und der Zeugenaussage wird ergänzt durch ein Verfahrensrecht der Sachen und Experten. Die formalistischen Regeln des Verfahrensrechts, das auf dem Wort- und Zeugenbeweis aufbaut und das Folterverbot begründet, sind nicht länger die für alle geltende Norm, sondern eine von mehreren Möglichkeiten der Verfahrensgestaltung. Es ist von Fall zu Fall zu entscheiden, ob das Folterverbot seine Gültigkeit behält oder

<sup>129</sup> JOHANSEN, *Vérité et torture* (Fn. 10), p. 166 s. und Fn. 110.

ob der Leumund des Angeklagten und die Zeichen des Falles den Einsatz der Regeln des „Verdachtsprozesses“ verlangen. Zwischen der klassischen und der neuen Doktrin stellt sich ein Verhältnis von Regel und normativ begründeter Ausnahme her. Wie im Europa des 13. bis 18. Jahrhunderts leidet der Schutz der Rechte des Angeklagten und Verdächtigen unter der Rationalisierung und Versachlichung des Beweisrechts, die in der europäischen ebenso wie in der muslimischen Rechtsdogmatik dieser Periode um einen hohen Preis erkaufte wird.