

DE SHARĪ'AH ALS RECHTSSYSTEEM ENIGE ALGEMENE BESCHOUWINGEN

J. Brugman

Het islamitische recht is een rechtssysteem dat zich na de dood van de Profet Mohammed (632 n.Chr.) in de loop van enige eeuwen heeft ontwikkeld en in ongeveer de elfde eeuw is afgesloten.¹ Deze afsluiting was natuurlijk niet een bewuste daad en evenmin volledig. Maar in het 14-delige rechtsboek *al-Mabsūt*, van de Hanafitische jurist al-Sarakhsī (st. 1090) vinden we al een zeer complete beschrijving van het gehele islamitische recht, die zich weinig onderscheidt van de werken van latere geleerden zoals al-Kāsānī (st. 1189) en Ibn Qudāmāh (st. 1223). Hun werken zijn systematischer en gedetailleerder, maar niet wezenlijk anders dan de *Mabsūt*.

Uit het voorgaande blijkt al dat het islamitische recht, in het Arabisch meestal *sharī'ah* genoemd, niet bestaat uit een verzameling codes, wetten of edicten. Het is evenmin een recht dat is gebaseerd op de rechtspraktijk en ontwikkeld door rechters wier uitspraken als precedents gelden. De *sharī'ah* is het resultaat van de arbeid van de Moslimse rechtsgeleerden en neergelegd in hun rechtsgeleerde werken, soms nog omvangrijker dan de veertien delen van al-Sarakhsī. In de eerste eeuwen na de dood van Mohammed, toen het islamitische rijk werd gesticht, moet er veel zijn overgenomen van het recht van de door de Moslims veroverde landen, zoals is aangetoond onder meer door Schacht.² Maar wie het islamitische recht bestudeert zoals het uiteindelijk is geworden heeft daar weinig aan. Wat nu in de ogen van de Moslims hun recht is moet gevonden worden in de beschouwingen van de rechtsgeleerden.

Dat blijkt ook uit de moderne codificaties die van onderdelen van het islamitische recht zijn gemaakt, met name van het familie- en erfrecht. Zo wordt er in de Marokkaanse codificatie van het islamitisch familie- en erfrecht, de *Mudawwanah*, voor gevallen waarin de code niet voorziet verwezen naar “de gevestigde mening dan wel de rechtspraktijk van de rechtsschool van de Imām Mālik”. In Egypte, waar zo’n omvattende codificatie van het familierecht nog niet tot stand is gekomen, maar wel onderdelen ervan bij de wet zijn geregeld, worden de rechters verwezen naar de “meest gezaghebbende leer mening in de school van de Imām Abū Ḥanīfah”.³ Welke die “gevestigde” of “meest gezaghebbende” mening is vereist een zekere kennis van de rechtsgeleerde literatuur van de respectieve rechtsscholen, in dit geval de Malikitische en de Hanafitische. Het betekent in ieder geval dat voor de Moslims het islamitische recht moet worden gevonden in de rechtsgeleerde literatuur: de *sharī’ah* is een geleerdenrecht

Dat is uiteraard een vage omschrijving, omdat eigenlijk nergens is vast gelegd aan welke eisen een geleerde moet voldoen willen zijn geschriften als rechtsbron worden erkend. Deze vaagheid is natuurlijk voornamelijk te wijten aan het ontbreken van een kerkelijke structuur in de islam: er zijn geen organen die bevoegd zijn om vast te stellen niet alleen wat het islamitische recht inhoudt maar zelfs niet welke geleerden bevoegd zijn uitspraken te doen over de inhoud van dat recht. Volgens de klassieke leer is de *ijmā’*, de consensus der geleerden in een bepaald tijdvak,⁴ naast de Koran, de traditie van de Profeet Mohammed en de *qiyās* (analogie), een van de vier “wortelen” (bronnen) van de wet. Maar hoe die consensus wordt vast gesteld is niet geregeld. Op den duur zijn er binnen de orthodoxe islam (de *sunnah*) verschillende rechtsscholen ontstaan. Maar ook binnen die scholen bestaan weer verschillende opinies (vandaar die verwijzing naar de “meest gezaghebbende leer mening”). De specialist in het islamitische recht kan dus vaak geen duidelijk antwoord geven op vragen, bijvoorbeeld van Nederlandse rechtbanken, naar de

precieze inhoud van “het” islamitische recht, maar ziet zich genoodzaakt meer dan één “leermening” te vermelden.

Voorzover dit islamitische geleerdenrecht in de moderne tijd nog wordt toegepast gebeurt dit niet buiten de regeringen van die landen om. Al is in de wereld van de islam het begrip “wetgeving” vrijwel onbekend geweest (er zijn natuurlijk altijd wel bestuurlijke regels vastgesteld), het zijn nu de wereldlijke autoriteiten die bepalen hoe en in welke gevallen de *sharī’ah* wordt toegepast, en niet de professoren van de Azhar-universiteit in Cairo, het bolwerk van de orthodoxie in Egypte. Merkwaardigerwijs lijkt zelfs in fundamentalistische kringen tegen het begrip wetgeving op zichzelf weinig bezwaar te bestaan. Weliswaar verkondigen zij dat de *sharī’ah* van goddelijke oorsprong is en daarom oneindig veel beter dan welke wereldlijke wetgeving dan ook. Maar wanneer de wereldlijke wet met de goddelijke niet in strijd is hebben zij er geen bezwaar tegen. Codificaties van onderdelen van het islamitische recht die nog werden toegepast hebben nooit veel principiële tegenstand ontmoet behalve wanneer, zoals vaak gebeurde, werd getracht daarmee bepaalde hervormingen in te voeren. Westerse oriëntalisten⁵ hebben erop gewezen dat codificering strijdig is met wezenlijke bepalingen van het islamitische recht, maar in de ogen van de strikte Moslims zelf is dit kennelijk niet het geval. Het is in ieder geval nu normaal dat het islamitische recht in de wereld van de islam alleen wordt toegepast met goedkeuring van wat wij zouden noemen de wereldlijke autoriteiten.

De praktische betekenis van het islamitische recht is de laatste twee honderd jaar sterk verminderd. In de meeste islamitische landen is de gelding ervan beperkt tot het familie- en het erfrecht. En zelfs op die gebieden heeft het meestal een soort reservefunctie gekregen: het geldt voor die gevallen waarin de officiële codificaties of wetten en besluiten niet voorzien. De vraag kan dus worden gesteld of het nog wel de moeite waard is om zich in dit recht te verdiepen, behalve als onderwerp van rechtsgeschiedenis of van rechtsvergelijking. Dat is om twee redenen het geval. Ten eerste geldt het nog onverkort op het

gebied van het islamitische ritueel, van wat de Moslims aanduiden als de *'ibādāt*, dus de reinheidsvoorschriften, het islamitische gebed, de vasten, de bedevaart en de religieuze belasting. Verder voor zaken als spijswetten, het rituele slachten en het alcoholverbod. Dit zijn onderwerpen die ook in islamitische landen meestal niet van regeringswege worden geregeld. Westerse geleerden die over het islamitische recht schrijven zijn gedurende de laatste decennia vaak geneigd geweest om het rituele gedeelte ervan niet te behandelen. Schacht laat bijvoorbeeld in zijn *Introduction to Islamic Law* "worship and ritual" welbewust buiten beschouwing omdat die volgens hem onder geheel andere voorwaarden ontstonden dan wat hij kennelijk beschouwt als het "echte" islamitische recht.⁶ Maar het spreekt vanzelf dat een historische beschouwing van dit recht niet de enig zaligmakende is. Vooral in landen met een grote Moslimse minderheid kan het rituele gedeelte van dit recht niet buiten beschouwing blijven, te meer omdat het ritueel op tal van gebieden, bijvoorbeeld voor de arbeidsomstandigheden, van groot belang kan zijn.

Ten tweede is voor vele Moslims het hele klassieke islamitisch recht nog steeds van fundamentele betekenis. De fundamentalistische bewegingen bijvoorbeeld eisen de wederinvoering van de gehele *shari'ah* en het is van belang te weten wat deze eis precies inhoudt. Maar het zijn niet alleen fundamentalisten die zich voor het klassieke islamitische recht beijverd hebben. De ontwerper van het nieuwe Egyptische Burgerlijk Wetboek van 1948, Sanhūrī pasha, streefde er bewust naar om zoveel mogelijk materiaal uit het klassieke islamitische recht in zijn wetboek op te nemen. Bovendien werd in artikel 2 van dit EBW met zoveel woorden bepaald dat bij ontbreken van een toepasselijke wettelijke bepaling de rechter zal oordelen volgens "de gewoonte, en bij ontbreken daarvan volgens de beginselen van de islamitische *shari'ah*, en bij ontbreken daarvan volgens de beginselen van het natuurrecht en de grondslagen van de billijkheid". Men moet natuurlijk het belang van deze bepaling, evenals trouwens van het islamitische recht in het algemeen, voor het

Egyptische burgerlijk recht niet overschatten,⁷ maar dit wijst ongetwijfeld op een grote gevoelsmatige betekenis van het islamitische recht zelfs in Egypte, waar het Westerse recht al zo lang overheersend is. Overigens is Sanhūrī's liefde voor het islamitische recht misschien een verklaring voor het feit dat het Egyptische Burgerlijk Wetboek in zoveel islamitische en Arabische landen is overgenomen.⁸

Het is vaak onmogelijk vast te stellen wat precies de drijfveer is voor het streven de islamitische wet weer tot bron van recht te maken. Sanhūrī kan geen fundamentalist genoemd worden en hij lijkt meer geïnspireerd te zijn geweest door nationalisme, door liefde voor het eigen culturele erfgoed, dan door islamitische geloofsijver. Trouwens, al in 1932 kon de Egyptische jurist 'Alī Badawī in een voordracht voor het congres voor vergelijkende rechtswetenschap in Den Haag spreken over een "transformation du droit, à l'origine religieuse, en un droit social, un droit en quelque sorte areligieux, mais qui est toujours islamique".⁹ Toen kon men nog verwachten dat deze ontwikkeling tot een "droit en quelque sorte areligieux" zich zou doorzetten. Maar nu, zestig jaar later, blijkt dat dat streven om de *shari'ah* meer bij de wetgeving te betrekken, haar tot subsidiaire bron van wetgeving te maken, in sommige gevallen zelfs tot de voornaamste bron van alle wetgeving, toch door een zekere geloofsijver wordt ingegeven.¹⁰

Volgens de orthodoxe opvatting is de *shari'ah* een allesomvattend rechtssysteem. Zij geeft regels niet alleen voor de verhouding tussen de gelovigen en God, maar ook voor de betrekkingen tussen de gelovigen hier op aarde. Zij regelt dus niet alleen het ritueel, maar ook wat wij publiek en privaatrecht zouden noemen. Die allesomvattendheid is echter in de praktijk niet reëel. De onderzoeker die in een concreet geval wil vast stellen wat het islamitisch recht inhoudt staat voor de moeilijkheid dat er nauwelijks of geen bepaling te vinden is. Als we aannemen dat het islamitische recht in concreto te vinden is in de rechtsgeleerde literatuur - wat mijns inziens de enige mogelijke definitie is - dan zien we al dadelijk dat de boeken van de

rechtsgeleerden heel weinig publiek recht bevatten. De islam is weliswaar volgens de orthodoxe leer zowel *dīn* (godsdienst) als *dawlah* (staat), maar het islamitische staatsrecht zoals dat in de rechtsboeken wordt beschreven is hoogst rudimentair. Er zijn wat opinies over de functies en de plichten van het staatshoofd (de *imām*), maar veel meer is er niet. Er is voorts een islamitisch strafrecht maar verreweg het grootste gedeelte van wat in Westerse zin strafrecht is is er niet behandeld. Geregeld in formele zin zijn slechts de vijf zogenaamde bepaalde (voor ontucht, diefstal, wijndrinken, straatroof en laster, meer in het bijzonder valse beschuldiging van ontucht) alsmede de gevolgen van doodslag en verwonding, dat laatste overigens grotendeels in de privé sfeer. Wel heeft de islamitische rechter een grote discretionaire bevoegdheid (Ar. *ta'zīr*) om straffen vast te stellen voor wat niet onder de bepaalde straffen valt maar wel laakbaar is. Maar men kan in dit geval niet spreken van een strafrecht. Moderne islamitische staten maken uiteraard gebruik van deze discretionaire bevoegdheid om naar eigen inzicht straffen vast te stellen, maar dit strafrecht kan nauwelijks islamitisch heten.¹¹

Ook het internationale recht van de islam is rudimentair, wat niet verwonderlijk is bij een rechtssysteem dat al in de elfde eeuw na Christus is afgesloten. In de rechtsboeken worden enkele onderdelen ervan behandeld, zoals het oorlogsrecht, het buitrecht, de behandeling van gevangenen, maar dit alles is hoogst summier. Veel van het islamitische oorlogsrecht lijkt trouwens nauwelijks in overeenstemming te brengen met wat in de internationale gemeenschap aanvaardbaar is. De islamitische "heilige oorlog" moge zijn actuele betekenis verloren hebben, hij wordt in de rechtsgeleerde literatuur wel behandeld.

Niet alleen is het klassieke islamitische recht naar onze begrippen onvolledig, het stelt de onderzoeker ook voor het probleem dat er niet één enkele versie van bestaat, maar dat er verschillende rechtsscholen zijn, die op bepaalde punten van elkaar afwijken. De Moslims hebben daar weinig moeite mee en beschouwen deze diversiteit als een

voordeel. De onderlinge verschillen zijn in de loop der eeuwen enigszins gereduceerd doordat in het grootste gedeelte van de islamitische wereld nu vier scholen de heersende zijn geworden. Maar de kleinere scholen zijn niet geheel verdwenen: in Perzië wordt niet één van de vier scholen aangehangen maar een vijfde, namelijk de Shi'itische. In Oman wordt weer een andere school toegepast. Bovendien zijn zelfs de geleerden van één bepaalde school het ook lang niet altijd eens, waardoor ook de hierboven vermelde verwijzingen naar de "gevestigde" of de "meest gezaghebbende" mening binnen de Malikitische of de Hanafitische school in de Marokkaanse en de Egyptische wetten noodzakelijk zijn. Geen wonder dus dat op vragen naar de inhoud van het islamitische recht op bepaalde punten vaak meer dan één antwoord gegeven moet worden.

Dat bleek mij onlangs weer toen mijn mening werd gevraagd over een zaak waarin een Moslimse werknemer het recht eiste om tijdens werktijd het rituele gebed, de *ṣalāh*, uit te spreken. De werkgever maakte daartegen bezwaar om redenen die voor de hand liggen. Hij beriep zich daarbij op de discussienota *Allochtonen in het Nederlandse Bedrijfsleven* van het Nederlands Christelijk Werkgeversverbond waarin de mogelijkheid in het islamitische recht werd vermeld om van de vijf voorgeschreven gebeden er sommige te combineren.¹² Daardoor zou Het voor Moslimse werknemers mogelijk zijn om het middag- en het namiddaggebed samen te voegen, en te verrichten op de tijd van het eerste, namelijk om 12 uur, dus in de lunchpauze. Het werk zou dus niet onderbroken behoeven te worden. Het ging hier om de *jam'* (letterlijk samenvoeging), die inderdaad inhoudt dat middag- en namiddaggebed kunnen worden gecombineerd. Maar in de discussienota werden niet de voorwaarden vermeld waaronder een dergelijke samenvoeging wordt toegestaan. Daarover lopen de meningen van de verschillende scholen nogal uiteen. Afgezien van enkele momenten tijdens de bedevaart, wordt *jam'* vaak alleen toegestaan op reis. Soms echter ook daarbuiten, bijvoorbeeld wanneer het regent of modderig is. Ook wordt ook wel een uitspraak van de

Profeet Mohammed aangehaald waarin geen enkele beperking wordt opgelegd. De voormalige rector van de beroemde Azhar-universiteit in Cairo, Muhammad Shaltūt, doet in zijn veel geciteerde werk over "De Islam, Dogma en Wet" dan ook niet een eenduidige uitspraak over deze kwestie maar noemt een scala van mogelijkheden, waaronder zelfs de noodzaak om in het levensonderhoud te voorzien.¹³ De niet-Moslimse specialist kan dus evenmin een eenduidig antwoord geven op vragen hierover en niet veel meer doen dan die mogelijkheden opsommen.

Een ander voorbeeld van de onduidelijkheid - beter misschien meerduidigheid - van het islamitische recht is de mogelijkheid die het biedt aan de vrouw om haar huwelijk te doen ontbinden. Eén van de vier rechtsscholen, namelijk de Hanafitische (toegepast in Egypte), laat dit alleen toe bij gebleken impotentie van de man. Maar volgens de Malikitische school (toegepast in Marokko) kan een vrouw in een groot aantal gevallen om ontbinding van het huwelijk verzoeken, zoals bijvoorbeeld wanneer voortzetting van het huwelijk haar schade, *ḍarar*, zou berokkenen, veel ruimer dus. Overigens moet men van dit begrip *ḍarar* ook weer niet te veel verwachten, omdat immers de interpretatie ervan afhankelijk is van locale zeden en gebruiken. Wanneer de man een tweede vrouw erbij neemt is dit geen "schade" die ontbinding van het eerste huwelijk rechtvaardigt. De man heeft voorts het recht zijn vrouw te slaan, zoals zelfs in de Koran is vermeld (24,13). Matige tuchtiging is dus voor de vrouw geen scheidingsgrond.

Voor moderne Moslims is de *sharī'ah* een belangrijk, in vele opzichten het belangrijkste, deel van hun religie. In het hierboven geciteerde werk van Sheikh Shaltūt (st. 1963) over dogma en wet in de islam neemt de wet (dus inclusief het ritueel) een veel belangrijker plaats in dan het dogma: de islam is een wettische godsdienst.¹⁴ Voor vrome Moslims is het islamitische recht omdat het een goddelijk recht is veel beter dan welk ander juridisch systeem ook. Het merkwaardige is echter dat wie de rechtsboeken bestudeert al snel tot de conclusie

komt dat het menselijk aandeel aan de uitwerking ervan zeer groot is, ja zelfs overheersend. Weliswaar wordt er steeds verwezen naar teksten uit de Koran en naar uitspraken van de Profeet (meestal als Traditie aangeduid), maar dat sluit niet uit dat voor het recht zoals het uitgewerkt is de geleerden zich grote vrijheden hebben veroorloofd. Men dient ook niet te vergeten dat Koran en Traditie weliswaar twee van de vier pijlers van de islam zijn, maar nauwelijks duidelijk uitgewerkte rechtsregels bevatten. Zij zijn het theoretisch fundament van de *sharī'ah*, maar de geleerden hebben in belangrijke mate het gebouw bepaald dat op dat fundament is opgetrokken. Het is een misverstand dat de Koran een uitgewerkt systeem van regels zou inhouden, of aan de andere kant, zoals modernistische Moslims graag betogen, de rechtsprincipes, waarvan de rechtsboeken de uitwerking zijn. De Koran bevat zowel enkele vrij gedetailleerde bepalingen (bijvoorbeeld over het erfrecht) als enkele algemene uitspraken. Maar het uitgewerkte recht is het resultaat van de arbeid van de geleerden. De algemene principes vindt men evenmin in de Koran maar in de boeken over deze principes, de *uṣūl*, van de hand van die zelfde geleerden.

Om een voorbeeld te geven dat helaas ook nu van tijd tot tijd op gruwelijke wijze actueel is: volgens de Koran is de straf op ontucht, dwz. geslachtsverkeer buiten huwelijk, geseling met honderd stokslagen: "De ontuchtige vrouw en de ontuchtige man geselt een ieder hunner met honderd geselslagen", (24,2). Welnu, in het islamitische recht is de straf op ontucht door gehuwden de doodstraf, en wel door steniging; alleen ongehuwden worden met geseling gestraft. Dat wordt gebaseerd op een overlevering dat de Profeet in enkele gevallen heeft bevolen gehuwde overspeligen te stenigen. Men spreekt in dergelijke gevallen van "afschaffing" (*naskh*) van een Koranvers door de Traditie. Ook op dit punt blijkt dus dat de jurist die zoekt naar een rechtsregel in het islamitische recht beter niet in de Koran kan kijken. De omschrijving van de *sharī'ah* als "het recht van de Koran" is helaas gangbaar, maar wel zeer misleidend.

Een ander voorbeeld van afwijking van de Korantekst in het islamitische recht is het bewijsrecht, met name de aanvaardbaarheid van het schriftelijk bewijs. In de Koran worden de gelovigen aangespoord contracten schriftelijk vast te leggen: "O gij die gelooft, wanneer gij jegens elkander een schuld aangaat tot een genoemde vervaltijd schrijft hem dan op" (2,282). De rechtsgeleerden zijn het er echter over eens dat het schriftelijk bewijs alleen toegelaten wordt als het door getuigen wordt ondersteund. Het koranische voorschrift, dat op zichzelf duidelijk is, werd in dit geval niet uitgelegd als een bevel - hoewel in de Arabische tekst een imperatief gebruikt is - maar als een aanbeveling. Deze wijze van interpreteren is trouwens in de islamitische rechtswetenschap niet ongebruikelijk, en geeft de rechtsgeleerden een grote vrijheid ten aanzien van de heilige teksten waarop de *sharī'ah* gebaseerd is. Overigens wordt het schriftelijk bewijs nu overal geaccepteerd, ook daar waar islamitisch recht wordt toegepast. In de Egyptische *sharī'ah*-rechtbanken werd ook vóór hun samenvoeging in 1955 met de gewone rechtspraak het schriftelijk bewijs volledig erkend. Mij is niet bekend dat daartegen enige oppositie is geweest.¹⁶

De interpretatietechniek, waarvan deze uitleg van het Koranische voorschrift ten aanzien van schulden op termijn een voorbeeld is, is in de geschriften der geleerden zorgvuldig uitgewerkt. "Afschaffing" (*naskh*) van Koranische bepalingen door uitspraken van de Profeet, de Traditie, kwam al ter sprake bij bespreking van de straf op ontucht door gehuwden. Koranverzen kunnen ook worden afgeschaft door latere verzen. Een opvallend voorbeeld hiervan zijn de zogenaamde "wijnverzen". Wijn - evenals alle alcohol - is zoals bekend in de islamitische wet verboden. In de Koran echter wordt de wijn in een enkel vers geprezen als een "teken van God" (16,67) of als gedeeltelijk "nuttig" (2, 219), en pas in 5, 90-91 als een gruwel verboden. De geleerden beschouwen uiteraard alle eerdere verzen als "afgeschaft" door het laatste, waarin de wijn een gruwel genoemd wordt.

In de traditieliteratuur komt het vaak voor dat uitspraken van de Profeet over bepaalde punten op zeer verschillende manieren worden overgeleverd. Een voorbeeld daarvan vinden we in het rechtsboek van Averroës, de *Bidāyah*, bij de bespreking van de reinheidsvoorschriften.¹⁷ Een menstruerende vrouw geldt in het islamitische recht als onrein waardoor zij bijvoorbeeld het rituele gebed niet kan verrichten. Averroës behandelt nu het probleem van de vrouw die een vaginale bloeding (*istihādah*) heeft die geen menstruatie is. Is zij onrein of niet? De Koran geeft hierover geen uitsluitsel. Wel zijn er een aantal uitspraken van de Profeet overgeleverd maar die zijn allermindst eensluidend. Volgens de ene overlevering is er niets aan de hand en is *istihādah* iets heel anders dan menstruatie, volgens de andere daarentegen geldt zij wel als menstruatie, en volgens weer een andere kan de vrouw zelf beslissen hoe zij deze bloeding wenst te beschouwen. Averroës maakt van de vermelding van dit probleem gebruik om uit te leggen dat er bij verschillen tussen tradities een aantal interpretatiemethoden zijn. Zo kan de ene overlevering de ander hebben "afgeschaft" (*naskh*). Ook kan een overlevering beter zijn overgeleverd en dus sterker zijn (*tarjih*). Door "samenvoeging" (*jam'*) en "constructie" (*binā'*) kunnen verschillende uitspraken met elkaar worden verzoend, bijvoorbeeld door de ene als een bijzonder geval van de ander op te vatten.

Bovendien hebben de geleerden, afgezien van deze technieken, begrippen ontwikkeld om bepaalde rechtsregels naar eigen inzicht te kunnen uitleggen. Een van de bekendste constructies om de eigen mening of het openbaar belang te laten prevaleren is de *istihsān* (lett. goed of beter vinden). Hierdoor kan de analogie (*qiyās*), een van de vier pijlers waarop de Wet berust, buiten werking gesteld worden. Die kan namelijk bezwaren opleveren. Zo is het in het islamitische recht verboden contracten te sluiten over zaken die nog niet bestaan (verkoop van toekomstige oogst is bijvoorbeeld niet geldig). Analooq zou het dus verboden moeten zijn om een contract te sluiten met een handwerksman om op termijn iets te maken (*istisnā'*). Door *istihsān*

nu wordt met name in de Hanafitische rechtsschool deze analogie opzij gezet en worden dergelijke contracten erkend. Een soortgelijk effect wordt in andere scholen bereikt door *istiṣlāh*, letterlijk het algemeen belang in aanmerking te nemen.

Ook zonder expliciet gebruik te maken van dergelijke formele methoden slagen de rechtsgeleerden erin het effect van sommige regels aanzienlijk af te zwakken. Een voorbeeld daarvan is de manier waarop de straf op ontucht is uitgewerkt. Hierboven is vermeld dat deze voor gehuwden, namelijk steniging, veel strenger is dan wat de Koran vermeldt. Het merkwaardige is nu dat in de rechtsboeken de bewijsregels voor dit misdrijf zo zijn verscherpt dat het bewijs van ontucht vrijwel niet te leveren valt. In dit geval wordt namelijk de getuigenis van vier mannen vereist, die de ontucht zelf gezien moeten hebben en bovendien riskeren wegens laster te worden vervolgd wanneer het volledig bewijs niet geleverd is (bijvoorbeeld wanneer één van de vier zich terugtrekt). In mindere mate is het effect van de wrede straf op diefstal, namelijk afkapping van de rechterhand, verminderd door ook hier de bewijsregels te verscherpen, onder meer door te eisen dat het gestolene afgesloten moet zijn geweest. Bij deze beschouwingen wordt meestal gebruik gemaakt van tradities van de Profeet, die, zoals we hebben gezien, vaak in grote verscheidenheid zijn overgeleverd, en daardoor de rechtsgeleerden grote vrijheid laten in hun uitleg daarvan.

Overigens gebruiken de geleerden deze mogelijkheden lang niet altijd om regels te versoepelen of om de vrijheid van de justiciabelen te vergroten. Zo is in het islamitische recht de testeervrijheid van de Moslim aanzienlijk beperkt. Hij mag bij testament over niet meer dan één derde van zijn vermogen beschikken. Bovendien zijn legaten aan wettelijke erfgenamen ongeldig: een erfgenaam kan nooit méér - en ook niet minder - ontvangen dan zijn wettelijke portie. In de Koran echter wordt de gelovigen uitdrukkelijk voorgeschreven ten behoeve van ouders en verwanten een testament te maken: "U is voorgeschreven, wanneer de dood nader komt tot één uwer het maken

van een beschikking voor de ouders en verwanten naar het behoorlijke als een verplichting voor de godvrezende" (2,280). Volgens de geleerden evenwel is dit Koranvers door latere verzen, met name door de bepalingen in de vierde sūrah (7 tot en met 14), waarin regels worden gegeven voor de erfporties van verwanten) afgeschaft, wederom een voorbeeld dus van gebruikmaking van het begrip afschaffing (*naskh*). Het is duidelijk dat het ook mogelijk was geweest deze bepalingen met elkander te "combineren" (*jam'*), waardoor de testeervrijheid op dit punt zou zijn gehandhaafd. De geleerden hebben echter voor de eenvoudigste maar ook de meest rigide oplossing gekozen.

Een frappant voorbeeld voor de gestrengheid waarmee de Koranische voorschriften soms zijn geïnterpreteerd is de uitleg van de verzen die op de heffing van rente betrekking hebben. In de Koranvertaling van Kramers wordt het woord voor rente, (*ribā*) steeds vertaald met "woeker". Dit is op zichzelf niet onjuist, maar niet in overeenstemming met de opvatting van de Moslimse rechtsgeleerden, die het woord interpreteren als alle rente, hoog of laag. Maar toevallig bevat nu juist de Koran zelf een vers waardoor de enge interpretatie van *ribā* als woeker waarschijnlijk wordt, namelijk 3,130: "O gij die gelooft, eet niet de woeker (*ribā*) met veelvoudige verdubbeling opdat gij wellicht wel zult varen". Die "verdubbeling" wijst er natuurlijk op dat het hier ging om woeker. Het kwam in de zevende eeuw na Christus regelmatig voor dat een schuld werd verdubbeld als de schuldenaar niet op tijd betaalde. In de moderne tijd zijn er Moslimse geleerden geweest die de toelaatbaarheid van een matige rente hebben verdedigd, maar die hebben het pleit niet gewonnen. Dit betekent niet dat in islamitische landen nooit rente wordt geheven. In verreweg de meeste landen is dit geen probleem en zelfs in Saoedi-Arabië gebeurt het, zij het langs een omweg. Maar in de leer - in de islam altijd een vaag begrip omdat er geen aanwijsbaar leergezag bestaat - lijkt de gematigde opvatting nog niet te zijn doorgedrongen. De talrijke studies die de laatste jaren in de islamitische wereld zijn verschenen

over het “islamitisch bankieren”, waarbij in plaats van een vaste rente een deelneming in winst (met toepassing van de regels betreffende het zogenaamde *mudārabah*-contract) wordt uitbetaald, wijzen erop dat in orthodoxe kringen nog onverkort wordt vastgehouden aan een verbod van alle rente op kapitaal.¹⁸

Nu is het nog maar de vraag of het *mudārabāh*-contract inderdaad de rente kan vervangen. Maar eigenlijk gaat het niet daarom. De kernvraag is of het islamitische recht aan de moderne tijd kan of mag worden aangepast. Een dergelijke vraag zal een vroom en orthodox Moslim misschien blasfemisch voorkomen omdat hij leidt tot de vraag of de *sharī'ah*, Gods wet, soms niet goed genoeg is. Het lijkt weinig twijfel dat een orthodox Moslim dit niet licht zal toegeven. “De *sharī'ah* is geschikt voor elke tijd en plaats” was in 1930 de titel van een serie artikelen van de latere rector van de Azhar-universiteit, Muhammad Khidr Husayn, in het eerste nummer van het tijdschrift van dit bolwerk van de islamitische orthodoxie. Het is nog steeds de orthodoxe opvatting. De leerstelling dat de Koran, als Gods eigen, letterlijke woord, de voornaamste bron van het islamitische recht is belemmert de aanpassing van dit recht aan de eisen van tijd en plaats. De Koran is eeuwig geldig, hij is als Gods woord zelfs preëxistent, voorafgegaan aan de schepping. Aanpassing ervan is daarmee in strijd: Gods woord kan niet worden aangepast. Dat in feite het islamitische recht een creatie is van generaties van rechtsgeleerden maakt het niet minder rigide. Door zijn goddelijke oorsprong is het islamitische recht een conservatief systeem.

Dit betekent niet dat de moderne islamitische landen wat hun rechtsontwikkeling betreft in alle opzichten een achterstand vertonen. Maar de modernisering van het recht is er steeds om de *sharī'ah* heen gegaan. Er is sinds de negentiende eeuw *naast* het islamitische recht westers recht ingevoerd: de gelding van het islamitische recht zelf werd beperkt tot het familie- en het erfrecht. Maar tegelijkertijd werd in brede kring de claim gehandhaafd dat het op den duur (“na de bevrijding van de koloniale heerschappij”, of “wanneer de Moslims

zich weer zouden gedragen volgens de islam”) weer zou kunnen en moeten worden ingevoerd.

Daar waar het islamitische recht bleef gelden zijn de laatste honderd jaar wel enige hervormingen ingevoerd maar deze waren bescheiden. Met name het procesrecht is in de meeste gevallen aangepast, zoals bleek ten aanzien van de invoering van het schriftelijk bewijs. Maar over het algemeen zijn de ingrepen, wanneer men erop terugblijkt, zeer aarzelend geweest.

De methode die kennelijk het minst aanstootgevend werd geacht was gebruik te maken van de verschillen tussen de verschillende rechtsscholen en daaruit te kiezen wat het meest in overeenstemming werd geacht met de beoogde hervorming. Een voorbeeld daarvan zijn de hierboven genoemde bepalingen van de Malikitische school, die aan de vrouw een ruimere mogelijkheid laten om ontbinding van haar huwelijk te vorderen dan de andere scholen. In veel recente codificaties van islamitisch familierecht zijn die Malikitische regels nu overgenomen. Deze methode van hervormen laat zien hoe angstvallig met het islamitische recht wordt omgegaan. Moderne juristen verschuilen zich op deze wijze achter (dissidente) oude geleerden. Zij durven kennelijk nauwelijks iets te hervormen zonder zich te baseren op vroegere leerstellingen.²⁰

Een andere indirecte methode van hervorming was gebruik te maken van de bevoegdheid die volgens de *sharī'ah* de heerser heeft om de bevoegdheid van de rechters te beperken. Op deze wijze is in Egypte geprobeerd een minimumleeftijd voor het huwelijk vast te stellen. Rechters werd verboden kennis te nemen van huwelijken waarvan de partner jonger waren dan deze minimumleeftijden. Een bijkomende moeilijkheid hier was natuurlijk het feit dat de Profeet Mohammed zijn vrouw ‘Ā’ishah had gehuwd toen ze nog geen tien jaar was. Waarschijnlijk werd deze indirecte methode gekozen om niet met zoveel woorden te moeten zeggen dat in de moderne tijd het islamitische recht op dit punt aanpassing behoefde.²¹

De grote uitzondering op deze aarzelende rechtsontwikkeling in de

wereld van de islam is natuurlijk Turkije geweest, dat in 1926 het Zwitserse burgerlijk wetboek integraal heeft ingevoerd. Daarmee werd in dat land een radicaal eind gemaakt aan alle toepassing van islamitisch recht, ook van het elders doorgaans gehandhaafde familie- en erfrecht. Een nog belangrijker uitzondering misschien was Tunesië met zijn codificatie van het familie- en erfrecht van 1956, de *Majallah*. Deze code is vooral belangrijk omdat hier binnen een codificatie van islamitisch recht ingrijpende hervormingen zijn ingevoerd, waardoor bijvoorbeeld de polygamie radicaal is afgeschaft en, misschien nog belangrijker, wat huwelijk en echtscheiding betreft er volledige gelijkheid van man en vrouw is gekomen.²²

Maar dat Tunesische wetboek is al bijna veertig jaar oud en de modernisatie van islamitisch recht voorzover nog toegepast lijkt nu in de wereld van de islam vrijwel tot stilstand te zijn gekomen. Integendeel, de fundamentalistische bewegingen, die meestal zonder meer de bestaande wetten wil vervangen door de *shari'ah*, worden steeds sterker. Zij zijn het ook die het islamitische strafrecht weer willen invoeren, inclusief de voor sommige delicten zeer zware straffen, zoals afkapping van de hand en steniging.

Een groot obstakel voor de hervorming van het islamitische recht is, behalve de aarzeling om de op de Koran gebaseerde regels als niet meer voor alle tijd en plaats geldend te beschouwen, de geringe bereidheid van de Moslimse geleerden in onze tijd om, zoals hun voorgangers, zelf in de Koran en de Traditie van de Profeet het recht te vinden. Weliswaar werd enige eeuwen geleden volgens orthodoxe opvatting de mogelijkheid van eigen rechtsvinding beëindigd en werd, zoals het in de rechtsgeleerde literatuur heet, "de poort van de zelfwerkzaamheid" (*ijtihād*) gesloten.²³ Moderne Moslimse auteurs zeggen weliswaar graag dat in onze eeuw die poort weer is opengezet, maar in werkelijkheid blijken zij die poort meestal niet binnen te durven gaan. Dat blijkt natuurlijk allereerst uit de weigering om, zoals gezegd, de voorschriften van de *shari'ah*, of zo men wil van Koran en Traditie, als tijd- en plaatsgebonden op te vatten. Maar waarom

zou bijvoorbeeld het renteverbod niet kunnen worden beschouwd als een maatregel die bij het ontstaan van de islam in de zevende eeuw zin had, omdat de rente toen inderdaad woeker was, waardoor een schuldenaar onevenredig grote risico's liep? In onze tijd zijn die risico's veel kleiner. Zo zouden ook andere Koranische bepalingen als tijdgebonden kunnen worden geïnterpreteerd, zoals de straf op diefstal (het afkappen van de hand) die in de zevende eeuw misschien geen aanstoot gaf maar in onze eeuw als barbaars wordt opgevat. De polygamie zou zonder veel extra uitleg kunnen worden afgeschaft. Daarvoor is bovendien geen gewrongen uitleg van de Koran nodig.²⁴ Ook de kledingvoorschriften zouden meer kunnen worden geïnterpreteerd in het licht van wat in onze tijd gebruikelijk is. Wat is er immers tijdgebondener dan de mode, zeker wanneer het de vrouw aangaat?

Of het mogelijk zal blijken de poort van de zelfwerkzaamheid inderdaad weer te openen lijkt de laatste jaren in toenemende mate onzeker. Zeker is in ieder geval dat hij lang niet zo open is zoals veel modernistische schrijvers hun lezers willen laten geloven. Wat het letterlijk gezag van de heilige teksten (de Koran en in iets mindere mate de Traditie van de Profeet) betreft zijn bijna alle Moslims nog fundamentalisten. Wie het waagt openlijk te twifelen aan de letterlijke waarheid van de heilige geschriften riskeert van afvalligheid te worden beschuldigd wat zelfs in gematigde islamitische landen ernstige consequenties kan hebben. Ook het leerstuk dat de *shari'ah* geldig is voor alle tijd en plaats lijkt nog nauwelijks aantastbaar.

Het ware uiteraard te wensen dat de Moslims zich even vrij ten opzichte van hun heilige teksten zouden opstellen als hun voorgangers in de eerste eeuwen van de islam. Niet-Moslims kunnen daarop uiteraard geen invloed uitoefenen. Wat wij wel kunnen doen is steeds beseffen dat er niet één enkele uitleg van het islamitische recht is en dat het niet nodig is om wanneer het om Moslims gaat angstvallig de meest orthodoxe uitleg te kiezen. Tijdens een interview met de Algerijnse geleerde Mohammed Arkoun door twee Nederlandse

oriëntalist, vroeg één van hen wat hij vond van de actie van Brigitte Bardot tegen het rituele slachten. Mocht op dit punt de godsdienstvrijheid worden beperkt? Was een verbod van ritueel slachten acceptabel? Arkoun bleek ook op dit punt geen fundamentalist te zijn. Het ritueel slachten was weliswaar een oude ritus, antwoordde hij, maar nu moesten we het probleem niet meer oplossen door verwijzing naar geleerden uit de eerste eeuwen na de opkomst van de islam, net zo min als een Westers bestuurder voor de oplossing van zijn problemen te rade ging bij Thomas van Aquino. De interviewer wist niet veel meer te doen dan te wijzen op de mogelijkheid dat extreem-rechtse groeperingen een dergelijke visie zouden gebruiken voor racistische acties tegen Moslims.²⁵ Niet alleen was dit natuurlijk geen argument, maar het was ook een voorbeeld voor de gevaarlijke voorliefde van veel islamologen voor een orthodoxe, soms bijna fundamentalistische uitleg van de islam, niet alleen in hun studeerkamers maar ook daarbuiten.

Hopelijk laten de beleidsmakers in Nederland zich ten aanzien van de grote Moslimse minderheid hier te lande niet te veel beïnvloeden door adviezen die gebaseerd zijn op één enkele, orthodoxe, uitlegging van de islam en het islamitische recht. Laten zij vooral voor zichzelf die poort van de zelfwerkzaamheid weer wat open zetten.

Noten

1. Th.W. Juynboll, *Handleiding tot de Kennis van de Mohammedaansche Wet*, citeert al-Bājūrī's *Hāshiyah*, 1, p. 21, voor de opvatting dat de *ijtihād* in de derde eeuw van de islamitische jaartelling (dus in ongeveer de tiende eeuw AD) zou zijn afgeschaft. Zie echter al-Ramlī, *Nihāyat al-muhtāj ilā sharh al-muhtāj*, VIII, p. 47, die schrijft dat dat "drie eeuwen geleden" is geschied. Deze al-Ramlī stierf in 1596, wat er op neer komt dat het in de dertiende eeuw gebeurde. Zie voor latere verfijning van het begrip *ijtihād* het artikel "idjtiḥād" in de *Encyclopaedia of Islam* (2e editie).
2. J. Schacht, "Problems of Modern Islamic Legislation", *Studia Islamica*, XII, p. 100, noot 1, en de daar geciteerde literatuur.
3. In de moderne islamitische codificaties worden verschillende termen gebruikt. De Marokkaanse code verwijst naar *al-mashhūr* en *al-'amal*. In de Egyptische wet wordt verwezen naar *arjah al-aḥwāl*. De Iraakse wet verwijst slechts naar "de principes van het islamitische recht die het meest in overeenstemming zijn met deze wet". Opvallend is dat in de Tunesische code van het familierecht een dergelijke verwijzing ontbreekt. Overigens wordt de *'amal*, waarnaar in de Marokkaanse code een aantal malen verwezen wordt, wel vertaald door rechtspraak, maar in dit betekent geen formele erkenning van precedenten. Zie hiervoor artikel "'amal" in de *Encyclopaedia of Islam* (2e editie).
4. Snouck Hurgronje heeft herhaaldelijk gewezen op het belang van de *ijmā'* voor het islamitische recht, o.a. in "Nieuwe bijdragen tot de kennis van den Islām", *Verspreide Geschriften*, II, pp. 39-50. Zie verder G.F. Hourani, "The Basis of

- Consensus in Sunnite Islam”, *Studia Islamica*, XXI (1964). Cf. Wael B. Hallaq, “On Inductive Corroboration, Probability and Certainty in Sunni Legal Thought”, in N. Heer, ed., *Islamic Law and Jurisprudence*, Seattle and London, 1990, pp. 21 vv.
5. De eerste codificatie die van kracht is geworden in de islamitische wereld is de Ottomaanse in 1869. Deze betrof overigens niet het familie- of erfrecht maar het verbintenissenrecht: zie *Encyclopaedia of Islam* (2e editie), s.v.. De codificaties van Qadrī pasha (st. 1886) van het islamitische familie-, stichtingen- en vermogensrecht hebben nooit kracht van wet gekregen en worden in de rechtspraak vrijwel nooit gebruikt; zie J. Brugman, *De Betekenis van het Mohammedaanse Recht in het Hedendaagse Egypte*, p. 59. Snouck Hurgronje beschouwde de codificatie van islamitisch recht als een “onvruchtbaar denkbeeld” en vond in 1910 nog dat toepassing daarvan volgens Europese methode daaraan “zijn Mohammedaans karakter zou ontnemen” (*Verspreide Geschriften*, IV, I, pp. 105-6, noot 2). De talrijke codificaties die inmiddels in de islamitische wereld van kracht zijn geworden bewijzen het tegendeel. Schacht was nog in 1960 van mening dat Snouck “was right in dismissing the Majalla and similar productions as irrelevant to the study of Islamic law, but in the intervening period, the Muslims themselves have added the whole new chapter of Islamic legal modernism to their legal history” (“Problems of Modern Islamic Legislation”, p. 108, noot 2).
 6. J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1964, p. 1: “The restriction (sc. to political and, in the narrow sense) legal rules) is historically and systematically justified”. Schacht is van mening dat het ritueel “developed under different conditions”, ib. p. 112. Cf. ib.p. 200. Gelukkig wordt in Juynbolls nog steeds zeer bruikbare *Handleiding* het ritueel wel uitvoerig behandeld.

7. J. Brugman, o.c., hoofdstuk VIII, “De Sharī'a en het Nieuwe Burgerlijk Wetboek”, pp. 151-164.
8. Zie de uitvoerige bijdrage van H. Krüger, “Überblick über das Privatrecht der Staaten des ägyptischen Rechtskreises”, in *Recht van de islam*, V, Maastricht 1987, pp. 96-165.
9. J. Brugman, o.c., p. 155.
10. Zie hiervoor R. Peters, “Gods Wet of 's Mensen Wet: de Egyptische politiek en de Toepassing van het islamitische Recht”, *Recht van de islam*, V, pp. 20-49.
11. Zie bijvoorbeeld voor Libië J. Brugman, “De islamitische Straffen in de Libische Wetgeving”, *Recht van de islam*, V, p. 57.
12. *Onze Kleurrijke Toekomst, Allochtonen in het Nederlandse Bedrijfsleven*, Den Haag, Discussienota Bilderberg-conferentie 1992: i.h.b. pp. 26-28.
13. Muḥammad Shaltūt, *al-Islām 'aqidah wa shari'ah*, 2e druk, Cairo (1964), pp. 106-107.
14. Eerste deel (*qism*) over het dogma pp. 29-83; tweede deel over de *shari'ah* pp. 89-485; derde deel over de bronnen van de *shari'ah*, pp. 489-571.
15. Dat de kwestie voor Moslims zelf vrijwel onontwarbaar is blijkt uit het feit dat volgens sommige bronnen een Koranvers, waar de steniging voor ongehuwden wordt bevolen, naar het “uiterlijk” (*talāwatan*) is “afgeschaft” maar naar inhoud rechtsgeldig is gebleven. Zie hierover bijv. Ahmad Fathī Bahnasī, *al-'Uqūbah fī l-fiqh al-islāmī*, 2e dr., Bairut 1981, pp. 80-93.
16. Snouck Hurgronje dacht nog dat hervorming van het islamitische bewijsrecht op grote moeilijkheden zou stuiten. Zie zijn “Rapport over de Mohammedaansche Godsdienstige Rechtspraak”, *Verspreide Geschriften*, IV, I, p. 108: “De Mohammedaansche wetboeken zijn met den inhoud der bewijsleer als met een zuurdeesem doortrokken” en p. 109:

- “Men kan tal van afdelingen der Wet praktisch buiten werking stellen zonder ergernis te wekken bij de geloovigen, maar zij zouden zeker niet dulden, dat wel het onaantastbare deel dier Wet nominaal gehandhaafd, maar de naleving ervan door afschaffing van de ‘ware, goddelijke’ bewijsleer onmogelijk gemaakt werd”. Zelfs Snoucks bezwaren tegen de getuigeneed (cf. *Ambtelijke Adviezen*, II, p. 932) waren niet gegrond, want al in het Egyptisch Reglement voor de *Mehkemeh's* van 1897, art. 171 werd de getuigeneed voorgeschreven.
17. Ibn Rushd, *Bidāyat al-mujtahid wa nihāyat al-muqtaṣid*, I, Cairo (?), z.j. pp. 43-45 (hoofdstuk over de *tahārah*).
 18. Zie o.m. F. van Bakelen, “Handelsrecht in Egypte”, *Recht van de Islām* III, Groningen 1985, pp. 56-62; C.A. Fonteijn, “Islamitisch Bankieren”, ib. VI, Maastricht 1988, pp. 24-31.
 19. Muḥammad Khidr Husayn, “al-Sharī‘ah al-islāmīyah ṣālihah li kull zamān wa makān”, *Nūr al-Islām*, I (1930) nr 1, pp. 36-42; voortgezet in de volgende afleveringen.
 20. Cf. J. Schacht, “Problems of Modern Islamic Legislation”, o.c., p. 120: “... the modern jurists cannot get away from a timid, half-hearted, and essentially contradictory position. Their method of picking isolated fragments of opinions from the early authorities of Islamic Law, arranging them into a kind of arbitrary mosaic, and concealing behind this screen an essentially different structure of ideas borrowed from the West, is unreal and artificial”.
 21. In de Marokkaanse *Mudawwanah*, art. 8 hebben man en vrouw de bekwaamheid” (*ahlīyah*) tot het huwelijk op resp. 18- en 15-jarige leeftijd.
 22. De Tunesische autoriteiten presenteerden de nieuwe code uitdrukkelijk als islamitisch, maar van de zijde van de Tunesische godgeleerden is wel bezwaar gemaakt tegen de inhoud; ook Schacht, “Problems of Modern Islamic Legislation”, o.c., p. 124, vindt dat de Tunesische autoriteiten

- in deze code het islamitische huwelijks- en echtscheidingsrecht “out of all recognition” veranderd hebben; zie hierover uitvoerig M. Borrmans, *Statut Personnel et Famille au Maghreb de 1940 à nos Jours*, Paris-La Haye, 1977, i.h.b. pp. 290-294.
23. Cf. noot 1.
 24. In Koran 4, 3 wordt het polygame huwelijk voor mannen toegestaan tot “een viertal”, maar met de beperking “indien gij (dwz. de gelovige, Moslimse mannen) ducht niet billijk te zijn, dan slechts éne”. Feministen hebben uit vs 129 van dezelfde *sūrah*, nl. “En gij zult niet in staat zijn billijkheid te betrachten” afgeleid dat de Koran de polygamie eigenlijk verbiedt, (Vertaling Kramers).
 25. R. Haleber en P.S. van Koningsveld, *Islam en Humanisme, de Wereld van Mohammed Arkoun*, Amsterdam 1992, pp. 262 vv.