



Ruprecht-Karls-Universität zu Heidelberg
Südasiens-Institut
Abteilung Geschichte Südasiens

Schriftenreihe
Elektronische Veröffentlichungen zur Geschichte Südasiens

Herausgeber:
Gita Dharampal-Frick (Generaleditorin)
Georg Berkemer (Serien-Herausgeber)

Schrift Nummer 2

Rechtsauslegung im Kolonialen Indien
Islamisches Recht und Hindu Recht unter britischer Rechtssprechung

von

Michael Mann

19. April 2007

**Rechtsauslegung im kolonialen Indien:
Islamisches Recht und Hindu Recht unter britischer Rechtsprechung,
1765 – 1864**

MICHAEL MANN

A regard to the religious prejudices of the Muhammadans will probably prove an insurmountable obstacle to our making those alterations in the law which the good of the community requires. But if we cannot introduce a system of jurisprudence as perfect as might be wished, it is the interest as the rulers of the country, and duty we owe to our subjects, to see that the Law, as it exists, is duly administered; that the evils resulting from maladministration of it may not be superadded to those which are consequent of its inherent defects.¹

1. Einleitung: Die Erfindung des Islamischen Rechts und des Hindu Rechts

Das britische Kolonialregime, das in Indien ab der Mitte des 18. Jahrhunderts systematisch aufgebaut und erweitert wurde und das in der Mitte des darauf folgenden Jahrhunderts schließlich weite Teile des Subkontinents umfasste, beherrschte eine der damals dicht besiedeltsten Region der Erde. In Indien trafen die Briten auf hoch differenzierte und in vielerlei Hinsicht durchaus mit zeitgenössischen Entwicklungen in Europa vergleichbare frühmoderne Staatsformen. Diese waren hier wie dort durch mehr oder weniger effiziente Steuersysteme und elaborierte Jurisdiktionen gekennzeichnet. In zahlreichen indischen Staaten mit muslimischen Dynastien galten südasiatische Formen des islamischen Rechts. Die weitaus meisten Fälle, vor allem im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit, wurden jedoch vor örtlichen Institutionen nach Gewohnheitsrechten und Gesetzen entschieden.

¹ Governor General's Minute, para. 95, f. 298, Bengal Revenue Council, 3 December 1790 only. (Oriental and India Office Collection, British Library, London).

Wie aber sollte bei Errichtung und Ausweitung der Kolonialherrschaft mit den unterschiedlichen Rechtsbereichen und den verschiedenen Formen der Rechtsprechung umgegangen werden? Wie sollte eine Rechtsprechung auf der Basis von Rechtsauslegung erfolgen, wenn neben den unterschiedlichen Rechtstraditionen auch sprachliche Unkenntnis vorherrschte? Unvollkommene Pläne und provisorische Maßnahmen zur Justizreform kennzeichneten die ersten Jahrzehnte der Kolonialherrschaft. Mehr als einhundert Jahre sollten die Briten benötigen, bis sie einigermaßen befriedigende Lösungen für die drängenden Probleme bieten konnten. Während dieses Zeitraums haben sich die Briten massiv in die indische Jurisdiktion eingemischt, sich aber nur sporadisch an der Rechtsauslegung beteiligt.

Als die englische East India Company (EIC) 1765 das Angebot von Mughal Shah Alam II. annahm, die *dīwānī* der Reichsprovinzen Bengalen, Bihar und Orissa auszuüben, übernahm sie die Verantwortung der Steueradministration und Zivilrechtsprechung für eine Bevölkerung von schätzungsweise 30 Millionen Menschen auf der Fläche Englands. Neben jährlich an den Mughal abzuführende 260.000 Rupien (etwa £26.000) wurde vertraglich vereinbart, dass das Recht nach geltendem Gesetz gesprochen und das Strafrecht (*nizāmat*) entsprechend berücksichtigt werden soll.² Begierig hatte das Handelsunternehmen nach den Steuereinnahmen der reichen Provinzen gegriffen, ohne das Ausmaß der juristischen Obliegenheiten wahrhaben zu wollen. Obwohl die Handelsniederlassung in Fort William (Calcutta) seit 1698 die *zamīndāri* über die Dörfer Govindpur, Kalikata und Sutanati besaß, was einerseits das Recht zur Steuerverwaltung, andererseits die Kriminal- wie die Zivilrechtsprechung beinhaltete, die EIC folglich mit den lokalen Rechtsgepflogenheiten vertraut war, verfügte sie weder über genügend Personal noch über ausreichend juristische Kenntnis, um einer solch gewaltigen Aufgabe auch nur im Ansatz nachkommen zu können.³

Nach 1765 konzentrierte sich das Personal der EIC fast ausnahmslos auf die wirtschaftlichen und steuerlichen Ressourcen des Landes und ließ die Rechtsprechung in

² Firmaund from the King Shah Aalum, granting the Dewanny of Bengal, Behar and Orissa to the Company (12th August 1765), in: Charles U. Aitchison, Collection of Treaties, Engagements and Sanads relating to India and Neighbouring Countries (Delhi 1983), vol. II: United Provinces of Agra and Oudh, Bengal, Bihar and Orissa & the Central Provinces, No. X, S. 241-243.

³ Die Rechtsprechungslage allein in der britischen Niederlassung Calcutta war kaum zu durchschauen. Die erste Monopolcharta aus dem Jahr 1600 hatte die EIC ermächtigt, Gesetze zur Regelung ihrer internen Belange zu erlassen. Seit der Erneuerung der königlichen Charta 1661 waren „Governor and Council“ der jeweiligen Handelsniederlassung berechtigt, dort die Jurisdiktion nach englischem Gesetz wahrzunehmen und das Urteil zu exekutieren. Um die unterschiedlichen Rechtskompetenzen der EIC und der Krone zu konsolidieren, erließ König Georg I. (reg. 1714-27) 1726 eine neue Charta, die die Gesetzgebungsgewalt der EIC vereinheitlichte und die neuen Mayor's Courts der Krone unterstellte. Zusätzlich erhielten „Governor and Council“ legislative Gewalt, wie sie bislang nur der Aufsichtsrat der EIC (General Court) besessen hatte. Welches Recht gesprochen werden sollte, wurde nicht explizit festgelegt. Sicherlich bildete das englische „Common Law“ die Grundlage, aber es war bei weitem nicht die einzige Rechtsquelle. M. P. Jain, Outlines of Indian Legal History (second edn, Bombay 1966), S. 7-59 und Charles Fawcett, The First Century of British Legislation in India (Oxford 1934).

bengalischen Händen.⁴ Man war in Calcutta von der Eigenwertigkeit des bengalischen Rechts überzeugt und hatte von der Übertragung des englischen Gewohnheitsrechts („Common Law“) dringend abgeraten. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass den Briten vorerst die Durchsetzungskraft für grundlegende Rechtsreformen fehle, weshalb man gut beraten sei, die vorhandenen Gesetze zu modifizieren, ansonsten aber strikt das bestehende Recht anwende.⁵ Governor Robert Clive bestätigte daher an der Spitze der ‚Bengal-agency‘ Mohammad Reza Khan als Stellvertreter des *nawāb* von Bengalen in seinen Funktionen als *naib-diwān* und *naib-nazīm*. Doch das so genannte „Dual Government“, das lediglich aus der britischen Supervision der Steueradministration und der vertrauensvollen Überlassung der zivilen Rechtsprechung bestand, zeigte bald erhebliche Mängel. Das defizitäre Steueraufkommen und eine unbefriedigende Rechtsprechung (so zumindest die Briten) veranlasste die leitenden Gremien in Calcutta 1769, in den 21 Distrikten Bengalens „Supravisors“ für die Rechtsprechung einzusetzen. Deren Arbeit zeitigte indes wenig Erfolg, vor allem weil die örtlichen Richter sich meist weigerten, mit den neuen Machthabern zu kooperieren.⁶

Um die Justiz besser kontrollieren zu können, machte im selben Jahr (1769) der Calcutta Council dem Aufsichtsrat in London den Vorschlag, die bengalischen Richter registrieren zu lassen.⁷ Mit seinem Brief vom 10. April 1771, der Ende des Jahres in Calcutta eintraf, reagierte der Aufsichtsrat und modifizierte den Vorschlag dahingehend, dass zu ernennende Richter nach ihrer religiösen Zugehörigkeit entweder als Muslims oder als Hindus zu registrieren seien.⁸ Mit großer Wahrscheinlichkeit waren die Mitglieder des Aufsichtsrats von der englischen Praxis seit dem Bürgerkrieg (1642-46) geleitet, wonach Richter- und Offiziersposten mehrheitlich nach der jeweiligen Religion des Monarchen besetzt wurden.⁹ In Bengalen gab es für eine solche Unterscheidung keinerlei Vorläufer. Auch wenn die

⁴ Trotz der wachsenden administrativen Aufgaben nahm der Stand des europäischen Personals in Calcutta zwischen 1757 und 1765 kaum zu – es stieg von 75 auf 96 Personen, siehe J. D. Nichol, *The British in India, 1740-1763: A study in imperial expansion into Bengal* (unveröffentl. PhD thesis, University of Cambridge), S. 289-291.

⁵ Siehe Harry Verelst, *A View of the Rise, Progress and Present State of the English Government in Bengal* (London 1772), S. 130-148.

⁶ Jörg Fisch, *Cheap Lives and Dear Limbs. The British transformation of the Bengal criminal law 1769-1817* (Wiesbaden 1983), S. 31-32.

⁷ *Proceedings, Select Committee, Fort William, of 16th August 1769*, zitiert nach D. N. Banerjee, *The early Administrative System of the East India Company in Bengal, 1765 – 1774* (London 1943), S. 455.

⁸ *Public Letter from Court, 10 April 1771*, Abs. 23. *Fort William – India House Correspondence and other contemporary Papers relating thereto* (Indian Record Series, hg. von N. K. Sinha, 21 vols. (1748-1800) New Delhi 1959 seq. (künftig: FWIHC), vol. VI, S. 82.

⁹ Umgekehrt hatte die Rekatholisierung unter der Stuart-Monarchie (1660-1688) dazu geführt, dass bei der Neubesetzung von Richtersthühlen mehrheitlich Katholiken berücksichtigt wurden, nachdem festgestellt worden war, dass vor der „Restoration“ überwiegend Protestanten in diese Ämter berufen worden waren. Die Besetzung von Offiziersposten in der Armee und von Richterämtern mit Katholiken blieb nach 1689 eine Ausnahme. Norma Landau, *The Justices of Peace, 1679-1760* (Berkeley/Los Angeles/New York 1984), S. 76-77 und Lionel K. J. Glassey, *Politics and the Appointment of Justices of the Peace, 1675-1720* (Oxford 1979), S. 77-91.

Verwaltungsmaßnahme zunächst so gut wie keine Konsequenz haben sollte, musste sie auf die bengalischen Richter höchst befremdlich wirken.

Um dem zunehmenden administrativen Chaos in Britisch-Bengalen entgegenzutreten, ordnete der Aufsichtsrat unmittelbar nach seinem Schreiben zur Richterregistrierung an, die Gremien in Calcutta mögen ihre Aufgabe als *diwān* voll und ganz wahrnehmen und die Verwaltung dementsprechend organisieren.¹⁰ Nähere Erläuterungen schlossen sich nicht an. Ende des darauf folgenden Jahres teilte der Calcutta Council London mit, Reformen in der Steuer- und Justizverwaltung seien eingeleitet worden.¹¹ Dazu hatte man im Sommer 1772 ein „Committee of Circuit“ in die Distrikte Bengalens ausgesandt, das die Steuerveranlagung überprüfen sollte. Im Rahmen seiner Supervisions- und Revisionstätigkeit legte es einen Plan zur Reform der Justizverwaltung vor. Nachhaltigste Wirkung hatte der Vorschlag,

That in all Suits regarding Inheritance, Caste, and other religious Usages as Institutions, The Laws of the Koran with Respect to the Mahometans and those of the Shaster with Respect to the Jentoos, shall be invariably adhered to; On all such Occasions the Mowlavies or Bramins shall respectively attend to expound the Law, and they shall sign the Report & assist in Passing the Decree.¹²

Hiermit wurde bei der zivilen Rechtsprechung eine Reihe von Fällen aufgelistet, die mit Hilfe der jeweiligen Rechtskundigen auf der Basis von *qur'ān* respektive *dharmaśāstra* zu verhandeln waren. Darunter fielen Fragen zu Erbschaften, Heiraten, Kasten und generell religiöser Gebräuche. Ganz offensichtlich waren diese Kategorien analog zum zeitgenössischen englischen Kirchenrecht erstellt, denn auch hier wurde nach Erbschaftsfragen,

¹⁰ Public Letter from Court, 28 August 1771, Abs. 21, FWIHC, vol. VI, S. 123. “It is therefore our determination to stand forth as Duan, and by the agency of the Company’s servants to take upon ourselves the entire care and management of the revenues.” Vor dem Hintergrund des sich abzeichnenden finanziellen Fiaskos der EIC in London war die Konzentration des auf Bonität bedachten Aufsichtsrates auf die Steuereinnahmen verständlich.

¹¹ Public Letter to Court, dated 3 November 1772, Abs. 31-36, FWIHC, vol. VI, S. 426-427.

¹² The Committee of Circuit’s Plan for the Administration of Justice in Bengal, dated 15th August, 1772, Abs. 23, in: D. N. Banerjee, Early Administrative System, Appendix 16, S. 662-675, hier S. 667.

Die Briten gingen in Bengalen von einer Hindu-Mehrheitsbevölkerung aus, die unter einer islamischen Herrschaft nicht angemessen repräsentiert sein konnte und zudem durch eine despotisch-islamische Herrschaft unterdrückt war. Das manifestierte sich besonders bei der Jurisdiktion, die ungerecht wenn nicht gar willkürlich sein musste. Erstaunt mussten die Briten jedoch bei der ersten Bevölkerungszählung in Britisch-Indien 1871-72 feststellen, dass gerade in Bengalen (bestehend aus dem heutigen indischen Bundesstaat West-Bengal sowie Bangladesh) die Mehrheit der Bevölkerung dem islamischen Glauben anhing. Vgl. die entsprechenden Distrikte in: Imperial Gazetteer of India. Provincial Series: Bengal, 2 vols (reprint New Delhi 1984) sowie die Karte „Distribution of Muslim population in Bengal, 1872“ in: Richard M. Eaton. The Rise of Islam and the Bengal Frontier, 1204 – 1760 (Berkely, Los Angeles, London 1993), S. 121.

Heiratsangelegenheiten, Testamentsverfügungen und Angelegenheiten von kirchlichen Belangen unterschieden.¹³

Mehrerlei Missverständnissen unterlagen die Briten hier. Zum einen hatten sie die Vorstellung, dass *qur'ān* und *dharmasāstra* verbindliche Rechtssammlungen sind. Zum anderen gingen sie von lediglich zwei Religionsgruppen in Bengalen (wie auch in ganz Indien) aus. Ohne die Moslems weiter nach *šī'ā* und *sunna* zu differenzieren, geschweige denn Jainas, Christen (Armenier) und Juden wahrzunehmen, missachteten die Briten völlig, dass ein Hindu sich nicht über den ihm (im 18. Jahrhundert noch) unbekanntem und vom Inhalt her unverständlichen Begriff „Religion“ definierte. Hindu sein war eine distinkte Lebensform, eine Lebenshaltung, die auf dem schwer zu fassenden Begriff *dharma* basierte. Lokal und regional kann ein „Hindu“ völlig unterschiedlich leben, wenngleich er sich nach bestimmten allgemein gültigen Verhaltensnormen richtet. *Dharma* aber, und das markiert ein weiteres Missverständnis, ist nicht mit Religion oder Recht gleichzusetzen, denn es schließt moralisch-ethisch-soziale Aspekte ein, ebenso wenig wie *dharmasāstra* ausschließlich als religiöse Rechtslehre zu verstehen ist.¹⁴

Im Prinzip folgten die Briten in ihrer Charakterisierung der Hindus den islamischen Eroberern Indiens, die mit Hindu summarisch ihre Gegner bezeichneten – primär als Bewohner Hindustans und in zweiter Linie als ubiquitäre Religionsgemeinschaft. Strikter verfahren die Portugiesen im 16. Jahrhundert. Sie gingen davon aus, alle Nicht-Moslems, Nicht-Juden und Nicht-Christen seien Heiden – im portugiesischen Sprachgebrauch „gentio“. Über das Portugiesische als *lingua franca* des Indischen Ozeans verbreitete sich diese Bezeichnung als „gentoo“, die im 18. Jahrhundert allmählich durch den Begriff „Hindu“ ersetzt wurde. Implizit wurde auch aus christlicher Perspektive davon ausgegangen, sämtliche Hindus müssten einer einzigen Religion angehören, die allerhöchstens in Sekten unterteilt war.¹⁵

Diese Essentialisierung der indischen Gesellschaften fand 1772 ihre Fortsetzung in der Konstruktion der indischen Rechtskulturen als zwei religiös fundierte Jurisdiktionen. Besagter

¹³ J. D. M. Derrett, Religion, Law and the State in India, S. 233-237. Frederick Pollock and Frederick W. Maitland, The History of English Law, 2 vols (Cambridge 1968), vol. 1, S. 124-131. Die wissenschaftliche Interpretation dieser analogen Konstruktion reicht von „well-intended misunderstanding“, so R. W. Lariviere, Justices and *panditas*, S. 759, bis hin zur absichtsvollen staatlichen Kontrolle der zu verhandelnden Besitztümer über das Ehe-, Erbschafts- und Schenkungsrecht, so Michael R. Anderson, Islamic Law and the colonial encounter in British India, in: David Arnold and Peter Robb (Hg.), Institutions and Ideologies. A SOAS South Asian Reader (Towbridge 1993), S. 165-185.

¹⁴ Die Briten begingen den Fehler, *dharma* mit Religion gleichzusetzen, siehe Richard W. Lariviere, Justices and *panditas*: Some ironies in contemporary readings of the Hindu legal past, in: Journal of Asian Studies 48,4 (1989), S. 757-769, hier S. 578.

¹⁵ Heinrich von Stietencron, Hinduism: On the proper use of a deceptive term, in: Günther D. Sontheimer und Hermann Kulke (Hg.), Hinduism Reconsidered (Delhi 1989), 2. Aufl. 1999, S. 11-27.

Plan zur Reform der Justizverwaltung schlug nämlich vor, zur besseren Handhabung durch das britische Personal einen „well digested Code of Laws compiled by agreeably [sic] to the Laws and Tenets of the Mohammedans and the Gentoos, and according to the Customs and Usages [...]“ erstellen zu lassen.¹⁶ Dem folgte der Aufsichtsrat und ordnete an, Rechtskodizes beider Religionsgemeinschaften auf der Grundlage der alten Texte anzufertigen.¹⁷ Für den Hindu-Kodex wurden daraufhin elf bekannte *brahmanische* Rechtsgelehrte, *paṇḍita*, angestellt, die als Experten des *dharmasāstra* ihre Rechtsvorstellungen zum Teil nach Maßgabe der Briten bis 1775 niederschrieben.¹⁸

Die Gesetzessammlung wurde von den *paṇḍita* ins Persische übersetzt und Nathaniel B. Halhed besorgte die Übersetzung ins Englische.¹⁹ In seinem Vorwort betonte er die zum Teil erheblichen Auslegungs- und Übersetzungsschwierigkeiten, die oft nur mit Umschreibungen eines Wortes ‚gelöst‘ werden konnten. Wie sehr die Übersetzungen litten, zeigt sich am Beispiel des Begriffs *varṇa*, der im englischen Text synonym mit „caste“ und „tribe“ wiedergegeben wird; beides sind europäische Kategorien, mit denen versucht wurde, die außer-europäische Wirklichkeit zu erfassen – mit nachhaltigen Konsequenzen, denn implizit wurde davon ausgegangen, dass das ‚Kastensystem‘ das einzig konstitutive Element einer für homogen erachteten subkontinental-hinduistischen Gesellschaft ist.²⁰

War die Vereinheitlichung des Hindu Rechts schwierig, so schien sie beim Islamischen Recht umso einfacher. Als Grundlage wurden *qur’ān* und *ṣarī’a* herangezogen, die als unabänderliche und daher stets gültige Rechtstexte betrachtet wurden, ähnlich den *dharmasāstra*, die auf den vedischen Schriften basierten. Autoritativen Charakter hatten auch die

¹⁶ Public Letter to Court, dated 25 March 1773, Abs. 12, FWIHC, vol. VII, S. 139.

¹⁷ D. N. Banerjee, *Early Administrative System*, S. 506-507.

¹⁸ Was den kompilierenden Briten als alterwürdige *sāstra*-Texte präsentiert wurde bzw. was die Briten für solche erachteten, waren tatsächlich später verfasste Kommentare und Auszüge von Kompilationen, siehe Werner F. Menski, *Hindu Law. Beyond tradition and modernity* (Delhi etc. 2003), S. 169-170.

¹⁹ J. Duncan M. Derrett, *Religion, Law and the State in India* (London 1968, Delhi etc. 1999), S. 240-241. Die Kompilation erhielt den Namen *Vivādārṇava-setu* („Brücke über den Ozean der Prozesse“). Halheds Übersetzung bekam den Titel „A Code of Gento Laws, or, Ordinations of the Pundits“, die 1776 erstmals gedruckt wurde. J. B. R. Robinet übersetzte das Werk ins Französische (*Code des Lois des Gentoux, ou Réglements des Brames, traduit d l’ Anglais* (Paris 1778), und R. E. Raspe übertrug es ebenfalls aus dem Englischen als „Gesetzbuch der Gentoos, oder Sammlung der Gesetze der Pundits“ (Hamburg 1778).

²⁰ Nathaniel Brassey Halhead, *Translator’s Preface to “A Code of Gento Laws”*, in: Peter J. Marshall, *The Discovery of Hinduism in the Eighteenth Century* (Cambridge 1970), S. 140-183, hier S. 166-167, 175. Zur Übersetzungsarbeit N. B. Halheds und Zain-du-din Ali Raza’i siehe Rosane Rocher, *Orientalists, Poetry, and the Millennium: The checkered life of Nathaniel Brassey Halhed, 1751 – 1830* (Delhi 1983), S. 51. In Südindien war die brahmanische Gelehrsamkeit nicht so ausgeprägt wie im Norden des Subkontinents. F. W. Ellis setzte sich nach 1798 in der Madras Presidency für die strikte Beibehaltung der vorhandenen Rechtssysteme ein. Dazu ließ er Rechtstexte aus dem Telugu, Malayalam und Tamil ins Englische übersetzen, was dazu führte, dass, ebenso wie in Nordindien (siehe unten), bald eine Renaissance von Rechtssammlungen einsetzte, die jedoch eher kurios als praktisch anwendbar waren. Siehe J. D. M. Derrett, *Religion, Law and the State in India*, S. 257-261.

hidāya und die *fatwā-i-Alamgiriyya*.²¹ Muslimische Rechtsgelehrte empfahlen, wegen des großen Umfangs der *fatwā-i-Alamgiriyya* zunächst die *hidāya* als Grundlage für eine Gesetzessammlung heranzuziehen. Eine erste Übersetzung, besorgt von Charles Hamilton, lag 1791 vor. Die der *fatwā-i-Alamgiriyya* ließ bis 1865 auf sich warten und besaß in Form eines „Digest of Mahomedan Law“ mit ihrem Erscheinen nur noch historischen Wert, denn inzwischen waren die Briten nach der Niederschlagung des Großen Aufstands von 1857-59, der Absetzung der Mughal und der Souveränitätserklärung über Britisch-Indien mit dem „Indian Penal Code“ von 1862 zu einer unabhängigen Jurisdiktion übergegangen.²²

Indem die Briten überhaupt einen Kodex für das Zivilrecht der Hindus erstellten, konstruierten sie nicht nur ein Hindu-Recht, sondern definierten darüber Hindus als homogene Religions- und als separate Rechtsgemeinschaft. Gleiches gilt für das Islamische Recht.²³ Folglich entstand im kolonialen Kontext ein Rechtswesen, das auf erfundenen Rechtssystemen basierte, die ihrem Wesen und Charakter nach religiös waren.

Dass den Briten genau an dieser Unterscheidung gelegen war, zeigt die Festsstellung der Second Law Commission, die 1853 ihre Arbeit aufnahm und in ihrem zweiten Bericht nochmals festhielt, Britisch-Indien bedürfe zwar eines „body of substantive Civil Law“, aber andererseits die Kodifizierung des Hindu bzw. des Islamischen Rechts in der bisherigen Form ablehnte, weil: „The Hindu law and the Mohammedan law derive their authority respectively from the Hindu and Mohammedan religions. It follows that, as a British legislative cannot make Mohammedan or Hindu religion, so neither can it make Mohammedan or Hindu law.“²⁴ Aus diesem Grund sahen die Briten auch keine Veranlassung mehr, sich bis zum Ende ihrer Herrschaft in Indien in die vorhandenen Gesetze maßgeblich einzumischen, so lange nicht ihre eigenen Vorstellungen von Zivilisiertheit und Humanität berührt waren.²⁵ Das Zivilrecht der Hindus sowie das Islamische Strafrecht wurden keineswegs eliminiert, sondern es

²¹ Die *fatwā-i-Alamgiriyya* war unter Mughal Aurangzeb (reg. 1658-1707) erstellt und aus dem Persischen ins Arabische übertragen worden, woraufhin das Gesetzeswerk in vielen arabischsprachigen Ländern Anwendung fand. Zu dessen Genese und Verbreitung siehe Radhika Singha, *A Despotism of Law. Crime and justice in early colonial India* (Delhi etc. 1998), S. 13-14. Es muss beachtet werden, dass sowohl *hidāya* als auch *fatwā-i-Alamgiriyya* autoritativen Charakter hatten, in speziellen Fällen aber nur als Richtlinie und nicht als verbindliches Recht angesehen wurde, siehe W. F. Menski, *Hindu Law*, S. 155.

²² M. P. Jain, *Indian Legal History*, S. 702.

²³ Zwar hatten die Richter die Anweisung, sofern möglich die wesentlichen Unterschiede von *šī'ā* und *sunna* zu beachten, doch stellte sich schnell die Frage, wer auf dem indischen Subkontinent alles als Moslem zu klassifizieren ist? Wie sollte mit Randgruppen, Sekten und synkretischen Glaubensgemeinschaften verfahren werden? Schließlich entschied der Madras High Court 1921 lapidar, Moslem sei, wer Mohammad als Propheten und den Koran als höchste Autorität anerkenne. Freilich war damit das Problem der Grenzziehung von Rechtsgemeinschaften an religiösen Scheidelinien nicht kleiner geworden, im Gegenteil. Siehe M. R. Anderson, *Islamic Law and the colonial encounter*, S. 182.

²⁴ Zitiert nach M. P. Jain, *Indian Legal History*, S. 640

²⁵ Werner F. Mesnki, *Hindu Law. Beyond tradition and modernity* (Delhi etc. 2003), S. 199.

entstanden zwei distinkte Rechtsphären, die in einer ordentlichen, weil kodifizierten (kolonialen) und außerordentlichen (indischen) Gerichtsbarkeit ihren Niederschlag fanden.²⁶

Abgesehen von dem Umstand, dass nun nicht mehr allein über die bengalisch-indischen Institutionen des *nizāmat* und der *dīwānī* Recht gesprochen, sondern nach religiösen Kriterien unterschieden wurde, ergab sich für die Briten trotz der Rechtssammlungen das Problem, wer letztlich das Recht interpretierte, welches Recht im Fall von Gesetzeslücken gesprochen werden sollte und wie Urteile gefunden werden konnten? Bei allem Reformeifer darf nicht übersehen werden, dass das britische Verwaltungspersonal von indischer Jurisdiktion geschweige denn Jurisprudenz keinerlei Ahnung hatte, und dass die meisten Fälle nicht nach der Vorstellung von einem gesatzten, positiven Recht entschieden wurden. Notgedrungen mussten die Briten sich auf die ‚Bengal agency‘ verlassen, die ihr in Form muslimischer Rechtsgelehrter aus der *ulamā*, den *maulvi/mufti* und *qāḍī*, und den Hindu-Gelehrten des *dharmasāstra*, den *sāstri* und *paṇḍita*, zur Verfügung stand. Deren Rechtsgutachten, *fatwā* und *vyavasthā*, beruhend auf Rechtskommentaren und Rechtsschulen, blieben bis zur Abschaffung 1864 die Grundlage der kolonialen Rechtsprechung.²⁷

Zu keinem Zeitpunkt bezweifelten die Briten die Legitimität der indischen Rechtskulturen, was sich auch in der Beibehaltung der juristischen Nomenklatur zeigte. Regierungsamtliche Erlasse von 1798, 1800 und noch 1862 für die Gerichte in Britisch-Indien, das Recht nicht nur nach indigenem Gesetz und Gewohnheit zu sprechen, sondern die Fälle auch so zu verhandeln, als ob sie vor einem indischen Gericht stattfänden, blieb zwar eine Fiktion, zeigte aber die allgemeine Grundhaltung an.²⁸ Im Wesentlichen beschränkten sich die Reformen der Justizverwaltung denn auch auf die Umstrukturierung und Hierarchisierung der gerichtlichen Institutionen und sicherten den Instanzenweg, auf die Einführung von Prozessordnungen, die Verschriftlichung von Verfahren und die Veraktung der Prozesse.²⁹

Noch in der Mitte des 19. Jahrhunderts waren sich der Aufsichtsrat und die Regierung in London nicht schlüssig darüber, wie viele Reformen überhaupt möglich sind und wie weit sie

²⁶ Ebenda, S. 182. Im Unterschied zur bisherigen Rechtsprechung, bei der ebenfalls von dieser Unterscheidung in zwei Rechtsbereiche ausgegangen werden kann, kam bei den britisch-indischen Gerichten ab den 1830er Jahren verstärkt das „Case Law“ zur Geltung, während in den außergerichtlichen Rechtsverhandlungen die Texte und Überlieferungen des *dharmasāstra* benutzt wurden. Folglich entstand zumindest eine neue Kultur der Rechtsauslegung.

²⁷ Mit Act XI of 1864 wurde das Amt der Rechtsinterpreten offiziell abgeschafft. Doch noch 1873 zog der indische Richter Dwarkana Mitter drei *paṇḍita* zur Rechtsfindung heran, siehe R. W. Lariviere, *Justices and pandits*, S. 761 und Anm. 5 ebenda.

²⁸ J. D. M. Derrett, *Religion, Law and the State in India*, S. 295.

²⁹ Der so genannte „Impey Code“ von Sir Elijah Impey, Richter am Supreme Court in Calcutta, machte hier 1781 den Anfang, 1793 fortgesetzt von Governor General Charles Lord Cornwallis mit den Regeln für die Gesetzesabfassung („Regulations“) des nach ihm benannten „Cornwallis Code“ (offiziell: „Bengal Code“), siehe Michael Mann, *Bangalen im Umbruch. Die Herausbildung des britischen Kolonialstaates, 1754-1793* (Stuttgart 2000), S. 204-206 und 374-376.

gehen sollten.³⁰ Teilweise wurden Reformen aus Gründen der Praktikabilität wieder rückgängig gemacht, so die Entfernung des indischen Personals aus den Gerichten, die Governor General Cornwallis (amt. 1786-93) verfügt hatte. Nachdem sich daraufhin innerhalb eines Jahrzehnts die Anzahl der anhängigen Verfahren von geschätzten 60.000 auf über 160.000 erhöht hatte und die Zahl 1828 immer noch bei knapp 130.000 lag, entschloss sich der damalige Governor General, William C. Bentinck (amt. 1828-35), alle zivilen Rechtsfälle wieder von den *qāḍī* verhandeln zu lassen.³¹

Andererseits boten die zahllosen unregelmäßigen Rechtsfälle die Möglichkeit, nach eigenem Ermessen in der Urteilsfindung vorzugehen und das Strafmaß festzulegen. Hierfür stellte die englische Rechtstradition das Prinzip „Justice, Equity and Good Conscience“ bereit, während in der indischen Rechtskultur vor allem beim islamisch geprägten Strafrecht *tazīr* oder *siyāsa* in Fällen, die das Gesetz nicht abdeckte, angewendet werden konnte. Ähnliche Lösungen sah auch das Zivilrecht vor, bei dem allein schon die ausgeprägte Auslegungspraxis jeden Fall individuell behandelte. Indische Personen, Institutionen und Rechtsinstrumente waren Bestandteile einer breit gefächerten Auslegungskultur von Recht und Gesetz, die sich die Briten sukzessive aneigneten, indem sie die Justizverwaltung reformierten und die Rechtsprechung transformierten, langfristig aber den Charakter der Rechtskultur veränderten.³²

2. Die indisch-bengalische Rechtsprechung in der Mitte des 18. Jahrhunderts

Neben der Einführung von Prozess- und Verfahrensordnungen war die Unterscheidung nach zwei Rechtsgemeinschaften, basierend auf zwei separaten Rechtskodices, die obendrein nur selektive Gesetzessammlungen darstellten, die wohl einschneidendste Maßnahme der britischen Kolonialadministration, mit weit reichenden Folgen für die indische Jurisprudenz. Als Governor Warren Hastings, der auch Mitglied des Committee of Circuit war, Mohammad Reza Khan wissen ließ, künftig werde im Zivilrecht in den ‚gelisteten‘ Fällen zwischen den Rechtsgepflogenheiten der Moslems und der Hindus unterschieden, beschied dieser lakonisch, es sei in Hindustan seit der Errichtung muslimischer Herrschaften nie üblich gewesen, bei

³⁰ Kartik K. Raman, *Utilitarianism and the Criminal Law in colonial India: Study of the practical limits of utilitarian jurisprudence*, in: *Modern Asian Studies* 28,4 (1994), S. 739-791, hier S. 761-762.

³¹ Bereits 1803 fragte der Aufsichtsrat, ob es angesichts dieser Zahlen nicht vernünftiger sei „to leave the natives to their own arbitrary and precipitate tribunals, than to harass their feelings, and injure their property, by an endless procrastination of their suits, under the pretence of more deliberate justice.“ Letter from Court of Directors, 14th September 1803, zitiert in M. Mann, *Bengalen im Umbruch*, S. 351.

³² Diese subkontinentale (indische) Auslegungskultur lässt sich durchaus mit der von Jan Schröder aufgezeigten europäischen Aulegungspraxis, wie sie sich seit dem Mittelalter entwickelt hat, vergleichen. Die selben Prinzipien bilden die Grundlage, was regionale oder lokale Variationen nicht ausschließt, vgl. Jan Schröder, *Zur gesamteuropäischen Tradition der juristischen Methodenlehre*, in: *Akademie-Journal* 2 (2002), S. 37-41.

solchen Rechtsfällen einen *brāhmaṇa* oder *mufti* hinzuzuziehen. Es habe stets nur eine Rechtsprechung gegeben,

[...] the Gentoos are subject to the true Faith, & in a Country under the Dominion of a Mussalman Emperor it is improper that any Order should be issued inconsistent with the Rules of his Faith, that Innovations should be introduced in the Administration of Justice. If the Gentoos could decide amongst Themselves by the Brahmins their Disputes regarding Inheritance & the partition of Estates Why should they come to Court of a Magistrate to complain.³³

Bei bestimmten rechtlichen Problemen konnten durchaus die *śāstri* und *paṇḍita* befragt werden, das war allerdings nicht verpflichtend. Die meisten Fälle wurden zudem durch lokale Instanzen entschieden und kamen erst gar nicht vor ein offizielles (ordentliches) Gericht. Zahlreiche regionale und lokale Gemeinschaften und ‚Societies‘³⁴ hielten ihre jurisdiktionelle Autonomie aufrecht, aus Gründen der ‚Staatsraison‘ seitens der Mughal und der Provinzgouverneure toleriert. So konnten oftmals Institutionen, Gepflogenheiten und Normen gewahrt werden, was dazu führte, dass die *šari‘a* nur eingeschränkt angewendet wurde.³⁵ Die verschiedenen Rechtskulturen überlappten sich bisweilen, machten aber gleichwohl ein Rechtssystem aus, denn seine Elemente sind von gleichen oder ähnlichen Vorstellungen abgeleitet.³⁶ Auf die Rechtsprechungspraxis, wie sie Mohammad R. Khan dargelegt hatte, verwiesen auch die zeitgenössischen bengalischen Richter. Sie bestätigten generell die unterschiedlichen Rechtssprechungsbereiche, hoben jedoch gleichzeitig hervor, es sei geradezu absurd, wenn vor einem öffentlichen Gericht anders als nach dem geltenden Recht entschieden würde.³⁷

Allgemein funktionierte die bengalische Rechtsprechung im 18. Jahrhundert in weiten Teilen noch nach dem System, wie es unter Mughal Akbar (reg. 1556-1605) etabliert worden war. Danach lag beim Herrscher die letzte richterliche Instanz in allen

³³ Protokollierte Aussage Mohammad R. Khans vom 4. Mai 1772, in: D. N. Banerjee, *Early Administrative System*, S. 469-470.

³⁴ Die Termini ‚Stamm‘ oder ‚Ethnie‘ sind externe ethnografische Kategorien, mit deren Hilfe gesellschaftliche Gruppen aufgrund von (vermeintlichen) Endogamien konstruiert werden, nicht selten um sie zu marginalisieren oder gar zu diskriminieren. ‚Societies‘ sind hingegen selbst definiert.

³⁵ M. R. Anderson, *Islamic law and colonial encounter*, S. 171.

³⁶ K. K. Raman, *Utilitarianism and the Criminal Law in colonial India*, S. 741.

³⁷ Dirk H. A. Kolff, *The British and the Indian law machines: Some remarks on law and society in British India*, in: Wolfgang J. Mommsen and J. A. de Moor (Hg.), *European Expansion and Law. The encounter of European and indigenous law in 19th and 20th century Africa and Asia* (Oxford and New York 1992), S. 231-235.

Rechtsangelegenheiten.³⁸ Der Haupt-*qāḍī* war sein Stellvertreter im Reich, assistiert von einem Stab an Angestellten auf Provinzebene, darunter der *faujdār* mit polizeilich-militärischer Gewalt, der städtische *kotwāl* (*koṭawālā*) mit polizeilicher Gewalt, und der ebenfalls städtische *qāḍī* mit Rechtsprechungsgewalt in zivilen und strafrechtlichen Fällen außer in Steuerangelegenheiten. Nach Anhörung der streitenden Parteien fertigte der *qāḍī* einen Urteilsspruch an, den er, gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines *mufti*, der ihm die Rechtsgepflogenheiten in Form einer *fatwā* erläuterte, ausarbeitete. *Mufti* waren nicht öffentlich bestellte Rechtsgelehrte, deren Qualifikation in ihrer Gelehrsamkeit und ihrem guten Leumund, der vor allem in der Glaubensfestigkeit begründet sein musste, bestand. Nicht geklärt ist, inwieweit sie bereits in vor-britischer Zeit auf allen Ebenen der Gerichte als Rechtsausleger hinzugezogen wurden.³⁹

Fatwā sind rechtlich nicht bindende Meinungen, die als Antwort einem individuellen Fragesteller gegeben werden. Ursprünglich nach dem Tod des letzten Propheten Mohammed (632 n. Chr.) als Hilfsmittel zur Auslegung der Schriften gedacht, entwickelten sie sich bei den ausdifferenzierenden islamischen Gesellschaften zum wichtigsten Instrument der Rechtsauslegung. In Südasien erhielten die Kompilationen der *fatwā* autoritativen Charakter, die bekannteste darunter die bereits erwähnte *fatwā-i-Alamgiriyya*.⁴⁰ Als Ausgangspunkt der Erörterung galt der Faktenstand, zu dem das Recht nun befragt und ausgelegt wurde – im Unterschied zum Urteil, das das Recht voraussetzte, aber den Faktenstand hinterfragte. Die Fragestellung band den *mufti* in der Art der Antwort, weiterreichende Interpretationen waren nicht statthaft. Überdies war bei der Ausfertigung auf eine klare Sprache zu achten, die eine weitere Auslegung nicht mehr erforderlich machte.⁴¹ Bei der Erstellung mussten folgende Rechtsgrundlagen beachtet werden.

Prinzipiell unterschied die islamische Rechtsprechung nach Verbrechen gegen Gott und Verbrechen gegen Menschen, was grob vereinfacht mit dem europäischen Konzept von

³⁸ Keinesfalls aber war der Mughal Quell und Ursprung allen Rechts.

³⁹ Muhammad Khalid Masud, Brinkley Messick, David S. Powers, Muftis, fatwas, and Islamic legal interpretation, in: Dies. (Hg.), Islamic Legal Interpretation. Muftis and their fatwas (Cambridge, Mass., London, England, 1996), S. 5-32, hier S. 14.

⁴⁰ Vgl. oben Anm. 21.

⁴¹ M. Kh. Masud, B. Messick, D. S. Powers, Muftis, fatwas, and Islamic legal interpretation, S. 6-8, 18-19, 22-26. Muftis waren nicht gehalten, die Quellen ihrer Rechtsauslegung anzugeben, so lange der Fragesteller kein Jurist war. Dass die Rechtsauslegung der muftis zu weitreichenden gesetzlichen Konsequenzen führen konnte, zeigt Ende des 19. Jahrhunderts die Änderung im anglo-islamischen Scheidungsrecht, das über die Berufung auf die Hanafi-Interpretation, vor allem aber auf die in Indien ungebräuchliche Maliki-Schule zustande kam, siehe Muhammad Khalid Masud, Apostacy and judicial separation in British India, in: M. Kh. Masud, B. Messick, D. S. Powers, Islamic Legal Interpretation, S. 193-203.

öffentlichem und privatem Rechtsbereich wiedergegeben werden kann.⁴² Zu den bestrafbaren Verbrechen gegen Gott und damit die Gemeinschaft gehörte nicht-ehelicher Geschlechtsverkehr, Diebstahl, Raub und Alkoholgenuss, wofür ein festgelegtes Strafmaß (*hadd*) vorgesehen war, das von der Todesstrafe über die Abtrennung eines Körperteils bis hin zu Auspeitschen reichte. Dem Strafprinzip lag Vergeltung (*kīsās*) zugrunde, die jedoch durch Blutgeld (*diyā*) ersetzt werden konnte. Nur in diesen Fällen musste die *šarī'a* angewendet werden. Allerdings waren in ihr viele Rechtsfälle nicht abgedeckt und zudem mussten regionale Rechtsgebräuche berücksichtigt werden, vor allem in Gebieten mit einer nicht-muslimischen Mehrheitsbevölkerung wie in Indien. Ebenso galt die höchstrichterliche Entscheidung des Herrschers und, auch wenn nach der *šarī'a* eine separate staatliche Gesetzgebung verboten war. Nur theoretisch blieb die absolute Rechtsverbindlichkeit der *šarī'a* bestehen, während einzelne Gesetze durchaus abweichen konnten. Vermutlich gab es zu keiner Zeit einen islamischen Staat, in dem die Rechtsprechung ausschließlich nach der *šarī'a* vorgenommen wurde.⁴³

Aus besagten Gründen unterlag die überwiegende Mehrheit der Urteilsfindungen dem Ermessen des *qadī*. Dieser konnte freilich nicht willkürlich verfahren, sondern hatte sich an etablierte Rechtsinstrumente zu halten. Dazu zählten *tazīr* und *siyāsa*. *Tazīr* ist erstens als ergänzendes, jedoch untergeordnetes Strafmaß zu *hadd* und *kīsās* zu sehen. Es fällt in den Bereich der ordentlichen Jurisdiktion. Bei der Einführung der Gefängnisstrafe spielte *tazīr* eine entscheidende Rolle, da sie in allen bisherigen islamischen Rechtskodices nicht vorkam.⁴⁴ Zweitens lag *tazīr* ein erweitertes Konzept zugrunde, das die Grenzen des Rechts überschritt und in den außerordentlichen Gewaltbereich der Reichs- oder Staats-Regierung fiel. Ähnlich *siyāsa*, das dem (souveränen) Herrscher die nahezu unbeschränkte Möglichkeit einräumte, im Interesse der Öffentlichkeit in die Jurisdiktion einzugreifen, sofern keine gesetzlichen Regelungen vorlagen. Damit füllten *tazīr* und *siyāsa* die Unvollkommenheit des Strafrechts aus.⁴⁵

⁴² K. K. Raman, *Utilitarianism and the Criminal Law in India*, S. 743-745. Bei Verbrechen gegen Gott wurde nach der Möglichkeit und Unmöglichkeit menschlicher Bestrafung unterschieden. Sofern die menschliche Gemeinschaft betroffen ist, besteht auch die Möglichkeit zur Bestrafung.

⁴³ J. Fisch, *Cheap Lives and Dear Limbs*, S. 14-17. Wegen der Beweisführung – bei Ehebruch hatten beispielsweise vier muslimische Männer die Tat zu bezeugen – hoben die zeitgenössischen Briten wiederholt die Milde des islamischen Kriminalrechts hervor, betonten aber auch dessen Unsicherheit.

⁴⁴ Dies hängt mit der Entstehungsgeschichte von *qur'ān* und *šarī'a* zusammen, die für nomadisierende ‚Societies‘ geschaffen wurden, für die natürlich ein Gefängnis absurd ist. Erst als die islamischen Gesellschaften zunehmend sesshaft und städtisch wurden, bekamen Kerker und Gefängnis einen Sinn als Ort des Strafvollzugs.

⁴⁵ J. Fisch, *Cheap Lives and Dear Limbs*, S. 18-19. Die flexiblen Strukturen des islamischen Rechts und seiner Ausnahmen war im Zuge der britischen Rechtsreformen in Indien von Belang.

Grundlegendes Prinzip des indisch-bengalischen Rechts war die Anfertigung von Rechtsgutachten, der *fatwā*. *Mufti* und *qāḍī* waren gehalten, wie gehabt die Auslegung des Rechts nach den geltenden Gesetzen vorzunehmen. Noch 1828 hielt ein britischer Bericht fest, „[...] the Mohamedan law is administered by requiring the Mohamedan law officers to read the trials, and give their futwas or decisions on the cases.“⁴⁶ Die *fatwā* stellte also die Schuld fest und legte das Urteil vor. Allerdings waren die Richter nicht streng an eine *fatwā* gebunden, denn 1770 wurde berichtet: „[...] the Manner of proceeding in the Cazee’s Court is, that after hearing the Cause, the Muftee writes the Fettwa or Law applicable to it, and the Casee pronounces Judgement accordingly, unless he or the Mohtesib [Magistrat] disapproves of the Fettwa.“⁴⁷ In die gleiche Richtung ging auch ein britischer Erlass, wonach Richter die Möglichkeit besaßen, eine *fatwā* zu übergehen, sofern sie den Fall an das oberste Gericht in Calcutta weiterleiteten.⁴⁸

Bei den Rechtsbereichen des Zivilrechts, die die Briten separat gelistet hatten, sollten *paṇḍita* ihre Stellungnahmen, *vyavasthā*, abgeben. Seit 1777 waren *paṇḍita* am königlichen „Supreme Court“ in Calcutta angestellt, und mit den britischen „Regulations“ des Jahres 1793, dem so genannten „Cornwallis Code“, wurde ihre Assistentztätigkeit auf die Gerichte in den Distrikten, den Provinzen und dem obersten Zivilgericht, dem „*Sadr Diwāni Adālat*“ ausgedehnt.⁴⁹ Noch Anfang der 1830er Jahre bestätigte der Aufsichtsrat in London die außerordentliche Wichtigkeit der indischen „law officers“ für eine sichere Justiz, die ohne äquivalenten Ersatz nicht aufrechterhalten werden könne.⁵⁰ Offener lässt sich kaum die Kontinuität indisch-bengalischer Auslegungskultur demonstrieren; freilich wird auch offen die Abhängigkeit der Briten von ihren indischen Rechtskundigen deutlich.

⁴⁶ John Miller, *On the Administration of Justice in the British Colonies in the East Indies* (1828), S. 27.

⁴⁷ Letter from Supervisor at Nattore to Resident at Durbar (August 1770). Extract of the Proceedings of the Committee at Kishan Nugar (June, 28, 1772), in: Seventh Report of the Committee of Secrecy, appointed to enquire into the State of the East India Company (May 6, 1772), S. 38.

⁴⁸ Regulation IX of 1793, sec. iv, in: Richard Clarke (Hg.), *The Regulations of Fort William in Bengal, in force at the end of 1853*, 3 vols (London 1854), vol. 1, S. 96.

⁴⁹ R. W. Lariviere, *Justices and panditas*, S. 761, Anm 5. Zum „Cornwallis Code“ siehe M. Mann, *Bengalen im Umbruch*, S. 374-376. Die Ausweitung belegt, dass die Briten mit der Kompilation von Rechtstexten keinen Schritt weiter gekommen waren. Abgesehen davon dürften gerade auf dem Land (*mofussil*) nicht nur bei den gelisteten, sondern auch bei den nicht-gelisteten Rechtsbereichen lokale „law officers“ hinzugezogen worden sein. Insgesamt war die Regelung recht dehnbar, denn „law officers“ sollten, mussten aber hinzugezogen werden.

⁵⁰ Letter from Court of Directors to Madras Government, 12 October 1831. Minutes of Evidence before the Select Committee on the Affairs of the East India Company, in: *British Parliamentary Papers*, vol. 10 (Session 1831-1832), S. 215. „Regulation VI of 1832“ gestattete zwar Richtern, statt den „law officers“ auch eine Jury zu berufen, davon scheint aber kaum Gebrauch gemacht worden zu sein, wie offizielle Berichte aus den 1840er Jahren belegen, vgl. K. K. Raman, *Utilitarianism and the Criminal Law in India*, S. 766. Es scheint übertrieben, in der Möglichkeit zur Berufung einer „Jury“ oder „Assessors“ das Ende der bengalisch-islamischen Kriminalrechtsprechung zu sehen, nur weil das Monopol der *maulvi* gebrochen war, siehe M. P. Jain, *Indian Legal History*, S. 513-514.

Doch bestand ein latentes Misstrauen gegenüber den „law officers“, allen voran den *paṇḍita*. In britischen Augen galten sie als korrupt. Bereits William Jones, von 1783 bis 1793 Richter am „Supreme Court“ in Calcutta, hielt fest, er vermisse „pure integrity“ sowohl bei den *paṇḍita* als auch bei den *maulvi*, die man deshalb ständig überwachen müsse, weil sie versucht seien die Rechtstexte zu manipulieren.⁵¹ Freimütig gestand er ein, Sanskrit nur lernen zu wollen, um die *paṇḍita* besser kontrollieren zu können.⁵² Dem Missstand sollte durch die Gründung von Bildungsinstitutionen abgeholfen werden. Diese materialisierten sich noch zu Jones Indienjahren in den Sanscrit Colleges von Banaras und Calcutta, aus denen examinierte „Judge-Pundits“ in den Kolonialdienst aufgenommen wurden. Gleichwohl hielt sich das Vorurteil gegenüber den *paṇḍita* hartnäckig.⁵³ Francis Macnaghten schrieb 1824, er beobachte bei den *paṇḍita* Fälle von „partiality and tergiversation“, die auf die Unsicherheit der Gesetzestexte zurückzuführen seien.⁵⁴

Diese Wahrnehmung eines ‚Berufsstandes‘ beruhte weitgehend auf dem Missverständnis der Briten, die glaubten, die *paṇḍita* würden zu ihren Rechtsfindungen und Rechtsentscheidungen Texte heranziehen, die das tatsächliche Recht repräsentierten und daraus Passagen zitieren, die dem Fall des jeweiligen ‚Mandanten‘ zupass kämen. Den britischen „Judges and Magistrate“ auf dem Lande (*mofussil*) war wiederum die Vorgehensweise der *paṇḍita* durchaus genehm; ohnehin verstanden die Briten das Recht und seine Auslegung nicht. Andererseits konnten sie die anscheinend willkürliche Rechtsfindung auch nicht billigen. Mittel, den vermeintlichen Rechtsmissbrauch zu verhindern, besaßen sie freilich auch nicht. Wie zuvor Jones und Halhed ging Macnaghten nun ebenfalls davon aus, die ursprünglichen Rechtstexte

⁵¹ To W. C. Boughton Rouse, On the River of Hugli, 24 October 1786, in: Garland Cannon (Hg.), *The Letters of Sir William Jones*, 2 vols (Oxford 1970), vol. 2, No. 447, S. 720-721 und To Edmund Burke, Gardens near Calcutta, 13 April 1784, in: ebenda, No. 387, S. 643. In einem Brief an Governor General Cornwallis hob William Jones im Zusammenhang mit seiner Editionstätigkeit zu einem „Hindu Code“ 1788 hervor, den indischen Rechtsauslegern sei in keinem Fall zu vertrauen, selbst bei noch so viel Wachsamkeit. To the first Marquis of Cornwallis, Calcutta, 19 March 1788, in: ebenda, No. 485, S. 795.

⁵² To William Pitt the Younger, The Sunderbends or Woods of Bengal, 5 Febr. 1785, ebenda, No. 396, S. 664 und To Warren Hastings, On the Bhāgīrat’hi, 23 Oct. 1786, ebenda, No. 446, S. 718. Sprachen zu lernen fiel William Jones nicht schwer, soll er doch 13 Sprachen fließend und 28 recht gut beherrscht haben. Siehe allgemein S. N. Mukherjee, *Sir William Jones. A study in eighteenth-century attitudes towards India* (Cambridge 1968).

⁵³ Vorurteile und Vorbehalte waren nicht allein auf die *maulvi*, *paṇḍita* und *qaḍī* beschränkt, sondern galten der gesamten „Bengal agency“, also allen Angestellten im ‚Staatsdienst‘, einschließlich der Steueradministration, bei der vor allem der *qanungo*, der Dorfschreiber und Verwahrer der Steuerrollen, als korrupt galt. Darüber hinaus aber waren die britisch (europäischen) Vorbehalte gegenüber Bengalen (und Indern), besonders aber Moslems, latent vorhanden. So wurde deren Zeugenschaft prinzipiell infrage gestellt. Warren Hastings tat dies im Fall Mohammad Reza Khans 1774. Noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts konnte E. M. Foster in seinem Roman „A Passage to India“ die juristische Zweitklassigkeit von Indern (und Moslems) zum zentralen Gegenstand der Handlung erheben, siehe M. Mann, *Bengalen im Umbruch*, S. 140-141 und S. 348, Anm. 70.

⁵⁴ Francis Macnaghten, *Considerations on the Hindoo Law as It Is Current in Bengal* (Serampore 1824), S. x-xi.

würden solch Unsicherheit und Verwirrung nahezu ausschließen; diese sei erst durch die Rechtsauslegung und die Kommentare der *paṇḍita* entstanden.⁵⁵

Doch waren es gerade diese Rechtssammlungen, Kommentare und Rechtsauslegungen in Einzelfällen, die den *dharmasāstra* davor bewahrten, eine veraltete und unzeitgemäße Jurisprudenz zu sein. Über Jahrhunderte hatten *paṇḍita* alte Rechtstexte kopiert, ihnen Kommentare hinzugefügt und eigene Rechtssammlungen und Rechtsabhandlungen verfasst und so ein ganzes Rechtsgebäude entstehen lassen, das auf permanenter Erneuerung basierte. Recht und Gesetz konnten so den gesellschaftlichen Wandlungsprozessen angepasst werden. Einen einzigen Text oder eine einzige Gesetzessammlung als autoritativ zu erklären und uniform auf alle Menschen des Landes, die sich als Hindu bezeichnen würden, anzuwenden, hätte der gesamten Rechtstradition Bengalens und weiten Teilen Indiens grundlegend widersprochen. Abgesehen davon war die Rechtsauslegung der *paṇḍita* in höchstem Maße situativ, hatten sie doch das *dharmā*, vereinfacht gesprochen: die Einbeziehung der allgemeinen Umstände im weitesten Sinne bei der Interpretation des Rechts, stets zu berücksichtigen. Starre, reproduzierbare Urteile mussten ihren Auslegungsprinzipien völlig zuwider laufen.⁵⁶

Im 18. Jahrhundert, im Gegensatz zu den vorausgegangenen, sind nur wenige neue juristische Abhandlungen und Kommentare verfasst worden.⁵⁷ In die Reihe der gelehrten Rechtsabhandlungen fiel auch der „Hindu-Code“ von Halhed, der, wenn überhaupt, nicht als Rechtstext, sondern in der Sanskrit-Version von den *paṇḍita* als Kommentar benutzt wurde.⁵⁸ Die Suche nach einem rechtlichen Urtext mit dem Ehrgeiz, ein Äquivalent zu Kaiser Justinians „Corpus Juris Canonici“ erstellen zu wollen, trieb William Jones an, mit Hilfe von *paṇḍita*, allen voran *Jagannātha Tarkapañcānana*, zwischen 1788 und 1793 einen allumfassenden Hindu-Rechtskodex zu erstellen. Die Überarbeitung durch Henry T. Colebrooke in den späten 1790er Jahren war schließlich ein Meisterwerk der Kompilation und Übersetzungskunst, die bei den britischen Richtern, ebenso wie die Texte Halheads und Jones', Verwendung fand, allerdings nur als Handbuch. Für die Rechtsauslegung durch die *paṇḍita* hatten diese Werke wiederum ‚nur‘ die Bedeutung eines Kommentars.⁵⁹

Von weiterreichender Konsequenz aber war, dass Colebrookes Rechtssammlung im wesentlichen auf zwei Rechtskompilationen beruhte, dem *dāyabhāga* und der *mitākṣarā*. Damit waren der Vielfältigkeit der Auslegungskunst künftig enge Grenzen gesetzt. Die bekam

⁵⁵ Ebenda, S. iii.

⁵⁶ R. W. Lariviere, *Justices and panditas*, S. 761-162 und W. F. Menski, *Hindu Law*, S. 168.

⁵⁷ J. D. M. Derrett, *Religion, Law and the State in India*, S. 231-233.

⁵⁸ R. Rocher, *Orientalism, Poetry, and the Millennium*, S. 62.

⁵⁹ J. D. M. Derrett, *Religion, Law and the State in India*, S. 244-257.

Colebrooke noch selbst zu spüren, denn, so musste er frustriert feststellen, allein bezüglich des Erbrechts seien derart viele Rechtsmeinungen zitiert worden, dass von einer sicheren Interpretation nicht mehr gesprochen werden könne. Er empfahl daher, in Fragen des Erbrechts die anerkannten Autoritäten an den Sanscrit Colleges in Banaras und Calcutta zu konsultieren.⁶⁰ Auf der Suche nach einem verbindlichen Rechtstext regte der Kolonialstaat eine erhöhte Produktion von Rechtskommentaren an. Es scheint, als ob die *paṇḍita* dabei ihr Recht und ihr Rechtsverständnis durchaus bewahrten und sich obendrein die britisch initiierten Rechtstexte aneigneten und dabei bis weit in das 19. Jahrhundert ihre traditionelle Rolle als Rechtsausleger und als Helfer der Herrscher wahrnehmen konnten⁶¹

Neben der staatlichen, offiziellen Rechtsprechung in Herrschaftsbereichen mit islamischen Herrschern, die sich auf Steuer- und Strafrecht beschränkte, existierten nach wie vor zahlreiche lokale Rechtsinstitutionen. Beim Aufbau des Kolonialstaates wichen die Briten von diesen Strukturen nicht ab. Auch blieben bis weit ins 19. Jahrhundert deren Möglichkeiten, die Rechtsprechung im *mofussil* effektiv auszuüben, höchst beschränkt. Die britische Gesetzgebung griff daher nur marginal in Straf- und Zivilrecht ein und transferierte zunächst wenige Polizeifunktionen von *faujdār* und *kotwāl* zu den „Magistrates“.⁶² So lange auch die Exekutivgewalt der Briten auf dem Land und in den Dörfern minimal war, wie es bis Mitte des 19. Jahrhunderts vielerorts der Fall war, ergab es keinen Sinn, weitere strukturelle Reformen in der Justizverwaltung einzuleiten. Daher beließen die Briten, abgesehen von der Beibehaltung des Justizpersonals, auch Rechtsinstitutionen wie das *pañchāyat*.⁶³

Diesem, so erklärte einer der reformeifrigsten und radikalsten britischen Angestellten der EIC des ausgehenden 18. Jahrhunderts, Jonathan Duncan, „Resident“ in Banaras von 1787 bis 1795, würde die lokale Bevölkerung mehr Vertrauen entgegen bringen als den englischen Rechtsinstitutionen. Bereits die *Mughal* hätten die traditionellen *pañchāyat* des Landes übernommen, in dem

the inhabitants have been so long habituated to settle all causes by arbitration and to terminate all disputes by what they call mutual satisfaction of both parties, that I am persuaded our more decisive and what they would think abrupt mode of

⁶⁰ Beide Texte waren zu Beginn des 12. Jahrhunderts entstanden. Nach britischer Auffassung stellte vor allem die *mitākṣarā* den Versuch dar, säkulares Recht in Indien einzuführen. Das aber scheint eher der britischen Erwartungshaltung denn der Realität entsprungen zu sein. W. F. Menski, *Hindu Law*, S. 148, Anm. 29 und J. D. M. Derrett, *Religion, Law and the State in India*, S. 245-250.

⁶¹ Axel Michaels, *The Pandit as legal advisor: Rājguru, rājpurohita and dharmādhikārin*, in: Ders. (Hg.), *The Pandit. Traditional scholarship in India* (Delhi 2001), S. 61-77, bes. S. 62-64.

⁶² J. Fisch, *Cheap Lives and Dear Limbs*, S. 37.

⁶³ K. K. Raman, *Utilitarianism and the Criminal Law in India*, S. 749.

administering justice and executing decisions would not suit the way of thinking of a majority of inhabitants of Benaras.⁶⁴

Einem *panchāyat* gehörten nicht nur Richter oder Obmänner an, sondern jeder der Interesse an einem zu verhandelnden Fall hatte, konnte an dessen Erörterung teilnehmen.⁶⁵ In Maharashtra besaß jeder Markort sein *panchāyat*, um kommerzielle Streitfragen zu lösen. In einigen Städten des westlichen Indien wurden wirtschaftliche Rechtsstreite vor dem Rat der *mahājan*⁶⁶ verhandelt. *Panchāyats* gab es auch im städtischen wie im dörflichen Bereich innerhalb der *varṇa* und der *jāti*, die zur Regelung sozialer und wirtschaftlicher Belange eingesetzt waren. Keinesfalls soll hier eine indische Institution als Teil des angeblich autonomen und autarken indischen Dorfes romantisiert werden, denn sie war ein ständisches Organ, dem eher moralisch repressive Ordnungsmechanismen zugeschrieben werden kann.

Die Aufgabe des *panchāyat* bestand generell darin, Streitfälle in gegenseitigem Einvernehmen zu entscheiden, ohne den Beklagten wirtschaftlich und sozial zu vernichten. Dadurch konnten beide Parteien das Gesicht wahren.⁶⁷ Langwierige Anhörungen und Dispute waren oft die Folge.⁶⁸ Rechtskundige und Rechtsgelehrte wie *paṇḍita* oder *śāstrī* wurden von Fall zu Fall herangezogen. Rechtsstreitigkeiten unter den *brāhmaṇa* wurde ausschließlich unter Zuhilfenahme des *dharmaśāstra* verhandelt. Rechtsfälle konnten aber auch durch subalterne Vertreter der Distriktadministration (vgl. oben: *faujdār*, *kotwāl*) verhandelt und entschieden werden, ohne dass ein ‚offizielles‘ Gericht angegangen werden musste. So lange diese Rechtsprechungsinstitutionen und –instanzen funktionierten, so lange gab es seitens der indischen Bevölkerung in der Tat keine Veranlassung, ordentliche Gerichte anzurufen.⁶⁹

3. Koloniale Justizreformen

Einschneidende Reformen in der Jurisdiktion waren aus den bislang genannten Gründen nicht möglich, zu schwach war der Kolonialstaat im ersten Jahrhundert seines Bestehens.

⁶⁴ Duncan to Governor General [John Shore], 23 October 1794. Bengal Civil Judicial Proceedings, vol. 24, 11 September 1795), zitiert nach Bernard S. Cohn, From Indian status to British contract, in: Ders., An Anthropologist among the Historians and other Essays (Delhi etc. 1987), S. 463-482, hier S. 467-468, Anm. 12.

⁶⁵ *panch*: „fünf“, hier: Richter, Schiedsrichter, Vorsteher einer *varṇa/jāti* (fälschlich: ‚Kaste‘) oder eines Dorfes, Gruppe von Schiedsrichtern.

⁶⁶ *mahājan*: wörtl.: große Menschen, auch: Volk; gemeint sind Kaufleute, Bankiers, Geldleiher.

⁶⁷ Der indische Rechtsanwalt in Südafrika, Mohandas Karamchand Gandhi (1869-1948), seit 1930 als „Mahatma Gandhi“ bekannt, sollte 1909 in seinem Essay „Hind Swaraj“ genau diesen Unterschied zwischen der britischen und der indischen Jurisprudenz herausstreichen, den im Prinzip auch schon Jonathan Duncan erkannt hatte. Vgl. The Collected Works of Mahatma Gandhi, 90 vols (Government of India, New Delhi 1958-1984) vol. 10, S. 6-68.

⁶⁸ B. S. Cohn, From Indian status to British contract, S. 468.

⁶⁹ J. D. M. Derrett, Religion, Law and the State in India, S. 277-280.

Gleichwohl versuchte die Kolonialadministration unter der Leitung der besonders reformfreudigen Governor Generals Charles Cornwallis und William C. Bentinck nicht nur in die Justizadministration einzugreifen, sondern auch die Rechtsprechung über die Gesetzgebung zu reformieren. Da der Aktionsradius von vornherein begrenzt war, konzentrierten sich die Reformen auf ausgewählte Gesetze, über die sich der Kolonialstaat die Rechtsprechungskompetenz aneignen und sie ausweiten wollte. Dazu gehörten erstens Modifikationen beim Landrecht, zweitens die Kapitalverbrechen beim Strafrecht und drittens der Eingriff in die ‚gelisteten‘ Fälle des Zivilrechts. Je ein Beispiel soll den Sachverhalt erläutern.

Zum Ersten: Nachdem die EIC die *dīwānī* von Bengalen, Bihar und Orissa angenommen hatte, maß sie den Steuereinnahmen größte Priorität zu. Über sie wollte das Wirtschaftsunternehmen zusätzliches Handelskapital erhalten. Jedoch waren innerhalb weniger Jahre die Einnahmen aus der Landsteuer, auf der nahezu die gesamten Fiskaleinnahmen Bengalens basierten, rückläufig. Eine dramatische Dürre mit anschließender Hungerepidemie in den Jahren 1769-70 beschleunigte die negative Entwicklung. Gleichzeitig experimentierten die Briten mit diversen Steuerveranlagungsmodi, bei denen sie die bisherige Politik zur Zentralisierung der Steuereinnahmen fortsetzten. In den 1770er Jahren ging man in den meisten Fällen zu einer einjährigen Versteigerung der Steuereinzugsrechte an die so genannten *zamīndār* über. Sie besaßen Grundrechtstitel über einen Teil ihrer Steuerbezirke, ansonsten aber hatten sie lediglich das Recht zum Steuereinzug und verpflichteten sich, eine festgelegte Summe an die zentrale Kasse in Calcutta abzuführen.⁷⁰

Um in Zeiten expansiver Kolonialkriege über regelmäßige Steuereinnahmen zu verfügen, beschloss Cornwallis 1789, die *zamīndār* auf zehn Jahre mit ihren Steuerbezirken zu veranlagern. Entscheidend war nun, dass die *zamīndār* als Vertragspartner der Briten mit ihrem Privatvermögen für Steueraußenstände haftbar gemacht werden konnten. Als Cornwallis 1793 im Zuge seiner staatlichen Reformmaßnahmen dieses so genannte „Zamindari Settlement“ dauerhaft im „Permanent Settlement“ festschrieb, erklärte er die *zamīndār* mit einem Federstrich zu Grundbesitzern, während alle auf dem so geschaffenen Großgrundbesitz ansässigen Bauern unterschiedslos zu Pächtern wurden, deren rechtlich neue

⁷⁰ M. Mann, Bengalen im Umbruch, S. 176-201.

Situation die Briten zunächst nicht interessierte.⁷¹ Nur zögerlich entschlossen sich diese im Verlauf des späten 19. Jahrhunderts zu einer Gesetzgebung zum Schutz der Pächter.⁷²

Bis zum „Permanent Settlement“ hatte sich der weitaus größte Teil des Landes im Besitz lokaler Clans, Sippen und Familien befunden, die meist gemeinschaftlich darüber verfügten. Ein Eigentumsbegriff nach römisch-rechtlichem Verständnis von *meum et tuum*, wie er in weiten Teilen Europas galt, existierte nicht. Land gab es in Indien, auch im dicht bevölkerten Bengalen, im Überfluss, weswegen Eigentumsrechte daran keinen Sinn ergaben. Aus diesem Grund existierte auch kein Landmarkt. Den initiierten die Briten durch die Zwangsauktion von Teilen oder des gesamten Grundbesitzes der *zamīndār* zur Begleichung ausstehender Steuerbeträge. Verschärft durch das so genannte „Sunset Law“, wonach der festgesetzte Landsteuerbetrag bis zum Sonnenuntergang des Zahltages entrichtet worden sein musste, wechselten aufgrund dieser gläubigerfreundlichen Gesetzgebung, die dem britischen Rechtsbereich entnommen war, innerhalb von einem Jahrzehnt etwa 45 Prozent des Landes den Besitzer.⁷³ Im Rahmen der Auktionen wurden schließlich Rechtstitel an dem versteigerten Land ausgefertigt, die fortan als Nachweis von veräußerbaren Grundeigentum galten.⁷⁴

Zum Zweiten: Die Verhandlung von Kapitalverbrechen und die Exekution der Todesstrafe als Ausdruck einer öffentlichen Justiz besaß höchste Priorität im sich formierenden Kolonialstaat. Die Kriminalrechtsprechung in Bengalen lag *de jure* immer noch beim *nawāb*. Dessen Machtstellung war Ende des 18. Jahrhunderts indes so schwach geworden, dass Cornwallis die Usurpation der Kriminaljustiz betreiben konnte; ein Schritt, der Warren Hastings mit dem Plan zur Justizreform von 1772 noch verwehrt geblieben war.⁷⁵ Zügig erließ Cornwallis „Regulations“, die die Kriminaljustiz in die Hände der EIC legte. Augenfälligster Ausdruck der Übernahme war die Entlassung Mohammad Reza Khans, der nach 27 Jahren verdienstvoller Zusammenarbeit pensioniert wurde. Neben einigen Verwaltungsreformen ging Cornwallis sogleich die Gesetzgebung zu Kapitalverbrechen an.⁷⁶

⁷¹ Regulation I of 1793, das „Permanent Settlement“, bildete den Auftakt zum „Cornwallis Code“, siehe R. Clarke, Regulations of Fort William in Bengal, vol. 1, S. 1-9.

⁷² Zum „Permanent Settlement“ M. Mann, Bengalen im Umbruch, S. 358-368 und zur Pächtergesetzgebung in Bengalen Dietmar Rothermund, Government, Landlord and Peasant in India. Agrarian relations under British rule, 1865-1935 (Wiesbaden 1978), S. 98-125.

⁷³ Regulation III of 1794, in: R. Clarke, Regulations of Fort William in Bengal, vol. 1, S. 253-258.

⁷⁴ M. Mann, Bengalen im Umbruch, S. 373-374.

⁷⁵ Ebenda, S. 154-158. Die „sovereign power“ stütze sich auf die *dīwānī* und dem 1765 mit dem damaligen *nawāb* von Bengalen, Najim ud daula ausgehandelten Vertrag, nach dem die Verwaltung des *nizāmat* unter eine Minister gestellt würde, der zuvor von den Briten approbiert sein musste, siehe C. U. Aitchison, Collection of Treaties, vol. 2, No. IX, Articles of a Treaty and Agreement [...] and the Nabob Nudjum-ul-Dowlah, S. 237-238, Art. 2, S. 238.

⁷⁶ M. Mann, Bengalen im Umbruch, S. 342-343.

Nach außen sollte der Anschein gewahrt bleiben, dass es sich bei den Reformen nicht um eine radikale Neuerung durch eine fremde Macht sondern um eine Auslegung bestehender Gesetze handelte. So galt bei Mord und Totschlag in Bengalen die Rechtsmeinung der Hanafi-Schule. Die Lehrmeinung Abu Hanafis (699-767 n. Chr.) war eine von insgesamt vier Rechtsschulen des islamischen Rechts, jedoch die gängigste.⁷⁷ Sie machte die Tötungsmethode (Instrument) zum Hauptkriterium der Urteilsfindung. Dieser Meinung widersprachen zwei der Schüler Hanafis. Beide hoben stattdessen die Intention des Verbrechens hervor.⁷⁸ Cornwallis griff sie auf und verfügte, dass künftig bei Mord und Totschlag die Intentionalität des Verbrechens bei der Anfertigung der *fatwā* berücksichtigt werden sollte.⁷⁹ Scheinbar wurde nur die Beweisführung geändert. Doch als zusätzlich das private Gnadenrecht der Verwandten annulliert wurde, war der Eingriff zugunsten einer öffentlichen Rechtsprechung unübersehbar.⁸⁰

Dem setzten bengalische *maulvi* und *qāḍī* ihren Widerstand entgegen, indem sie sich weigerten, die *fatwā* im Sinn der angeordneten Rechtsauslegung anzufertigen. Um dem Gesetz Geltung zu verschaffen, sah sich der Kolonialstaat in Person des Governor General zu einem Täuschungsmanöver gezwungen. Die kürzlich eingerichteten „Courts of Circuit“ wurden angewiesen:

When any private person or persons shall be convicted of murder, the Judge shall cause to the reference prescribed in such cases by the Muhammadan Law to be made to the heir of the slain. If the heir shall require the murderer to be punished with death, Judges shall pass sentences accordingly. But when heirs shall require Daiat (blood money), or pardon the murderer, the Judges shall not pass any sentences, but shall forward the record of the trial, including the Futwa of the Law officers and the requisition of the heir, to the Nizamut Adualat, and wait the sentence of that court.⁸¹

Noch am selben Tag erließ Cornwallis eine Anweisung an das oberste Kriminalgericht, die festlegte, dass:

⁷⁷ Neben der Hanafi gab es die Shafi'i (Muhammad al-Shafi'i, gest. 820), Maliki (Malik b. Anas, gest. 795) und Hanbali (Ibn Hanbali, gest. 855) Schulen.

⁷⁸ M. Rama Jois, *Legal and Constitutional History of India*, 2 vols (Bombay 1984), vol. 1, S. 9-10, 14. Innerhalb der "Intentionalisten" gab es wiederum unterschiedliche Rechtsauffassungen.

⁷⁹ Regulation 3 December 1790, Art. 33, in: J. E. Colebrooke, *Supplement to the Digest of the Regulations and Laws*, S. 154-155.

⁸⁰ Ebenda, Art. 34, S. 155.

⁸¹ Extract from Proceedings of the Governor General in Council, 9th Oct., 1791, Abs. 2, in: J. E. Colebrooke, *Supplement to the Digest of the Regulations and Laws*, S. 159.

In cases of murder, in which the murderer would be liable to Kissaas or capital punishment should the heir of the slain demand it, if the heir shall pardon the murderer, or shall require from him Deyut or fine for the price for blood, the will of the heir shall not be allowed to operate, but the Court of Nizamut Adaulut [...] shall sentence the murderer to suffer death.⁸²

Den Verwandten, die von ihrem Gnadenrecht Gebrauch machen wollten, suggerierte das Gesetz, der Fall würde samt Rechtsgutachten an einer übergeordneten Instanz nach geltendem Recht entschieden werden. Dieses Gericht, dem *ex officio* auch der Governor General angehörte, war nun durch eine Verwaltungsorder angewiesen worden, in solchen Fällen stets die Todesstrafe zu verhängen. Folglich adaptierte die Kolonialjustiz die Todesstrafe, ohne dass das geltende islamische Kriminalrecht substantiell geändert werden musste. Lediglich eine Auslegung der bestehenden Gesetze war vonnöten, denn es wurde nur eine andere Rechtsmeinung für die fortan gültige erklärt.

In den darauf folgenden Jahren wurde die Kriminalrechtsprechung zusehends schärfer. Ohne die bestehenden Gesetze weiter auszulegen, wurden neue Strafmaße festgeschrieben. Totschlag in Tateinheit mit Straßenraub galt nun als Mord.⁸³ Im Laufe eines Jahrzehnts waren sämtliche privatrechtlichen Aspekte aus der Kriminalrechtsprechung getilgt und durch öffentliche Strafverfolgung ersetzt worden. Die relative Milde des islamischen Strafrechts, die durch die komplizierte Beweisführung zustande kam, wich der Härte des zeitgenössischen britischen Kriminalrechts. Aus Gründen der Humanität lehnten die Briten körperliche Verstümmelung als Strafe ab, sie waren dagegen umso bereitwilliger, des Mordes überführte Delinquenten zu hängen.⁸⁴ Mit der Ausweitung der Todesstrafe erhielten nun die Richter ein erheblich größeres Maß an Amtsvollmacht, was binnen kurzem zu einem ebenso größeren Maß an Ungerechtigkeit und Ungleichheit führte und bisweilen an eine willkürliche Justiz grenzte.⁸⁵

Zum Dritten: Mit dem Verbot der so genannten ‚Witwenverbrennung‘, *satī*, des Jahres 1829 griffen die Briten erstmalig in die Rechtsprechung nach den ‚gelisteten‘ Gesetzen ein. Zwischen Faszination und Abscheu schwankte die Wahrnehmung dieses Todesrituals durch

⁸² Extract from the Resolutions of the Governor General in Council, passed on the 9th October, 1791, Abs. 3, ebenda, S. 160.

⁸³ Regulation LIII of 1803, sec. iv, in: R. Clarke, Regulations of Fort William in Bengal, vol. 1, S. 721-722.

⁸⁴ Zusätzlich nahm der Staat eine gewisse Verteidigungshaltung ein, indem die europäische Vorstellung des „*crimen maiestatis*“ in Form des Verbrechens gegen den Staat eingeführt wurde. Mit Regulation X of 1804 galt auf Rebellion und Aufstand die Todesstrafe, siehe ebenda, S. 754-755.

⁸⁵ Zum allgemeinen Hintergrund dieser Verschärfung des Strafrechts siehe J. Fisch, Cheap Lives and Dear Limbs, S. 49-67, 72-80.

die Europäer.⁸⁶ Als Kolonialmacht sahen sich die Briten veranlasst, aus humanitären Gründen gegen die grausame ‚Unsitte‘ einzuschreiten. Allerdings war das Kolonialregime noch zu schwach, als dass es sich einen solchen Eingriff in die sozialen und religiösen Gebräuche Indiens vorstellen konnte. Daher holten sie erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts aus gegebenem Anlass eine *vyavasthā* durch einen *paṇḍita* zum religiösen Ausmaß des Brauchs ein. Freilich war mit der Anfrage bereits eine Entscheidung in der Sache gefallen, denn es war davon auszugehen, dass die Expertenmeinung den Brauch legitimieren und nicht als Verbrechen abtun würde. Offensichtlich dachte die britische Administration zunächst eher an eine Reglementierung denn an ein striktes Verbot von *satī*.⁸⁷

Die *vyavasthā* des *paṇḍita* Ghanshyam Sharma aus dem Jahr 1805 bestätigte, dass es sich bei *satī* um einen durch verschiedenen Autoritäten abgesicherten Brauch handelt, sofern die Witwe die Verbrennung auf dem Scheiterhaufen ihres verstorbenen Mannes wünsche, er betonte indes auch Ausnahmeregelungen wie Minderjährigkeit und Schwangerschaft, die ein Verbot von *sati* nach sich zögen. Die Rechtsauslegung verkürzten die Briten zu einem generell akzeptierten Brauchtum der Hindus. Obwohl die *vyavasthā* explizit auf die Möglichkeit des Verbots verwies, scheuten die Briten einen solchen Schritt, denn sie fürchteten allgemeine Unruhen.⁸⁸ Bis zum Jahr 1812 wurden in der Angelegenheit keine weiteren Schritte unternommen. Nachdem britische Richter sich *satī* wieder angenommen hatten, wurde seitens der Regierung in Calcutta eine statistische Erfassung von Witwenverbrennungen eingeleitet. Bis zur Gesetzgebung 1829 lag der jährliche Durchschnitt bei etwa 580 Fällen allein in Bengalen. In anderen Landesteilen Britisch-Indiens war die Anzahl wesentlich geringer.⁸⁹

Doch zu einer Initiative konnte sich der britische Gesetzgeber nicht entschließen. Erstmals befasste sich der Aufsichtsrat der EIC 1823 mit dem Problem der Gesetzgebung zu *satī*. Überhaupt wurde die indische Witwenverbrennung zusehends zum Gegenstand öffentlicher Agitationen in Großbritannien, an denen sich Presse, Frauenrechtlerinnen und Parlament gleichermaßen beteiligten. In Indien war die Meinung der britischen Richter zu einem gesetzlichen Eingreifen und in welcher Form lange Zeit geteilt. Noch 1827 gab es zwei nahezu gleich große Parteiungen für und gegen eine Gesetzesinitiative. Das kam auch bei der

⁸⁶ Jana Tschurennev, Between non-interference in matters of religion and the civilizing mission: The prohibition of Suttee in 1829, in: Harald Fischer-Tiné and Michael Mann (Hg.), Colonialism as Civilizing Mission. Cultural ideology in British India (London 2004), S. 68-91, bes. S. 72-74. Jörg Fisch, Tödliche Rituale. Die indische Witwenverbrennung und andere Formen der Totenfolge (Frankfurt am Main 1998), S. 234-235, 354-363.

⁸⁷ J. Fisch, Tödliche Rituale, S. 373.

⁸⁸ J. Tschurennev, Between non-interference in matters of religion and the civilizing mission, S. 75-76.

⁸⁹ Zur Gesamtzahl der erfassten Witwenverbrennungen siehe die Tabellen 3 bis 5 in J. Fisch, Tödliche Rituale, S. 484-489.

Gerichtspraxis zum Ausdruck, wenn selbst hartgesottene *satī*-Gegner milde Urteile fällten und auf eine generelle Toleranz gegenüber den Gebräuchen und Sittend er Hindus verwiesen. Erst 1829 sprach sich eine deutliche Mehrheit für ein Verbot von *satī* aus.⁹⁰

Governor Bentinck entschloss sich jedoch erst zum Verbot von *satī*, nachdem er unter den Offizieren der Armee – sie war schließlich die einzige Stütze der Kolonialherrschaft – eine Meinungsumfrage über die Konsequenzen eines solchen Schritts durchgeführt hatte. Obwohl ihm der große Reformers Bengalens, *brāhmaṇa* Ram Mohan Roy und entschiedener Befürworter eines Verbots, nach persönlicher Konsultation vom *satī*-Verbot abriet, weil erst die Religion und dann die Gesellschaft erneuert werden sollte, erließ Bentinck Ende 1829 ein entsprechendes Gesetz.⁹¹ Gesamt betrachtet ging es bei dieser Rechtsreform nur vordergründig um die betroffenen Frauen (humanitärer Aspekt) und vielmehr um den Versuch des Kolonialregimes, sein Herrschaftspotenzial auszuloten (machtpolitischer Aspekt). Die Adaption von Gesetzestexten stand dabei nicht auf der Agenda. Wie bei den Rechtskompilationen der letzten beiden Jahrzehnte des 18. Jahrhunderts bemühten auch jetzt die Briten nordindische *paṇḍita*, ihnen die ‚wahre‘ indische Tradition aus den Texten darzulegen. In diesem elitären Kolonial-Diskurs waren die Frauen nicht Subjekt und nur bedingt Objekt der rechtsgelehrten Verhandlungen.⁹²

Von diesen konkreten legislativen Schritten unterschied sich die Praxis der Rechtsauslegung an den Gerichten. Hier versuchten die Briten über Anweisungen, das bestehende Auslegungsprinzip zu modifizieren und in ihre Hände zu überführen. Die Zusammenlegung von *tazīr* und *siyāsa* zielte darauf ab. Die britisch-indische Regierung transformierte *siyāsa*, indem sie es an ihre staatlichen Repräsentanten, die Richter, delegierte. Zwar konnte *siyāsa* in der Tat delegiert werden, doch fiel es bis dato nie in den Amtsbereich von Richtern, da es sich bekanntlich um eine außerordentliche Justiz handelte. Nun aber konnten Richter *tazīr* und *siyāsa* unterschiedslos handhaben. Lediglich für die „law officers“ bestand noch ein solcher Unterschied, was freilich unerheblich war, denn es bestimmte nicht mehr die Auslegungskompetenz das Maß des Urteils sondern die *fatwā*, die lediglich festzustellen hatten, ob in einem Rechtsfall das Urteil nach festgelegten Gesetzen und Strafmaß (*hadd* und *kīsās*) verkündet werden musste oder ob ein Urteil nach Ermessen des Richters erfolgen konnte. Trafen *hadd* und *kīsās* zu, musste ein zweites *fatwā* erstellt werden, das erklärte, was das Strafmaß wäre, würden die Bedingungen für *hadd* und *kīsās* nicht

⁹⁰ Ebenda, S. 396-397, 400-404.

⁹¹ J. Tschurennev, *Between non-interference in matters of religion and the civilizing mission*, S. 82-86.

⁹² Lata Mani, *Contentious Traditions. The debate on sati in colonial India* (Berkeley, Los Angeles, London 1998).

zutreffen. War beides ausgeschlossen, konnte der Richter sein Urteil nach eigenem Ermessen fällen.⁹³

Bereits 1781 war angeordnet worden, dass, sofern *paṇḍita* in den aufgelisteten Zivilfällen nicht konsultiert werden konnten, der britische Richter künftig auf der Grundlage des englischen Rechtsprinzips „justice, equity and good conscience“ einen Fall entscheiden solle. 1793 wurde es auf alle Rechtsfälle ausgeweitet.⁹⁴ Innerhalb weniger Jahrzehnte nahm das Selbstbewusstsein der britischen Richter ebenso wie ihre Entschlossenheit, sich generell von der ‚Bengal agency‘ der *paṇḍita*, *sāstrī*, *maulvi* und *qāḍī* zu lösen, derart zu, dass die ursprüngliche Ausnahmeregelung zur vorherrschenden Rechtsprechungspraxis wurde, ohne dass auf die Dienste besagter rechtskundiger Personen verzichtet werden konnte.⁹⁵ Daran änderte auch der Erlass Cornwallis‘ nichts, dass sukzessive sämtliche Richterposten mit Briten zu besetzen seien, allzumal die schiere Menge der anstehenden Streitfälle bald die Rücknahme des Beschlusses erzwang.⁹⁶

„Justice, equity and good conscience“ waren indes keine juristischen Kategorien, die eine willkürliche Rechtsprechung nach dem „gesunden Menschenverstand“ eingeführt hätte. Das Kanonische Recht stand Pate bei dem Rechtsprinzip und darauf zurückzugreifen hieß an Recht und Gesetz zu appellieren, das nicht durch das englische „Statute Law“ und „Common Law“ abgedeckt war. „Iustitia“ stellt im Rahmen des positiven Rechts das schriftlich und nicht-schriftlich fixierte Recht dar, das aus den Statuten und dem Gewohnheitsrecht schöpft. „Aequitas“ füllt die Lücken, die das positive Recht hinterlässt und deckt Rechtsentscheidungen ab, die nicht durch „iustitia“ abgesichert sind. „Conscientia“, zweifelsohne der schwierigste Terminus, findet Anwendung in Fällen, in denen das Gesetz unklar, seine Anwendbarkeit nur unzureichend abgesichert ist oder schlicht kein Gesetz

⁹³ J. Fisch, *Cheap Lives and Dear Limbs*, S. 67, 112. Da in den *fawtā* oftmals nicht scharf getrennt wurde zwischen *tazīr* und *siyāsa*, wurde die Ausstellung von Rechtsgutachten immer komplizierter bzw. verworren.

⁹⁴ Regulations for the Administration in the Courts of Mufassil Dewannee Adaulats, and in the Sudder Diwannee Adaulat, passed in the Council the 5th of July, 1781 in: James E. Colebrooke, *Supplement to the Digest of the Regulations and Laws enacted by the Governor General in Council for the Civil Government of the Territories under the Presidency of Bengal* (Calcutta 1807), Art. lx, S. 74 und Art. xciii, S. 75. Mit Regulation VI of 1793, sec. xxxi wurde diese Verfahrensweise kodifiziert, siehe R. Clarke, *Regulations of Fort William in Bengal*, vol. 1, S. 62. Formaljuristisch sollte die Regelung nur bis 1862 Bestand haben, doch mit Act XII of 1887, sec. xxxvii wurde „justice, equity and good conscience“ erneut als Möglichkeit der Urteilsfindung formuliert, siehe M. P. Jain, *Indian Legal History*, S. 562. 576-599.

⁹⁵ J. D. M. Derrett, *Religion, Law and the State in India*, S. 289-290. Unübersehbar ist die Parallele zur Steuergesetzgebung. Auch hier sahen Paragraphen vor, im Fall der „Revenue Collector“ keine Steuerbemessung nach überlieferten Vorgaben und nach geltenden britischen „Regulations“ machen könne, er die Steuerveranlagung nach eigenem Ermessen vornehmen solle. In den nordindischen „North-Western Provinces“ und später im „Panjab“ dominierten die Ausnahmeregelungen bald den Alltag der Steuerbemessung, siehe R. Clarke, *Regulations of Fort William in Bengal*, vol. 2: Regulation VII of 1822, sec. x, cl. 1, S. 641, sec. xii, cl. 1 und 2, S. 644; sec. xx, cl. 1 und 2, S. 649-650 und sec. xxiii, cl. 3, S. 651, die die Steuerveranlagung in Nordindien (North-Western Provinces) regelten.

⁹⁶ Regulation III of 1793, in: R. Clarke, *Regulation of Fort William in Bengal*, vol. 1, S. 19

existiert.⁹⁷ Richter waren folglich gehalten sich innerhalb der gewachsenen Rechtskultur an etablierte Prinzipien von Recht, Billigkeit und gutes Gewissen zu halten.

Im Prinzip stellte auch das indische Recht eine solche Regelung zur Verfügung, wenn *smṛti* und *śruti* sowie das Gewohnheitsrecht keine Entscheidungsfindung ermöglichten und der Richter nach seinem Ermessen und Gerechtigkeitsempfinden urteilen musste. *Tazīr* und *siyāsa* fallen unter die selbe Kategorie. Offensichtlich werden Unsicherheiten und Lücken, die bei jedem Rechtssystem zwangsläufig auftauchen, durch geregelte Ausnahmebestimmungen, die an die persönliche Integrität des Richters, das Billigkeitsprinzip und die Rechtskultur appellieren, versucht zu beheben oder zu schließen.⁹⁸ Indische wie europäische Rechtskulturen waren sich da nicht fern, weshalb die Verfahrensweise der britischen Richter akzeptiert wurde. Allerdings zog eine erhebliche Neuerung ein, nämlich das englische „Case Law“ und damit die Möglichkeit, auch englisches Recht einzuführen. Dieser Umstand war bereits den indischen Zeitgenossen bewusst, denn im Unterschied zum indischen Ausnahmeverfahren, das stets eine situative und individuelle Auslegung und Kommentierung bedeutete, hatte ein englisches Urteil bereits Rechtscharakter.⁹⁹

Gleichwohl hielt die Bengal Regulation VII of 1832 explizit fest, der Grundsatz von „justice, equity and good conscience shall not be considered as justifying the introduction of the English or any foreign law or the application to such cases of any rules not sanctioned by those principles.“¹⁰⁰ Doch nachdem 1833 das Privy Council als höchste Appellationsinstanz in Britisch-Indien eingerichtet worden war und die dort tätigen britischen Richter nach dem ihnen geläufigen englischen Recht sowie nach „justice, equity and good conscience“ ihre Urteile fällten, diffundierte allmählich auch das englische Recht in Form des „Case Law“ in die indische Rechtsprechung. Allerdings lief „justice, equity and good conscience“ allen britischen Bemühungen zur Vereinheitlichung und Kodifizierung welchen Rechts auch immer völlig entgegen, denn das Charakteristikum des Juristenrechts ist seine Uneinheitlichkeit, die bis zur Widersprüchlichkeit reichen kann.¹⁰¹ Krass wirkte sich das im kolonialen Kontext aus, denn in Britisch-Indien galt das englische Rechtsprinzip des *stare decisis*, das einen Richter

⁹⁷ J. Duncan M. Derrett, Justice, equity and good conscience, in: James N. D. Anderson (Hg.), *Changing Law in Developing Countries* (London 1963), S. 114-153, bes. S. 119-128.

⁹⁸ In einer solch unsicheren Rechtslage lag besonders beim Richter die Aufgabe der Rechtsauslegung *lege artis*, indem er das Gesetz wörtlich, erweiternd oder einschränkend interpretierte und dazu Analogien und Umkehrschlüsse zu Hilfe nahm. Freilich gab es zu keiner Zeit ein Regelwerk für die sachgerechte Anwendung dieser Auslegungen, was die fachliche Diskretion und die moralische Integrität des Richters um so stärker in den Mittelpunkt rückte, siehe Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (Stuttgart 1961), S. 163-165.

⁹⁹ Gholam Hossain Khan Tabatabai, *Seir Mutaqherim* [1781], Transl. Nota Manus, 4 vols (Ausgabe Lahore 1975), vol. 4, S. 211.

¹⁰⁰ Regulation VII of 1832, sec. ix, in: R. Clarke, *Regulations of Fort William in Bengal*, vol. 2, S. 929.

¹⁰¹ M. P. Jain, *Indian Legal History*, S. 576-599.

an vormalige Urteile an seinem Gericht band (Präzedenzrecht), nicht. Es wurde mit dem Umstand begründet, dass mit *stare decisis* den auf unsicheren Gesetzen beruhenden und damit womöglich fehlerhaften Urteilen nach Islamischem und Hindu Recht Rechtswirksamkeit gegeben würde.¹⁰²

Um britische Vorstellungen von Recht einzuführen, wurden in den Jahren nach 1790 die bengalischen „law officers“ gedrängt, ihre *fatwā* nicht nach einem vorliegenden Fall anzufertigen, sondern nach fiktiven Verbrechen. War das Gesetz an sich nur schwer abzuändern, konnte zumindest die Faktenlage so konstruiert werden, dass die Urteilsfindung über die *fatwā* dem britischen Rechtsverständnis entsprach.¹⁰³ Das Verfahren war übrigens schon seit der Kompilation des „Hindu Code“ durch die elf *paṇḍita* bekannt, bei der Warren Hastings sich veranlasst sah, dem breiten Interpretationsspielraum der Kommentare durch fiktive Fälle enge Grenzen zu setzen. Was im islamischen Rechtsverständnis völlig absurd war, befand sich in Übereinklang mit der zeitgenössischen Rechtsentwicklung in Europa, besonders den utilitaristischen Rechtsvorstellungen in Großbritannien. Diese ging zunehmend von der Universalität von Recht und Gesetz aus und schloss alle möglichen und damit auch die fiktiven Verbrechen mit ein. Umfassende Gesetze waren dementsprechend zu erlassen, die in letzter Konsequenz den Richter immer mehr zum Urteilverkünder und weniger zum Rechtsausleger degradiert hätten.¹⁰⁴

Dass es weder in Großbritannien noch in Britisch-Indien zu einer solch durchgreifenden Entwicklung kam, lag hier wie dort an der Zähigkeit der traditionellen Rechtsprechung, ihrer Institutionen und der Widersprüchlichkeit der Reformen. In den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts etablierte sich in Britisch-Indien allmählich ein Rechtssystem, das aus mehreren Rechten bestand. Neben dem Islamischen Recht und dem Hindu Recht entstand das Recht der „Regulations“ und hielt das englische „Case Law“ Einzug.¹⁰⁵ Das war gegenläufig zu allen Intentionen bei der Vereinheitlichung der Rechtsprechung.¹⁰⁶ In den 1830er Jahren wurde ein

¹⁰² J. D. M. Derrett, *Religion, Law and the State in India*, S. 235-237. Kontrollierend und korrigierend wirkte nur das königliche Supreme Court, an dem natürlich *stare decisis* galt.

¹⁰³ J. Fisch zeigt sehr anschaulich diesen Transformationsprozess auf, vgl. ebenda, S. 44-46, 56, 67, 103.

¹⁰⁴ Jeremy Bentham (1748-1832) war der bedeutendste und radikalste utilitarische Reformers, der in seiner „Introduction to the Principles of Moral and Legislation“ keinen Unterschied mehr machte zwischen tatsächlichen und möglichen Verbrechen, folglich alle möglichen Verbrechen prinzipiell auch nach einem festem Maß bestraft werden konnten. K. K. Raman, *Utilitarianism and the Criminal Law in colonial India*, S. 754-755. Allgemein immer noch der Klassiker von Eric Stokes, *The English Utilitarians and India* (Oxford 1959), bes. S. 47-80. Vgl. auch den Beitrag von Jan Schröder, *Entwicklungstendenzen der juristischen Interpretationstheorie von 1500 bis 1850*, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 24,1 (2002), S. 52-64.

¹⁰⁵ Die „Regulations“ waren die koloniale Variante der britischen „Statute Laws“. Dies sahen bereits die Zeitgenossen so, vgl. Walter K. Firminger (Hg.), *The Fifth Report from the Select Committee of the House of Commons on the Affairs of the East India Company, 1812*. (3 vols, London 1917, reprint 1969), vol. 1, S. 42.

¹⁰⁶ Zwischen 1793 und 1834 wurden 675 „Regulations“ verabschiedet. Sie beinhalteten fast ausschließlich Regelungen zum Polizeiwesen, zur Landsteuererhebung, Akzise und Münzrecht. Zivilrechtliche Regelungen

neuerlicher Anlauf zur Kodifizierung der indischen Rechtssysteme genommen, mit dem Ziel, ein verbindliches Strafrecht festzuschreiben. Jeremy Benthams Vorstellungen zu Stringenz, Einfachheit und zum leichten Zugang zum Gesetz waren Vorbild bei der Rechtsreform.

Zur Ausarbeitung eines künftigen indischen Strafgesetzbuches wurde eine Rechtskommission eingesetzt, deren Vorsitz der Indienexperte und Bentham-Anhänger Thomas B. Macaulay innehatte.¹⁰⁷ Ergebnis war der „Draft Penal Code“, der 1837 vorgestellt und mit leichten Abänderungen schließlich als „Indian Penal Code“ 1860 verabschiedet, aus ungeklärten Gründen aber erst 1862 in Kraft gesetzt wurde. Macaulay beanspruchte für sich, ein originäres Gesetzeswerk geschaffen zu haben, was jedoch nicht der Fall war, denn zu offensichtlich sind die Parallelen mit dem gleichzeitig reformierten Strafrecht in England.¹⁰⁸ Macaulay war wie alle bisherigen Reformer in Britisch-Indien der Ansicht, man könne nicht einfach Recht und Gesetz aus einem kulturellen Kontext in einen anderen übertragen. Auch billigte er dem indischen Recht eine gewisse Eigenwertigkeit zu – ebenfalls in Einklang mit Bentham.

In einem wesentlichen Punkt unterschied sich Macaulay indes von seinen Vorgängern. Statt die Rechtsreform mittels indischer Institutionen zuwege bringen zu wollen, plädierte er für die Einführung englischer Rechtsinstitutionen. Recht sollte auf der Grundlage des englischen Verfahrensrechts, von Gerichtsordnungen, zugelassenen Anwälten und staatlichen Richtern mit Hilfe eines systematischen, kodifizierten Rechts gesprochen werden. Der Anspruch war sehr hoch und konnte infolge dessen nur unzureichend erfüllt werden. Lediglich Verfahrensrecht und Strafprozessordnungen, wie sie seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert eingeführt worden waren, veränderten den indischen Gerichtsalltag nachhaltig. Hatte der

wurden nicht getroffen. So blieb das Vertragsrecht noch bis in die 1870er Jahre ein Desideratum, siehe M. P. Jain, *Indian Legal History*, S. 569-575. Die Übernahme des „Bengal Code“ in der Madras Presidency erfolgte 1805, wo deren Governor and Council bis 1843 weitere 251 „Regulations“ erließen. Bombay erhielt mit Act 37 Geo. III, c 142, sec. 11 eine eigene Gesetzgebungsgewalt. Allerdings nahm der so genannte „Elphinstone Code“ nach 1827 kaum konkrete Formen an. In manchen Teilen der Bombay Presidency übernahmen die Briten einfach das Strafrecht der Marathen, siehe David Skuy, *Macaulay and the Indian Penal Code of 1862: The myth of the inherent superiority and modernity of the English legal system compared to India's legal system in the nineteenth century*, in: *Modern Asian Studies* 32,3 (1998), S. 513-557, hier S. 523, Anm. 33.

¹⁰⁷ Thomas Babington Macaulay (1800-1859), ausgebildeter Jurist und Schriftsteller, gab seine Karriere als Anwalt zugunsten eines Mitglieds des englischen Parlaments auf. Hierüber gelangte er in den parlamentarischen Kontrollrat der East India Company und arbeitete an der Erneuerung deren Charta 1833 mit. Im selben Jahr nahm er den Ruf als „Member of the Law Commission in the Governor General's Executive Council in India“ an, dem er bis 1837 angehörte.

¹⁰⁸ Die Rechtsreformen in Indien nach den Vorgaben und Vorstellungen Benthams spiegeln weniger einen kolonialen Reformeifer wider als dass sie Ausdruck und Ableger des Versuchs waren, das völlig unübersichtliche und widersprüchliche zeitgenössische englische Recht, insbesondere das Strafrecht, zu reformieren. Die Parallelen der beiden Anfang der 1860er Jahre fertig gestellten Rechtskodices ist verblüffend. Bisweilen weist die britisch-indische Variante lediglich Unterschiede in der Bereitstellung von Beispielen auf, die aus dem indischen Kontext genommen wurden, siehe D. Skuy, *Macaulay and the Indian Penal Code of 1862*, S. 525-552. Siehe auch K. K. Raman, *Utilitarianism and the Criminal Law in India*, S. 750-758, 774-782.

„Impey Code“ 1781 erstmalig solche Verfahrensordnungen erlassen, folgten in großem Abstand 1859 der Code of Civil Procedure und 1861 der Code of Criminal Procedure, die auf Entwürfe Macaulays zurückgingen.¹⁰⁹

Eher ein Nebenprodukt war in diesem Zusammenhang die berühmt-berüchtigte „Minute of Education“, die Macaulay 1835 verfasste. Er griff damit in eine seit Jahrzehnten anhaltende bildungspolitische Kontroverse ein, die neben den Finanzmitteln, die für indische Bildungsinstitutionen aufgebracht werden sollten, auch die Inhalte einer künftigen kolonialen Bildungspolitik heftig diskutierte. Entschieden forderte Macaulay die Einführung der englischen Sprache samt europäischer Bildungscurricula für einzurichtende höhere indische Schulen. „We must at present do our best to form a class who may be interpreters between us and the millions whom we govern – a class of persons Indian in blood and colour, but English in tastes, in opinions, in morals and in intellect.“¹¹⁰ Niemand hatte bis dahin so unverhohlen den Sinn von Kollaboration und Kooperation einer kolonialen Elite formuliert. Governor General Bentinck unterstützte den Vorschlag, doch sollte es noch Jahrzehnte dauern, bis die Konsequenzen dieser kulturpolitischen Maßnahme Wirkung zeigten.¹¹¹ So musste allein wegen der Aktenbestände Persisch noch bis weit in die 1850er Jahre als Gerichtssprache beibehalten werden.¹¹²

Bei der Rechtsinterpretation wurden die bestehenden Verhältnisse mit diesem Ansatz letztlich umgedreht: Nicht mehr die Briten sollten bei Rechtsfällen auf indische Interpreten und deren Auslegungskünste angewiesen sein, sondern Inder sollten vertraut mit der englischen Sprache und Kultur sein, und die Rechtssprechung sollte nach englischen Prinzipien erfolgen. In der gleichen Stellungnahme heißt es dazu: „We are commanded by parliament to ascertain and digest the Laws of India. The Assistance of a Law Commission

¹⁰⁹ Zum „Impey Code“ siehe oben Anm. 29. Zu den weiteren Rechtsreformen nach 1860 J. D. M. Derrett, Religion, Law and the State in India, S. 293-294. Die neuen Gerichts- und Prozessordnungen befremdeten zunächst die Recht suchenden Inder. Bald jedoch wussten sie sich der neuartigen Regelungen versiert zu bedienen. Über Eingaben, Zeugenvorladungen, Aussageverweigerung, gefälschte Dokumente und andere Verzögerungstaktiken gelang es den Anwälten, für ihre Mandanten, meist Bauern, das Gericht nicht als Instanz zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten sondern als Institution zur endlosen, manipulativen Prozessführung zu benutzen. Bernard S. Cohn, Some notes on law and change in North India, in: Ders. An Anthropologist among the Historians, S. 554-574, hier S. 568-569. Bis 1829 hatten die bengalischen Zivilgerichte jährlich mehr als 190.000 Fälle mit einem Streitwert von weniger als 6 Rupien zu verhandeln, siehe David A. Washbrook, Law, state and agrarian society in colonial India, in: Modern Asian Studies 15 (1981), S. 649-721, hier S. 660, Anm. 2.

¹¹⁰ Minute recorded in the General Department by Thomas Babington Macaulay, law member of the governor-general's council, dated 2 February 1835, in: Lynn Zastoupil and Martin Moir (Hg.), The Great Indian Education Debate. Documents relating to the Orientalist-Anglicist controversy, 1781 – 1843 (Richmond 1999), S. 161-173, hier S. 171.

¹¹¹ Harald Fischer-Tiné, Vom Wissen zur Macht. Koloniale und ‚nationale‘ Bildungsmodelle in Britisch-Indien, ca. 1871-1920, in: Karin Preisendanz und Dietmar Rothermund (Hg.), Südasien in der „Neuzeit“. Geschichte und Gesellschaft, 1500-2000 (Wien 2003), S. 90-112.

¹¹² K. K. Raman, Utilitarianism and the Criminal Law in India, S. 767-769.

has been given to us for that purpose. As soon as the Code is promulgated the Shasters and the Hedaya will be useless to a Moonsiff or a Sudder Ameen.”¹¹³ Folgerichtig war es denn, bei Einführung des neuen Strafrechts auch auf die Dienste der *mufti* und *qādī*, sprich aller indischen „law officers“, zu verzichten. Das geschah 1864. Rechtsauslegung war fortan fast ausschließlich die Angelegenheit indischer Rechtsanwälte und britischer Richter, die in England studiert hatten und indisches Recht nach englischem Modell anwendeten. Damit war das „Case Law“ als Juristenrecht endgültig etabliert.

4. Zusammenfassung

Die juristische Auslegungskultur im kolonialen Indien blieb seitens der Briten auf ein Minimum beschränkt. Zwar eigneten sie sich vereinzelt Sprachkenntnisse an, doch fehlte ihnen bis zur Verabschiedung der eigenen Rechtstexte in den 1860er Jahren jegliche Kenntnis indischer juristischer Texte, ganz abgesehen von der Unkenntnis indischer Auslegungskultur und Auslegungspraxis in Form von Kommentaren und Rechtsgutachten. An diesen zeigten sie nur Interesse, sofern sie sie respektive deren Verfasser zur eigenen Urteilsfindung manipulieren konnten. Zu einer Aktualisierung bestehender Rechtstexte, seien es persische oder sanskritische, kam es nicht, im Gegenteil. Das Bestreben der britischen Rechtsreformer bestand darin, einen vermeintlichen Urtext indischer Rechtstexte, der letztlich auf den vedischen Schriften basieren sollte, erstellen zu wollen. Im Gegensatz zur zeitgenössischen europäischen Überzeugung, dass sich Recht permanent entwickelt und sich so den gesellschaftlichen Wandlungsprozessen anpasst, und besonders zur „großzügigen ‚Billigkeitsauslegung‘“¹¹⁴ der Gesetze, wie sie in England bis ins frühe 19. Jahrhundert herrschte, reduzierten die Briten indische Rechtstexte auf den Wahrheitsgehalt eines Urtextes.

Einen solchen Urtext hat es freilich nie gegeben. Hier zeigen sich wohl weniger juristische als vielmehr philologische Interessen, die von der Überzeugung geleitet waren, dass Indien sich seit der Zeit der klassischen Texte, spätestens aber seit dem 12. Jahrhundert, in einem zivilisatorisch-kulturellen Degenerationsprozess befindet. Zu diesem Verfall trug angeblich auch, wenn nicht hauptsächlich, die ‚islamische Herrschaft‘ in Indien bei. Gerade deren Strafrecht wurde wiederholt als barbarisch weil inhuman charakterisiert. Zwar legten die Briten die Standardtexte islamischer Rechtsprechung für ihre eigene Rechtsprechung zugrunde, weil sie nur hierüber ihre Jurisdiktion legitimieren konnten, doch missachteten sie völlig die darüber hinaus bestehende höchst lebendige Auslegungskultur. Indes benutzten sie

¹¹³ Minute recorded in the General Department by Thomas Babington Macaulay, (wie Anm. 107), S. 170.

¹¹⁴ J. Schröder, Zur gesamteuropäischen Tradition der juristischen Methodenlehre, S. 41.

diese, um die eklatanten Defizite der eigenen bzw. eigenständigen Jurisprudenz zu überbrücken, was besonders beim Zivilrecht gleich welcher ‚Religionsgruppe‘ zu beobachten war.¹¹⁵

Zu einer Aneignung der indischen Rechtstexte über eine hermeneutische Auslegung kam es ebenfalls nicht. Die Briten zeigten keinerlei Interesse an einer Übertragung mit dem Ziel, sich diese Rechtstexte im Sinne einer positivistischen Rechtskultur zueigen zu machen. Sofern Rechtskompilationen erstellt wurden, traten die allgemein bekannten Übersetzungsschwierigkeiten auf. Die Aneignung kulturfremder Rechtstexte erfolgte nicht über eine theoretisch fundierte Auslegungskultur, sondern über eine bürokratisch-administrative Usurpation. Grundsätzlich sollten die Rechtsverhältnisse bestehen bleiben, lediglich eine Änderung von der privaten zur öffentlichen Strafverfolgung und der Strafmaße nach englischen Vorstellungen von Härte und Humanität war beabsichtigt. Nur hierüber verlor das islamische Strafrecht letztlich seinen Charakter, der im Unterschied zum europäisch-christlichen Rechtsverständnis und Rechtsempfinden der Zeit als mild und mäßigend bezeichnet werden kann. Und die rasch reproduzierbaren Urteile nahmen dem vielschichtigen Hindu Recht seinen Charakter, dessen Prinzipien auf der anhaltenden Suche nach Klarheit über die fortgesetzte Auslegung basierten.

Die Pluralität der Rechtssysteme in Britisch-Indien stellte die Briten vor oftmals schwierige Probleme. Zum einen bemängelten sie die Uneinheitlichkeit der indischen Rechtssysteme, die neben der ordentlichen Gerichtsbarkeit eben auch eine außerordentliche kannte, darüber hinaus aber auch lokale Rechtsgepflogenheiten, die auf Traditionen und Gewohnheiten beruhten und das Regelmäßige zum Regelhaften erhoben hatten. Zum anderen trugen sie selbst zur Uneinheitlichkeit des dann kolonialen Rechtssystems bei, indem sie neben der unabhängigen örtlichen Rechtsprechung ein separates Islamisches Recht und Hindu Recht schufen, ergänzt durch die eigenen Gesetze der „Regulations“ und dem an den jeweiligen Gerichten gültigen „Case Law“. Entscheidend aber dürfte der Umstand gewesen sein, dass die Briten überhaupt erst einen Unterschied zwischen einem weltlichen und religiösen Recht

¹¹⁵ Dass gerade bei Angelegenheiten von Heiraten und Scheidungen nach wie vor die britischen Richter unsicher und das britisch-indische Zivilrecht unzureichend war, belegt der Umstand, dass noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts *mufti* Mualana Thanawi gebeten wurde, eine *fatwā* zum geltenden Scheidungsrecht bei Apostasie (Glaubensabfall, Konversion) anzufertigen, das schließlich zur Änderung des anglo-islamischen Scheidungsrechts führte, siehe Muhammad Khalid Masud, *Apostacy and judicial separation in British India*, in: M. Kh. Masud, B. Messick, D. S. Powers, *Islamic Legal Interpretation*, S. 193-203.

Als 1937 der „Hindu Women’s Right to Property Act“ verabschiedet wurde, traten unverhofft Schwierigkeiten bei der Rechtsprechung auf, da das traditionelle *mitākṣarā*-System nach wie vor Anwendung fand und nun darauf zurückgegriffen werden musste. Das bereitete den Rechtsanwälten und Richtern immense Schwierigkeiten, denn sie waren mit diesen Rechtstexten nicht mehr vertraut, siehe W. F. Menski, *Hindu Law*, S. 201-105.

herstellten, als sie ihr eigenes System als säkular präsentierten, das Islamische und das Hindu Recht hingegen auf seine Religiosität reduzierten.

Diese massive und substantielle Einschränkung sollte maßgeblich zur Ausbildung zweier distinkter Religionsgemeinschaften führen. Deren vermeintliche und tatsächliche Unterschiede wurden seitens britischer und indischer Politiker im Kontext des „nation building“ politisch instrumentalisiert, die letztlich in einer „Zwei-Nationen-Theorie“ mündeten. Gesellschaftspolitische Spannungen entluden sich im 20. Jahrhundert in so genannten „communal riots“. Die Reduktion der indischen Gesellschaft auf zwei große und als unversöhnlich erachtete Religionsgemeinschaften war indes nicht nur die Projektion der eigenen Wahrnehmung von Christentum und Islam, sondern widersprach grundsätzlich der Pluralität südasiatischer Gesellschaften. Stattdessen aber fanden sich diese eingezwängt in ein Konstrukt von Gemeinschaften, die ethnische, soziale, religiöse, kulturelle und wirtschaftliche Unterschiede auf zwei religiöse Distinktionsmerkmale beschränkte. Schließlich sollten die so definierten Gemeinschaften die gesellschaftliche Realität in vielen Teilen Indiens, die unter britischer Kolonialherrschaft standen, bestimmen. Bis in die Gegenwart hinein rufen die bisweilen gezielt aufgebauten Spannungen gewalttätige Exzesse hervor.

In der Republik Indien lebt das kolonial-eklektizistische Juristenrecht weiter, jedoch ist es in den 1950er Jahren in vielen Teilen reformiert worden. Dabei wurde beim Zivilrecht die Existenz eines Hindu Rechts nachdrücklich negiert, denn, soweit war der koloniale Rechtsdiskurs internalisiert bzw. waren indische Juristen Bestandteil dessen geworden, es wurde als unsystematisch und uneinheitlich und letztlich unzivilisiert charakterisiert. Gleichwohl sind bis heute viele Gesetze und Gesetzeselemente der ehemaligen Hindu Rechte Bestandteil der indischen Jurisprudenz. Das Strafrecht wurde ebenfalls reformiert, indem ihm jedoch all seine islamisch-persisch-arabischen Wurzeln gezogen wurden.

In Pakistan kam zu einer teilweisen Islamisierung der Gesellschaft, die auch die Jurisprudenz erfasste. Die Islamisierung zeigte sich weniger in der strikten Anwendung des ‚Islamischen Rechts‘, wie es inzwischen in seiner positiven Konnotation und Assoziation auch von pakistanischen Juristen und Politikern wahrgenommen wird, sondern in einer fortschreitenden Zentralisierung. Lokale Gerichtskompetenzen wurden zugunsten eines staatlichen ‚Alleinvertretungsanspruchs‘ eingezogen, wodurch noch bestehende Unterschiede nivelliert und einem zumindest vom Anspruch her einheitlichen Recht unterworfen wurden. Andererseits wurde das Hindu-Zivilrecht in seinen wesentlichen Grundzügen beibehalten, schließlich gab es noch eine Vielzahl von Hindus im islamischen Pakistan. Bis in die Gegenwart hinein wirkt die koloniale Transformation der indischen Rechtssysteme nach,

wenn im Zuge der ‚Islamisierung‘ auch in anderen Ländern die *Islamiyya* zum späten Erfüllungsgehilfen der westlichen Wahrnehmung des islamischen Rechts als eines religiös fundierten Rechts wird, indem diese sich nun selbst als Purist betätigt, die allein *qur’ān* und *šarī’a* als Grundlage des Rechts anerkannt wissen wollen.