

Dr. Mhd. Syahnan, MA

HUKUM ISLAM

DALAM BINGKAI
TRANSDISIPLINER

**HUKUM ISLAM DALAM BINGKAI
TRANSDISIPLINER**

HUKUM ISLAM DALAM BINGKAI TRANSDISIPLINER

Dr. Mhd. Syahnan, MA



Kelompok Penerbit Perdana Mulya Sarana

HUKUM ISLAM DALAM BINGKAI TRANSDISIPLINER

Penulis: Dr. Mhd. Syahnan, MA

Copyright © 2019, pada penulis
Hak cipta dilindungi undang-undang
All rights reserved

Penata letak: Muhammad Yunus Nasution
Perancang sampul: Aulia@rt

Diterbitkan oleh:

PERDANA PUBLISHING

Kelompok Penerbit Perdana Mulya Sarana
(ANGGOTA IKAPI No. 022/SUT/11)

Jl. Sosro No. 16-A Medan 20224

Telp. 061-77151020, 7347756 Faks. 061-7347756

E-mail: perdanapublishing@gmail.com

Contact person: 08126516306

Cetakan pertama : Nopember 2019

ISBN 978-602-5674-93-8

Dilarang memperbanyak, menyalin, merekam sebagian atau seluruh bagian buku ini dalam bahasa atau bentuk apapun tanpa izin tertulis dari penerbit atau penulis

KATA PENGANTAR

Bismillâhirrahmânirrahîm

Segala puji dan syukur kepada Allah SWT. atas segala curahan nikmat yang diberikan kepada penulis akhirnya buku ini bisa diselesaikan. Salawat dan salam semoga dilimpahkan kepada Rasul Muhammad Saw yang membawa cahaya kebenaran ke alam semesta. Buku ini berasal dari hasil penelitian disertasi yang ide dasarnya bertitik tolak dari minat dan keingintahuan saya sejak diperkenalkan ke bidang Arab Comparative Commercial Law ketika belajar di School of Oriental and African Studies, University of London. Selain itu, obsesi saya adalah untuk memberikan studi yang lebih komprehensif tentang sistem hukum Islam terutama di ranah mu'amalat sebagai upaya untuk memperkenalkan solusi alternatif terhadap krisis ekonomi dan isu-isu yang mengitarinya. Penelitian ini dilakukan dalam satu tahun di berbagai perpustakaan di Washington DC. seperti Library of Congress, Washington College of Law, Universitas Amerika, dan Georgetown Law Center, Georgetown University.

Perbincangan tentang paradigma binaan keilmuan yang di usung oleh Perguruan Tinggi Keagamaan Islam, termasuk di Universitas Islam Negeri Sumatera Utara Medan, telah melewati diskusi panjang dan telah mengalami ujicoba dengan beberapa model mulai dari tawaran integrasi, interkoneksi sampai kepada transdisipliner. Pada tataran operational, semua tawaran model tersebut mendapatkan reaksi beragam baik dari kalangan akademisi maupun dari kalangan pengambil kebijakan yang kadangkala berujung pada suatu titik *agree to disagree*.

Buku ini tidak dimaksudkan untuk membahas bagaimana konsep transdisipliner dirumuskan akan tetapi memberanikan diri untuk membuat suatu model yang telah berkembang di era tahun 1930 di kawasan Timur Tengah dengan memperkenalkan teori hybrid hukum Barat dengan Hukum Islam. Dalam buku ini dipaparkan bahwa ilmu komparasi hukum berperan sebagai sarana penting merevitalisasi hukum Islam bidang kontrak dalam dunia yang menggelobal. Peramuan peraturan-peraturan hukum sipil kontinental dengan prinsip-prinsip hukum Islam, budaya asli dan praktik komersial ternyata bersinergi dengan budaya dan masyarakat lokal.

Secara metodologis, temuan penelitian ini menolak pendapat Ignaz Goldziher dalam *Introduction to Islamic Theology and Law* (Princeton, 1981) dan Joseph Schacht dalam *An Introduction to Islamic Law* (Oxford: OUP, 1964) dimana keduanya mengemukakan bahwa hukum Islam kaku dan stagnan dan tidak bisa diaplikasikan. Akan tetapi, temuan penelitian ini memperkuat pendapat Hallaq tentang progres hukum Islam yang berkesinambungan dalam karyanya "On the Origins of the Controversy about the Existence of Islamic Mujtahids and the Gate of Ijtihad," dalam *Studia Islamica* 63 (1986): 129-41. Dia berpendapat bahwa keberadaan *fatwa* adalah merupakan indikasi adanya *mujtahid* dalam ruang dan waktu yang berbeda. Namun penelitian ini berbeda dengan Hallaq dalam hal dimana peracikan hukum Islam melampaui batas sekadar tingkat ilmiah.

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa dasar pemikiran utama munculnya *Mashâdir al-Haq* dimaksudkan sebagai alat pembelajaran untuk memberdayakan kembali hukum Islam sebagai *the living law*. Hal ini dilakukan dengan cara menganalisis *rationale* suatu konsep dalam sistem hukum Barat sebagai tolok ukur dalam metode komparasinya kemudian menggali konsep tersebut dalam karya klasik empat madhhab Sunni. Tema sentral kitab ini ditandai dengan diskursus antara tradisionalisme dan modernitas. Selanjutnya, metodenya dengan pendekatan komparasi melampaui wilayah sekadar *intellectual exercise/istinbathi*. Hal ini ditandai dengan penerapan pemikiran abstrak sintesis hukum tersebut kedalam Kode Sipil Mesir tahun 1949.

Sekalipun interpretasi hukum yang dilakukan Sanhuri pada tataran tertentu tampaknya tidak sesuai dengan standar *ijtihad* secara umum,

namun sintesis hukum yang ia perkenalkan didasarkan pada pemikiran yang mendalam terhadap perundang-undangan modern dan prinsip dasar hukum Islam sesuai dengan kemaslahatan dan rasa keadilan. Dan atas dasar ini pemikiran Sanhuri memberikan pengaruh signifikan dalam perkembangan kode sipil dunia Islam kontemporer.

Dalam melakukan penelitian ini, penulis menggunakan karya-karya Sanhuri terutama *Mashâdir al-Haq fi al-Fiqh al-Islami* yang menjadi fokus kajian, serta karya-karyanya yang lain yang berkaitan dengan legal reform seperti *Le califat: son evolution vers une Societe des Nations Orientale*; *Le restrictions contractuelle a la liberte individuelle de travail dans la jurisprudence anglais*; *Nadzariyyat al-'Aqd* and *al-Wasit: fi Sharh al-Qanun al-Madani* sebagai sumber utama, serta buku-buku, artikel dan cyber library yang berkaitan dengan pembahasan juga akan digunakan sebagai secondary sources. Referensi ini akan dibaca dengan menggunakan pendekatan deskriptif analisis dan komparasi. Di samping itu, penelitian ini akan dikaji dengan mempertimbangkan konteks sejarah, sosial, politik dan ekonomi dimana pemikiran tersebut berkembang.

Tahapan penulisan buku ini telah mengalami proses yang menantang dan mendapat bantuan dari berbagai individu sejak saya memulai proyek ini ketika kuliah di UIN Syarif Hidayatullah Jakarta. Secara khusus saya menyampaikan terima kasih kepada Prof. Dr. Fathurrahman Djamil, MA. dan Prof. Dr. Masykuri Abdillah yang telah membantu saya dari langkah pertama hingga akhir proyek. Saya juga ingin menyampaikan terima kasih kepada AMINEF yang telah memungkinkan saya melakukan penelitian di Georgetown University Law Center dan Washington College of Law selama Agustus 2003 - Februari 2004 melalui skema "Fulbright Competitive Dissertation Research Award." Saya berterima kasih kepada Prof. Teemu Ruskola, advisor saya di Washington College of Law, American University, atas saran dan pikirannya terhadap versi awal dari proyek ini, Prof. Mohamed Mattar, Prof. Lama Abu Odeh dan rekan-rekan pengacara Timur Tengah khususnya Loay, Hakim Alaa El Shimy atas semua diskusi dan komentar yang patut dicatat.

Saya mengucapkan terima kasih kepada Rektor Universitas Islam Negeri Sumatera Utara Medan, Bapak Prof. Dr. Saidurrahman, M.Ag. dan

Wakil Rektor Bidang Akademik dan Kelembagaan, Bapak Prof. Dr. Syafaruddin, M.Pd. yang telah menominasikan karya ini dalam Program Penulisan Buku tahun 2018, sekaligus mendanai penerbitan yang berperan sebagai stimulus dan menginspirasi penulis potensial untuk memproduksi karya yang lebih berkualitas. Ucapan terima kasih juga saya sampaikan kepada sejawat di Lembaga Penjaminan Mutu UIN SU dan teman-teman “original” (orang gila jurnal) di Miqot dan JCIMS yang membuat suasana hari dengan tugas-tugas berat menjadi terasa ringan. Ucapan terima kasih sepenuh hati ditujukan kepada abang dan kakak anak Alm. Syaikh Abdollah Nasution (Tuan Kayu Laut), abang dan kakak Siantar group yang selalu memberi dukungan dan kehangatan sebagai keluarga besar. Ucapan terima kasih yang tulus saya sampaikan kepada anak-anak tercinta: Fika, Luthfi dan Faiz, dan yang tak kalah penting kepada istri tercinta Nurul Fithri Lubis, SE. Ak. atas kesabaran dan pengertian mereka, dan untuk itu saya dedikasikan karya ini kepada mereka.

Meskipun saya telah menerima bantuan berharga dari berbagai individu dalam penelitian dan penyusunan buku ini, namun setiap kesalahan dan kelemahan analisis dan penyajian yang terdapat dalam karya ini adalah milik saya sendiri.

Medan, Agustus 2019

Mhd. Syahnan

DAFTAR ISI

Kata Pengantar	v
Daftar Isi.....	ix

BAB I

PENDAHULUAN	1
A. Latarbelakang Historis	1
B. Identifikasi Masalah	9
C. Tujuan dan Signifikansi Penelitian	10
D. Kajian Literatur Terdahulu	12
E. Metodologi	17
F. Struktur Pembahasan	18

BAB II

SKETSA BIOGRAFIS ‘ABD AL-RAZZÂQ AL-SANHÛRÎ ...	21
A. Mesir Pada Pergantian Abad ke 20	22
B. Kehidupan dan Latarbelakang Pendidikan	26
C. Karya dan Keilmuan	32
D. Karir	36
E. Pemikiran Utama	42

BAB III

PERKEMBANGAN PERBANDINGAN HUKUM	56
A. Mendefinisikan Perbandingan Hukum	57
B. Fungsi dan Tujuan Perbandingan Hukum	59

C. Survey Metode Perbandingan Hukum	62
D. Perkembangan Hukum Perbandingan di Timur Tengah	66
E. Sanhuri Perbandingan Hukum	75
F. Perbandingan Hukum dalam Modernitas <i>vis-a-vis</i> Wacana Tradisi Discourse	80

BAB IV

MASADIR AL-HAQ DAN PERBANDINGAN HUKUM	83
A. Gambaran Umum	83
B. Penyusunan dan Struktur	87
C. Sumber yang digunakan	89
D. Metode Perbandingan	97

BAB V

GAGASAN PRINSIP PERBANDINGAN DALAM MASADIR AL-HAQ FI AL-FIQH AL-ISLAMI	107
A. Hukum Kontrak dan Prinsip-prinsipnya	108
B. Hak Kebendaan vs. Hak Personal	112
C. Subjective Element of Intention/ <i>niya</i> and Theory of Cause	123
D. Ketidakjelasan/ <i>Gharar</i> dan Teori Risiko	131
E. Perubahan Kondisi/ Frustrated Performance of Contracts ..	141

BAB VI

EPILOG	154
DAFTAR PUSTAKA	158
TENTANG PENULIS	170

BAB I

PENDAHULUAN

A. LATAR BELAKANG HISTORIS

§ adalah satu tantangan hukum terpenting yang dihadapi oleh masyarakat Muslim pada pergantian abad kedua puluh adalah reformasi hukum Islam atau syari'ah, yang tidak jarang menimbulkan kontroversi politik dan intelektual yang berkepanjangan. Islam sebagai agama adalah suatu sistem yang mewujudkan ajaran ilahiah yang paling mendasar yang mencakup semua aspek kehidupan baik teologi, hukum dan moral diperuntukkan bagi umat Muslim dari semua suku dan ras pada semua ruang dan waktu.¹ Secara historis, sebagian besar aspek hukum telah berlaku dan diterapkan dalam realitas kehidupan individu dan sosial sejak awal kembali ke zaman Nabi Muhammad sampai kontak dengan budaya Barat terjadi. Hukum Islam secara resmi

¹ Berdasarkan ajarannya, Islam memiliki aturan berupa sistem hukum melebihi agama lain, yang mengatur tentang kehidupan dan pemikiran orang beriman selaras dengan suatu perangkat hukum ideal yang dianggap sebagai satu-satunya aturan yang benar. Sistem ini, berbeda dengan hukum positif, diturunkan dari sumber kekuasaan dan keadilan ilahiah. Sebagai gambaran kehendak Tuhan, Syari'ah dianggap sebagai aturan paling sempurna, abadi dan adil didisain untuk semua ruang dan waktu serta berciri penerapan universal bagi seluruh umat manusia. Lihat Abdur Rahim, *Principles of Muhammadan Jurisprudence* (Madras: t.p., 1911), 52-3, 56-8; M. Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam* (Baltimore: t.p., 1955), 22-7.

menjadi hukum positif pada saat kekhalifahan, kesultanan dan kerajaan Islam.²

Namun, supremasi hukum Islam di negara-negara Muslim melemah dengan dampak imperialisme Eropa yang memperkenalkan hukum sekuler dan proses pendidikan modern mereka yang dirancang dalam system pendidikan mereka, yang pada gilirannya, menyebabkan Euro-sentrisme.³ Selama era ini, sistem hukum dari masyarakat Muslim yang diterapkan dalam bentuk administrasi master kolonial mengalami transformasi khas dalam kaitannya dengan budaya hukum dari kekuasaan kolonial. Dengan demikian, di India terdapat *Anglo-MuhammadLaw*, dan di Aljazair diformulasikan *Le droit Musulman algerien*, yang keduanya merupakan perpaduan khas hukum umum dan Perancis dengan unsur-unsur syari'at masing-masing.

Para penjajah dan elit penguasa selalu memaksakan proses Westernisasi. Pinjaman asing dari sistem hukum Eropah dan Westernisasi dari pendidikan hukum yang sensitif secara politik dapat menyebabkan kontroversi.⁴ Hal ini karena fenomena seperti itu tampaknya muncul berkaitan dengan penaklukan untuk kekuatan Eropa. Bahkan kalangan konservatif menganggap ini sebagai upaya reduksi tradisi Islam. Akhir imperialisme memberikan inspirasi di negara-negara Muslim untuk merumuskan kode sipil mereka sendiri, yang praktis dan kombinatif yang disarikan dari tradisi Islam dan hukum Barat. Munculnya penyusunan *Majallat al-Ahkâm al'Adaliyyah*

² Studi sejarah dan reformasi hukum Islam sangat banyak, yang paling penting diantaranya seperti karya J.N.D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World* (New York: New York State University Press, 1959) dan juga *Law Reform in the Muslim World* (London: The Athlon Press, 1976). Untuk referensi lebih lanjut tentang hukum Islam dan dunia modern lihat John Makdisi and Marianne Makdisi, "Islamic Law Bibliography: Revised and Updated List of Secondary Sources," *Law Library Journal* 87 (1995): 136-63.

³ Lihat A.A. Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law*, 4th ed. (Bombay, 1974); Herbert J. Liebesny (ed.), *The Law of the Near and Middle East: Readings, Cases and Materials*, (Albany: SUNY Press, 1975), 111-2.

⁴ Diskusi tentang prakiraan kemungkinan terjadinya hubungan antara pendidikan hukum Eropah dengan munculnya ekspresi politik nasionalis dunia Arab abad XX terutama model Mesir bisa dilihat dalam Ron D. Cannon, "Social Tensions and the Teaching of European Law in Egypt Before 1900," *History of Education Quarterly* (Fall, 1975): 299-315.

memang titik balik dalam sejarah hukum Islam modern. Untuk pertama prinsip Islam waktu kontrak dan kewajiban berdasarkan mazhab Hanafi pemikiran hukum yang berlaku dan terorganisir persis mirip dengan model Kode Eropa.⁵ Selanjutnya, pada tahun 1917, Kerajaan Usmaniyyah menetapkan Undang-Undang Hak Keluarga (*Huqûq al-'Âilah al-'Uthmâniyyah*) didasarkan pada ajaran Islam. Berbeda dengan Turki, yang memperkenalkan sekularisme secara keseluruhan, Mesir sejak 1930-an telah membuat Islam sebagai sumber utama hukum nasional, meskipun terbatas pada hal-hal yang berkaitan dengan hukum perorangan, yang secara *de facto*, diadopsi sebagai hukum positif.

Dengan demikian, pada dasarnya, reformasi hukum syari'at di negara-negara Muslim telah terkonsentrasi terutama di bidang status personal (*ahwâl al-syakhshiyah*), yang meliputi perkawinan, perceraian dan warisan. Metode yang digunakan tampaknya bahwa sangat menyederhanakan dan sistematisasi penampilan.⁶ Dengan kata lain, kontrol terpanjang-abad syari'ah hukum itu atas hal-hal status pribadi, meskipun bahkan di daerah ini untuk sebagian besar akhirnya direformasi atau sistematis dalam kode. Meskipun beberapa negara substansial direformasi sistem hukum dan peradilan dalam abad kesembilan belas, di sebagian besar wilayah perubahan Timur Tengah tidak dimulai dengan sungguh-sungguh sampai awal abad kedua puluh. Sistem hukum yang lebih baru umumnya terkonsentrasi pada konstitusi, hukum pidana, aturan prosedural, sedangkan

⁵ Untuk informasi lebih lanjut mengenai *legal nature* and struktur *Majallah*, see S.S. Onar, "The Majalla," in M. Khadduri and H. Liebesny (eds.), *Law in the Middle East: Origin and Development of Islamic Law* (Washington: The Middle East Institute, 1955), 292-308; dan analisis lebih komprehensif dalam konteks sejarah yang lebih luas lihat Serif Arif Mardin, "Some Explanatory Notes on the Origins of the "Mecelle" (Medjelle)," *The Muslim World* LI(3) (1961): 189-96 yang dilanjutkan dengan bagian kedua dalam jurnal yang sama LI(4) (1961): 274-9.

⁶ Metodologi pembaruan yang diadopsi oleh Negara-negara Muslim selain *ijmâ'* (konsensus), *qiyâs* (deduksi analogis) dan *ijtihâd* (personal reasoning) juga menggunakan metode baru dengan prinsip *takhayyur*/eklektisime dan *talfiq*/menggabungkan dua aturan hukum. Diskusi lebih lanjut tentang perkembangan ini, terutama yang terkait dengan hukum keluarga di berbagai Negara, lihat Tahir Mahmood, *Personal Law in Islamic Countries* (New Delhi, 1987), 1-14; idem, *Family Law Reform in the Muslim World* (New Delhi: The Indian Law Institute, 1972), 1-9.

hal-hal yang melibatkan hukum akad Islam (*mu'amalât*) tetap relatif tak tersentuh sebagaimana dipahami dalam undang-undang modern.

Hal ini patut dicatat bahwa selama awal era kemerdekaan, banyak negara-negara mayoritas Muslim dihuni membuat adopsi grosir dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku penguasa kolonial masing-masing. Selama rentang perkembangan mereka, penerapan kode ini di tanah air yang baru ditemukan telah menerima tantangan serius di tanah menjadi alien budaya dan psikologis setidaknya. Namun, meskipun peningkatan permintaan untuk mereformasi kode dengan memberikan bobot lebih untuk konten lokal termasuk ketentuan hukum Islam, upaya ini tidak membuahkan hasil dan hukum Islam kehilangan eksklusifitas sebagai hukum yang mengatur kontrak.⁷

Menariknya, ketimbang membuat revisi yang diperlukan terhadap peraturan yang diadopsi agar kompatibel dengan kebutuhan nasional, suatu hal yang jamak bahwa, di bawah bayang-bayang kekuasaan penjajah, pemimpin negara-negara Muslim memperkenalkan peraturan Islam yang secara spesifik berlaku untuk warga Muslim yang oleh sementara kalangan dipandang sebagai politik *divide et impera* dari masa lalu kolonial. Untuk memberikan contoh adalah kasus Mesir yang fitur reformasi hukum yang ditandai pada akhir abad ke-19 adalah bahwa setiap negara memiliki pengadilan sendiri dan hukum, yang menciptakan kebingungan dalam sistem hukum.⁸ Dalam sejarah Indonesia juga, warga di depan hukum

⁷ Paling tidak terdapat dua sistem hukum yang berlaku di Timur Tengah yakni, 1) Negara-negara yang tidak memiliki Kode Sipil seperti Saudi Arabia dan Oman, dan 2) Negara-negara yang memiliki Kode Sipil yang meliputi Mesir, Syria, Iraq, Kuwait, Qatar, Bahrain, Jordan, Yemen dan United Arab Emirates. Diskusi tentang hal ini terdapat dalam Sayyed Hassan Amin, *Middle East Legal Systems* (Glasgow: Royston Ltd., 1985); lihat juga Nabil Saleh, "The Law Governing Contracts in Arabia," *International and Comparative Law Quarterly* 38 (October 1989): 766-74.

⁸ Thus, dalam sejarah Mesir Pengadilan dibedakan kedalam beberapa klasifikasi yakni Pengadilan Campuran (*al-Mahâkim al-Mukhtalithah*) tahun 1875 dengan kewenangan menangani kasus yang meliputi warga asing, Pengadilan Pribumi, (*al-Mahâkim al-Ahliyyah*) tahun 1883, Pengadilan Agama (*al-Mahâkim al-Syar'ah*) bagi warga Muslim, dan (*al-Mahâkim al-Milaliyyah*) bagi warga Yahudi dan Nasrani. lihat Majid Khadduri and Herbert Liebesny eds. *Law in the Middle East* vol. 1 (Washington: The Middle East Institute, 1955), 330-3.

dibagi menjadi tiga kebangsaan yang berbeda, yaitu masyarakat adat atau asli, Eropa dan non-Eropa yang mencakup orang-orang Arab dan Cina. Berdasarkan gagasan C. van Vollen Hoven (1874-1933), yang pernah menjadi profesor di fakultas hukum Universitas Leiden kepulauan Indonesia dibagi menjadi 19 wilayah hukum yang berbeda sesuai dengan budaya masing-masing, adats dan bahasa. Namun, kebijakan komunitas otonom ini memiliki tujuan sendiri.⁹

Tampaknya bahwa pengurangan peran-dimainkan oleh hukum Islam dalam menanggapi kebutuhan modern tampaknya berasal dari ragu-ragu - jika tidak ketidakmampuan - ulama 'dan elit Islam untuk merumuskan konsep-konsep Islam yang dapat dimasukkan ke dalam undang-undang nasional kontemporer. Dengan demikian, masyarakat ilmiah ini pada situasi yang sangat umum tidak memiliki definisi yang tepat dari istilah tertentu ketentuan hukum Islam dan gagal untuk mengambil keuntungan dari risalah yang kaya dan beragam fiqh konvensional. Terlebih lagi, hukum Islam digunakan sebagai isu politik belaka atau sebagai slogan daripada sebagai metode yang benar aplikasi. Untuk kata lain, dalam banyak kesempatan upaya reformasi hukum dengan memasukkan muatan lokal tampaknya mendapatkan sedikit dukungan dari otoritas negara masing-masing. Dalam situasi di atas, itu adalah fakta telanjang bahwa peran-dimainkan oleh hukum Islam secara bertahap terpinggirkan dalam membentuk hukum nasional dalam bidang seperti hukum perdata. Terlebih lagi, sarjana hukum Islam hanya tahu dalam domain keahlian mereka, sedangkan pengacara sekuler juga tidak memiliki pengetahuan tentang rekan mereka.¹⁰ Selain itu, juga muncul dari kurangnya studi banding

⁹ Pemilahan ini juga berujung pada ketidakpastian. Lihat A.K.J.M. Srijbosch, "Methods and Theories of Dutch Juridical-Ethnological research in the Period 1900 to 1977," in Alison Dundes Renteln and Alan Dundes, eds., *Folk Law: Essays in the Theory and Practice of "Lex Non Scripta,"* vol. 1 (Wisconsin: The University of Wisconsin Press, 1995), 235.

¹⁰ Arogansi sektoral ilmuan yang sering sekali menjadi salah satu hambatan dalam proses menginkorporasikan hukum Islam dan hukum sekuler kedalam legislasi nasional membuat masalah semakin kompleks. Contoh konkrit dalam konteks kajian ini adalah kasus Timur tengah. Pada satu sisi terdapat pergerakan intelektual yang diidentifikasi dengan tradisi Eropah dan pada saat yang sama berupaya mem-

sejati antara Islam dengan sistem hukum lainnya yang akan memungkinkan legislatif untuk mencari solusi alternatif untuk masalah yang terus meningkat.

Dalam meninjau reformasi hukum di bidang hukum perdata, terdapat di dalamnya kontrak (*mu'âmalât*) termasuk, sosok yang layak untuk dipelajari adalah 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri (1895 -1971), seorang ahli hukum Mesir, politisi dan pembaharu hukum.¹¹ Dengan capaian prestasi teoritis dan praktis sepanjang karirnya, dia tidak hanya meletakkan prinsip-prinsip reformasi hukum dengan membuat sintesis dari kedua hukum Islam dan sekuler tetapi ia juga mampu menempatkan teori dalam praktek ketika ia dipercaya memimpin tim untuk merevisi Hukum Perdata Mesir. Bahkan, dalam sejarah era kemerdekaan, tidak ada negara telah membuat diperlukan perubahan kode perdata warisan kolonial kecuali bahwa Mesir.¹²

Karya yang mewujudkan teori Sanhuri tentang distilasi hukum pada tahap ilmiah *Mashâdir al-Haq fi al-Fiqh al-Islâmî: dirâsah muqâranah bi al-fiqh al-gharbiy*. Oeuvre ini mencoba untuk membuat upaya untuk merumuskan muamalat (transaksi sosial) aspek hukum Islam dengan cara comparativism hukum dengan yurisprudensi Barat. Sanhuri mendesak agar syariah dijadikan sumber untuk kodifikasi secara efektif dan praktis. Berbeda dengan pengacara lain, ia mampu memberikan karakteristik universal dan permanen untuk fenomena hukum, termasuk hukum Islam. Sebagai otoritas terkemuka Mesir dalam undang-undang Arab modern

pertahankan ideologi nasional yang menjunjung tinggi identitas dan budaya Timur Tengah, dan kelompok nasionalis sekular di sisi lain. Bertolakbelakang dengan kedua mainstream ini terdapat pula pihak Islamis.. Lihat Lama Abu-Odeh, "Modernizing Muslim Family Law: The Case of Egypt," *Journal of Transnational Law* 37 (2004): 1043, 1092-3.

¹¹ Keterangan lebih lengkap tentang biografi 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri dibahas dalam bagian ketiga karya ini secara eksklusif. Penamaan selanjutnya Sanhuri.

¹² Kemajuan Mesir dalam pembaruan hukum memberikan inspirasi bagi negara lain di kawasan Timur Tengah untuk membuat perundang-undangan masing-masing mengingat negara ini memiliki hubungan yang sangat erat baik di bidang sosial, budaya, politik maupun aspek ekonomi.

dan politisi, ia memainkan peran penting dalam menyusun Kode Sipil hadir Mesir (efektif tahun 1949), dan sejumlah negara Arab lainnya.¹³

Secara umum, berbeda dari genre fiqh tradisional dalam hal substansi dan organisasi, *Mashâdir al-Haq* merupakan pemeriksaan pertanyaan, yang telah menarik perhatian para ahli hukum Islam modern yang untuk mengekstrak teori umum tindakan hukum dari unsur-unsur yang tersebar dalam perjanjian klasik besar, yang tidak mencoba untuk mensintesis.

Setiap volume dari *Mashâdir al-Haq* memiliki organisasi komparatif dua kali lipat. Pertama, perbandingan internal dalam hukum Islam Sunni dan dalam beberapa kasus dengan sekolah kecil lainnya seperti Syi'ah, dimana putusan sekolah tertentu pada kasus tertentu dibandingkan dengan doktrin sekolah yang berbeda dari hukum Islam. Oleh karena itu, prosedur yang sama berlaku untuk hukum Barat yang antara lain meliputi Romawi, Latin, Perancis dan Jerman. Kedua, perbandingan eksternal dengan mempertimbangkan konsep hukum dalam sistem hukum Eropa dan kontras dengan hukum Islam klasik dan modern. Pada tahap ilmiah ini, Sanhuri mengeksplorasi mekanisme di mana konsep hukum telah ditangani oleh berbagai sekolah dan ahli-ahli fiqh Islam terkemuka, bagaimana konsep-konsep ini telah menjadi diuraikan, dan dengan cara apa mereka telah mengembangkan dan berubah selama berabad-abad dan bagaimana konsep ini dipahami oleh satu pikiran hukum ke depan.¹⁴

Sanhuri menyatakan bahwa pembentukannya tentang doktrin-doktrin hukum Islam bertujuan untuk merekonstruksi prinsip-prinsip

¹³ The Code was essentially French Civil Code but it gave rooms for *syari'ah* as a supplementary source. The proposed draft was to become the blueprint for Egypt's new Civil Code, which then became the model and adopted by Iraq, Jordan, Kuwait and Syria. Despite criticism, Sanhuri's role in developing the legal systems of the Arab world is undeniable. See Nabil Saleh, "Civil Codes of the Arab Countries: The Sanhuri Codes," *Arab Law Quarterly* 8(2) (1993): 161-7.

¹⁴ Pada prakata dari *Mashâdir al-Haq*, Sanhuri menjelaskan tujuan umum dan pendekatan yang digunakan.. He argues that the bases of rights, whether personal or material, are most critical and ambiguous in Western law. Thus, we treat Islamic law using the methods of Western law, investigating whether there is in Islamic law personal rights and material rights as these are understood in Western laws derived from Roman law. See *Mashâdir al-Haq*, vol. I, 1.

hukum melalui adaptasi mereka terhadap kondisi ekonomi dan sosial modern. Tentunya, dia tidak sependapat bahwa hukum Islam dogmatis tetap dan tidak mampu hidup baru dan pengembangan.¹⁵

Ide ini sangat erat kaitannya dengan doktrin mapan 'penutupan gerbang penalaran independen' atau *insidâd bâb al-ijtihâd* yang muncul di sekitar pertengahan abad ketiga Hijriah (akhir abad kesembilan Masehi), dan menandai fase baru dalam perkembangan hukum Islam. Ini mulai mendapatkan tanah di kalangan ahli hukum Islam yang hanya ahli hukum besar dari era klasik berhak untuk melakukan penalaran independen atau ijtihad atas dasar takut memanfaatkan itu menjadi terlalu longgar sehingga ditutup untuk publik. Akibatnya, para sarjana lambat harus hanya mengikuti master, yang terbatas pada interpretasi manual otoritatif manual otoritatif terutama dari empat sekolah hukum utama pikiran. Sementara dalam teori pembangunan hukum demikian sebagian besar fosil, ini, tentu saja, tidak begitu dalam praktek, meskipun pembangunan diragukan diperlambat.¹⁶

Dalam pembahasannya tentang peran bahwa hukum Islam harus bermain dalam revisi Kode New Sipil Mesir, ia kritis terhadap pandangan statis sejarawan, dan dia agak cenderung berada di sisi para ahli hukum tentang yang benar menggambarkan hukum Islam sebagai satu-satunya sistem yang logika hukum menurut dia itu sama dengan hukum Romawi. Dia lebih lanjut menyatakan bahwa hukum Islam telah mengalami banyak variasi dan bisa dengan mudah menempatkan dirinya pada tingkat peradaban kontemporer. Jadi jika beberapa orientalis, seperti Prof. Christiaan Snouck Hurgronje dan Ignaz Goldziher telah menuduh bahwa hukum Islam adalah

¹⁵ Lihat lebih lanjut J.N.D. Anderson, "Law as a Social Force in Islamic Culture and History," *Bulletin of the School of Oriental and African Studies* 20 (1957): 16.

¹⁶ Studi yang lebih komprehensif dan terkini telah membuktikan lain dari tesis yang sudah ada. Lihat diantaranya, Wael B. Hallaq, "Was the Gate of Ijtihad Closed?" *International Journal of Middle East Studies* 16 (1984): 3-41. Hallaq beragumen bahwa hukum Islam masih tetap progresif karena para ahli hukum Islam (*fuqahâ*) yang mempraktekkan ijtihad dan mereka yang memiliki kualifikasi untuk mengeluarkan fatwa (*muftis*) masih tetap ada dalam perjalanan waktu.

kekal dan tidak mampu evolusi, hal ini karena mereka telah dilihat sebagai sejarawan dan bukan sebagai ahli hukum.¹⁷

Pemeriksaan kembali syari'at di bidang muamalat dalam perspektif komparatif tampaknya sangat relevan dengan munculnya gagasan mengubah hukum Islam ke dalam sistem hukum nasional di Indonesia dalam beberapa tahun terakhir. Kemungkinan itu terjadi menjadi lebih besar ketika pemerintah memberikan status khusus bagi Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam sebagai proyek percontohan untuk menerapkan syariat di daerah berdasarkan UU no. 18, 2001, yang kemudian diikuti oleh beberapa daerah lain di seluruh bangsa. Pro dan kontra muncul baik dari elit Muslim dan non-Muslim. Namun, ini diproduksi secara lokal hukum atau apa yang disebut Kanun Syariah memberikan lebih menekankan pada mengatur tindakan moral terkait dibandingkan dengan transaksi sosial praktis di kalangan masyarakat.

Berdasarkan konteks inilah bahwa penelitian tentang pluralisme hukum Sanhuri sangat dibutuhkan. Berbagai karya Sanhuri, *Mashâdir al-Haq* dipilih sebagai objek penelitian, karena ia adalah tokoh penting dan arsitek utama dari Kode Sipil sejumlah negara Arab, yang bukunya ditulis sebagai solusi alternatif untuk transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional. Penelitian ini akan mencoba untuk menganalisis bagaimana Sanhuri menyaring kaidah hukum Islam dan membentuk kembali mereka ke dalam cetakan yang menunjukkan kecanggihan dan karakteristik efektif hukum positif modern. Sebagai tokoh utama persimpangan budaya Islam tradisional dengan modernitas, Sanhuri telah meninggalkan tanda pada dunia Arab kontemporer.

B. IDENTIFIKASI MASALAH

Masalah yang mendasari penelitian ini adalah bagaimana membuat ajaran hukum Islam dalam kontrak alam yang dapat dikerjakan dan, bersama-sama dengan yurisprudensi Barat menjadi bagian dari undang-undang modern dalam urgensi ekonomi kontemporer. Literatur reformulasi hukum kontrak (*mu'amalat*) dengan metode komparatif dalam sekolah

¹⁷ Al-Sanhuri, "Le Droit Musulman," 622.

sistem hukum Islam dan sistem hukum Barat belum cukup diteliti. Bahkan, sastra seperti itu merupakan warisan intelektual Islam yang penting dimana upaya escavating prinsip-prinsip seperti keadilan, keadilan dan kasih sayang yang melekat di sana bisa lebih dipahami. Penelitian ini terbatas pada *Mashâdir al-Haq*, ditulis oleh Sanhuri. Mengingat bahwa ruang lingkup buku ini luas, penelitian difokuskan pada tema yang dipilih.

Secara khusus, masalah yang diangkat dalam penelitian ini diringkas dalam pernyataan berikut:

1. Apakah metode penyulingan hukum diterapkan di *Mashâdir al-Haq*.
2. Sejauh mana pengaruh metode Sanhuri tentang hukum kontrak dalam yurisprudensi nya (fiqh) dengan New Mesir Perdata (*al-Qânûn al-Madânî al-Mishri al-Jadîd*).
3. Sejauh mana sintesis Sanhuri berkontribusi untuk yurisprudensi modern dan undang-undang khususnya di Timur Tengah.

C. TUJUAN DAN SIGNIFIKANSI PENELITIAN

1. Tujuan

Berdasarkan permasalahan tersebut di atas penelitian ini bertujuan untuk mengungkapkan tujuan sebagai berikut:

- a). Untuk menemukan metode hukum distilasi (*istinbat al-ahkam*) diterapkan dalam *Mashâdir al-Haq*.
- b). Untuk mengungkap sejauh mana metode Sanhuri tentang hukum kontrak dalam yurisprudensi nya (fiqh) telah mempengaruhi Perdata New Mesir (*al-Qânûn al-Madânî al-Mishrî al-Jadîd*).
- c). Untuk menemukan sejauh mana sintesis Sanhuri ini telah memberikan kontribusi terhadap pengembangan ilmu hukum modern dan undang-undang khususnya di Timur Tengah dan di dunia Muslim pada umumnya.

2. Signifikansi

Pada tingkat ilmiah, penelitian ini model reformasi hukum Islam

dengan metode komparatif diperkenalkan oleh Sanhuri seperti dijelaskan di *Mashâdir al-Haq* diharapkan berfungsi sebagai sumber inspirasi untuk praktisi akademisi dan hukum dalam mencari solusi alternatif untuk isu-isu yang muncul dan untuk memajukan proses ijtihad. Selain itu, hasil akhir dari penelitian ini diharapkan dapat menjadi revisi untuk reformulasi hukum Islam, yang telah diduga tetap dan berubah. Terlebih lagi, itu juga bisa melempar lampu untuk penelitian lebih lanjut tentang al-Sanhuri dengan metode yang berbeda dan pendekatan penelitian.

Pada tataran praktis, penelitian ini akan sangat penting bagi negara-negara yang berencana untuk mereformasi kode sipil mereka. Arti penting dari studi ini juga dapat dirasakan secara khusus dalam konteks Indonesia di mana kebutuhan untuk memperkenalkan undang-undang yang berkaitan dengan kontrak dan kewajiban di tingkat nasional sangat diperlukan dan advokat yang berkembang untuk ini tidak bisa terlalu ditekankan.¹⁸ Ini adalah fakta bahwa kontrak hukum sejauh ini didasarkan pada Buku Tiga dari Kode Sipil Belanda sebagai warisan masa lalu kolonial, *Burgerlijk Wetboek* (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata), isi yang tidak selalu berjalan paralel dengan kesadaran hukum masyarakat Indonesia. Namun, meskipun panggilan terus menerus untuk merevisi kode tersebut, bukan pemerintah memperkenalkan hukum bisnis Islam, meskipun masih terbatas pada prosedur, untuk memenuhi kebutuhan Muslim. Dan dalam merumuskan hukum substantif berlaku untuk semua negara tanpa memandang ras dan keyakinan, yang masih akan diputuskan oleh pemerintah bahwa penelitian ini meletakkan pentingnya bahwa pada gilirannya, akan memberikan kontribusi terhadap pembangunan hukum nasional.

¹⁸ Those who consistently voice the necessity to reintroduce new national code are numerous, the most notable of whom are Prof. Bustanul Arifin, Prof. Jimly Ashiddiqy and Prof. R. Subekti to mention a few. Commenting on the problematic application of the provisions of *Burgerlijk Wetboek* Subekti argues that the best solution is to formulate national law of contract/obligations. "Penyelesaian yang mujarab dan integral adalah tentunya: pembentukan undang-undang hukum perjanjian (nasional)". See his *Perbandingan Hukum Perdata*, 14th printing (Jakarta: Pradnya Paramita, 2000), 38.

D. KAJIAN LITERATUR TERDAHULU

Meskipun aktivitas teoritis dan praktis Sanhuri itu, kontribusinya sebagai anggota parlemen dan ahli hukum telah mendapat perhatian ilmiah sedikit. Selain beberapa artikel yang bersifat biografi dan umum, karyanya tetap hampir tidak dikenal di luar dunia Arab. Di antara literatur yang tersedia adalah “Abd al-Razzaq al-Sanhuri: al-Rajul alladhi Faqadnah,”¹⁹ written by ‘Abd al-Basit al-Jami’ and Diya’ Shit Khattab’s “Abd al-Razzaq al-Sanhuri, 1895-1971,”²⁰ each of which seeks to provide a survey of Sanhuri’s biographical account. Although they cover almost all aspects starting from his early life, through to the formative stage and the later phase of Sanhuri’s life, they are by no means comprehensive. Other writing of similar type is Emad Eldin Shahin’s which is prepared for an encyclopedia under the title “Abd al-Razzaq al-Sanhuri (1895-1971)”²¹. It presented the life of Sanhuri as well as demonstrated his position in a wider context. However, based on the objective of its writing, it is very short and contains a very general explanation.

Enid Hill in her article “Al-Sanhuri and Islamic Law” is perhaps the most readable and widely referred to on introduction of Sanhuri’s biography,²² in which she surveys various aspects of Sanhuri’s life and career at very general term. However, the most elaborated part of all include interrelation of the context of formative stage of Sanhuri’s thought with the production of two doctoral theses while pursuing further studies at Lyon university, *Le restrictions contractuelle a la liberte individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*,²³ and *Le Califat: son evolution vers une Societe des Nations Orientale*,²⁴

¹⁹ “Abd al-Basith al-Jami’i, “Abd al-Razzaq al-Sanhuri: al-Rajul alladhi Faqadnah,” *Majallat al-Qada’* (Baghdad), 27 (1972).

²⁰ Diya’ Shit Khattab “Abd al-Razzaq al-Sanhuri, 1895-1971,” *Majallat al-Qada’*, 26/3 (1971).

²¹ Emad Eldin Shahin. “Abd al-Razzaq al-Sanhuri (1895-1971),” in J. Esposito (ed.) *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World* (London, Oxford, New York: Oxford University Press, 1995), vol. 1, 7-8.

²² *Al-Sanhuri and Islamic Law*, Cairo Papers in Social Science, vol. 10, Monograph 1 (The American University in Cairo Press, Spring 1987).

²³ (Paris: Universite de Lyon – faculte de Droit, Marcel Giard, 1925).

²⁴ (Paris, 1926).

for which he obtained the doctorate in Law and political science. Selain itu, artikel ini membahas proses revisi KUH Perdata Mesir serta menyajikan perdebatan tentang IslamCity kode. Meningkatkan kematangan Sanhuri dalam praktek hukum dan peradilan yang mengangkatnya ke dunia politik juga dianalisis untuk tingkat yang lebih rendah. Hill juga termasuk artikelnya dengan diskusi singkat karya lainnya Sanhuri di samping dua yang disebutkan di atas yaitu *Mashâdir al-Haq* dan *al-Wasîth*.

Namun, karena mencakup berbagai topik, itu tidak berarti perawatan yang memadai untuk Sanhuri itu *Mashâdir al-Haq*,²⁵ karena keduanya sangat singkat dan umum. Selain itu, dari segi sumber yang digunakannya dalam analisis nya untuk kasus terakhir, dia sangat bergantung pada sumber-sumber sekunder yang dapat dengan mudah dilihat dari referensi eksklusif dia Y Linant de Bellefonds 'French Resensi Buku bukan ke *Mashâdir al-Haq* sendiri. Ini sebagian menjelaskan bahwa hambatan terbesar bagi usaha studi banding lebih lanjut muncul dari tidak tersedianya bahan sumber tertulis dalam bahasa lain selain bahasa Arab.

Namun, artikel Hill adalah satu-satunya rekening al-Sanhuri itu sketsa biografis tersedia dalam bahasa Inggris. Pada tahun 1988, pekerjaan ini diterbitkan dalam jurnal dan sebagai bagian dari sebuah buku,²⁶ tanpa membuat revisi yang signifikan kecuali untuk judul dan sub-topik. Meskipun demikian, artikel ini penting sebagai pengenalan awal untuk bahan untuk studi lebih lanjut karena memberikan dengan bibliografi yang cukup.

Sebuah pernyataan awal yang secara langsung berhubungan dengan *Mashâdir al-Haq*, Y. Linant Bellefonds, setidaknya, dapat diteruskan. Ulasannya "Abd al-Razzaq al-Sanhuri: *Mashâdir al-Haq* fi al-Fiqh al-Islami,"²⁷ yang ditulis dalam bahasa Perancis for International Ulasan

²⁵ Pembahasan Hill tentang *Mashâdir al-Haq* secara spesifik hanya terbatas 2 halaman.

²⁶ Artikel tersebut dengan judul yang sama diterbitkan dalam *Arab Law Quarterly* 3(1) (February 1988) dan juga merupakan bagian dari buku yang berjudul "Islamic Law as a Source for Development of a Comparative the 'Modern Science of Codification', in Aziz al-Azmeh (ed.) *Islamic Law: Social and Historical Context* (London and New York, 1988), 146-197.

²⁷ Y Linant de Bellefonds, "Abdel Razzak al-Sanhuri, *Masadir al-Haq fil fiqh*

Hukum Perbandingan segera setelah publikasi yang terakhir ini ditujukan untuk pembaca berbahasa non-Arab. Dimulai dengan informasi singkat tentang penulis dan kemudian menguraikan isi dari *Mashâdir al-Haq* dari volume 1-5. Selain itu, ia juga mencoba untuk menyorot gambaran menyeluruh dan aspek lain dari keuntungan yang membedakan *Mashâdir al-Haq* dari karya-karya lain dalam spektrum yang lebih luas dari risalah klasik hukum Islam. Namun, karena sifatnya sebagai review, ini empat halaman panjang komentar Perancis, tentu saja, tidak ditujukan untuk mengobati *Mashâdir al-Haq* dalam rincian.

Karya lain yang mempelajari aspek pemikiran Sanhuri adalah “Al-Sanhuri Rekonstruksi Hukum Islam Cacat Kontrak,”²⁸ yang ditulis dalam bahasa Perancis for International Ulasan Hukum Perbandingan segera setelah publikasi yang terakhir ini ditujukan untuk pembaca berbahasa non-Arab.

Dimulai dengan informasi singkat tentang penulis dan kemudian menguraikan isi dari *Mashâdir al-Haq* dari volume 1-5. Selain itu, ia juga mencoba untuk menyorot gambaran menyeluruh dan aspek lain dari keuntungan yang membedakan *Mashâdir al-Haq* dari karya-karya lain dalam spektrum yang lebih luas dari risalah klasik hukum Islam. Namun, karena sifatnya sebagai review, ini empat halaman panjang komentar Perancis, tentu saja, tidak ditujukan untuk mengobati *Mashâdir al-Haq* secara terperinci.

Karya lain yang mempelajari aspek pemikiran Sanhuri adalah “Al-Sanhuri Rekonstruksi Hukum Islam Cacat Kontrak,”²⁹ di mana ia menyatakan bahwa hubungan antara anti-formalisme Sanhuri dan beasiswa hukum sadar sosial nya adalah masalah yang kompleks dan sangat diperdebatkan. Sanhuri tidak berpikir proyek sebagai kodifikasi hukum Islam. Hukum Islam itu hanya satu di antara banyak faktor lain yang ia mengambil

al-Islami,” in *Revue Internationale de Droit Comparé* 10 (1958): 476-9; idem 11 (1959): 633-9.

²⁸ Oussama ‘Arabi, “Al-Sanhuri’s Reconstruction of the Islamic Law of Contract Defects,” *Journal of Islamic Studies* 6(2) (1995): 153-73.

²⁹ Amr Shalakany, “The Analytics of the Social: A Comparative Study,” (Unpublished S.J.D. dissertation, Harvard Law School, 1999).

menjadi pertimbangan untuk mengontekstualisasikan hukum, diambil bersama-sama dengan realitas sosiologis, kebiasaan, keputusan pengadilan Mesir dan studi banding sistem hukum utama Eropa dan non-Eropa. Shalakany lanjut menegaskan bahwa Sanhuri memiliki agenda sosial, dalam arti bahwa karyanya pada kodifikasi menyadari potensi distributif proyek dan perannya dalam mengatasi kesenjangan sosial.

Pekerjaan kecil lain yang layak disebutkan adalah artikel Shalakany itu “Sanhuri dan Asal Hukum Perbandingan di Dunia Arab: (atau Bagaimana Kadang-kadang Kehilangan Asalah Anda dapat Baik untuk Anda)” Shalakany berfokus terutama pada konteks reformasi hukum Sanhuri itu, namun dalam analisis ia juga mencurahkan pikiran diperpanjang hingga dua angka lainnya: Eduard Lambert dan Thariq al-Bishri,³⁰ seorang kritikus Sanhuri. Dalam artikel ini, meskipun Shalakany mengakui manfaat dari koneksi Arab Perancis di menyatukan modernisasi dan Islamisasi di negara masing, tetapi dalam analisis akhir ia menemukan bahwa Lambert, Sanhuri dan Bishri menderita defisit yang sama, sebuah nostalgia untuk masa lalu Islam yang murni dibayangkan. Sebuah nostalgia muncul sebagai bunga orientalis dalam eksotis, secara substantif lainnya di Lambert, dalam upaya untuk menciptakan “murni” hukum Islam dengan modernisasi di Sanhuri, dan keinginan untuk menyimpan hukum Islam dan tetap murni dari pengaruh Eropa di Bishri. Namun, Shalakani tidak begitu banyak tertarik dalam menganalisis bagaimana perbandingan hukum menjadi operasi dalam reformasi hukum di Mesir, melainkan ia meneliti konteks sejarah dan memberikan alternatif penting untuk pembacaan yang paling umum dari Sanhuri. Dengan demikian, kecenderungan negatif nada dan simpati dari Shalakany meragukan subjektivitas dalam penalaran secara keseluruhan, tapi tetap nilai pekerjaan ini berdiri di atas dirinya sendiri.

Majid Khadduri mungkin satu-satunya ulama yang menganalisis

³⁰ Thariq al-Bishri, adalah salah satu sejarawan hukum terkemuka era Mesir kontemporer. Untuk argumen lebih detail tentang isu syariah dan hukum sekuler lihat secara umum karyanya *Al-Mas'alah al-Qânûniyah Bayn al-Shar'ah al-Islâmiyyah wa al-Qânûn al-Wad'i* (Cairo: 1996).

Sanhuri dalam bingkai pemikiran bebas dan sekularisme. Khadduri mengambil kontroversi dari kekhalifahan yang diluncurkan oleh 'Ali' Abd al-Raziq sebagai titik tolak. Dia menyimpulkan bahwa alasan atas kegagalan Raziq dan keberhasilan Sanhuri dapat dikaitkan dengan fakta bahwa yang terakhir mulai menerapkan metode untuk bagian hukum di mana ia terangsang sedikit atau tidak ada oposisi dari unsur-unsur konservatif.³¹

Akhirnya, Nabil Saleh menulis di "Kode Sipil Negara-negara Arab: The Sanhuri Codes,"³² berfokus pada warisan yang ditinggalkan oleh al-Sanhuri untuk negara-negara Teluk seperti kode yang ditulis. Dalam artikel ini Saleh berpendapat bahwa berbeda dengan kasus Perdata Perancis yang terutama produk dari kehendak Napoleon, atau kebijakan sekularisme dan reformasi sistem hukum di Turki pada tahun 1920 yang diberlakukan oleh Kamal Atatürk, bukan Sipil kode Mesir diberlakukan oleh wakil rakyat terinspirasi oleh ide-ide Sanhuri itu. Sayangnya, ide Saleh dinyatakan dalam hanya beberapa halaman; salah satu tidak bisa berharap untuk mendapatkan gambaran yang lebih jelas tentang apa yang dia benar-benar harus keluar dengan. Namun, satu hal yang pasti, karena ia menegaskan bahwa meskipun legislator Arab telah mencoba untuk membuat beberapa upaya untuk merevisi kode, namun belum menerima revisi yang diperlukan hingga saat ini.³³

Sebuah studi yang berfokus pada aspek sosiologis yang mengarah ke revisi KUH Perdata Mesir ditulis oleh Guy Beachor sebagai Ph.D. tesis di Tel Aviv University pada tahun 1998 berjudul "The Egyptian Perdata: In Search of Orde Sosial, 1933-1949". Sementara alasan bahwa Perdata Mesir tahun 1949 berusaha untuk meminimalkan masyarakat Mesir terpolarisasi dan untuk menempa sebuah komunitas baru yang didasarkan

³¹ Lihat Majid Khadduri, *Political Trends in the Arab World* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1970), 239-44; bandingkan dengan, *The Islamic Conception of Islamic Justice* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1984), 208-10.

³² Nabil Saleh, "Civil Codes of the Arab Countries: The Sanhuri Codes," *Arab Law Quarterly* 8(2) (1993): 161-7.

³³ Informasi tentang kontribusi Sanhuri dalam pembaruan hukum bisa ditemukan dalam karya Edge, Ian. "Comparative Commercial Law of Egypt and the Arabian Gulf," *Cleveland State Law Review* 34 (1985-86): 129-44.

pada konsep kasih sayang, pengampunan dan keadilan, Beachor jejak dan menganalisis deskripsi awal karakter Perdata Baru jalan kembali dengan yurisprudensi juru nya, Sanhuri.³⁴ Bagian dari tesis ini diterbitkan di Jurnal Hukum dan Masyarakat Islam “Untuk menahan tangan yang lemah. Munculnya Kontrak Keadilan Hukum Perdata Mesir” Seperti disebutkan di atas, tampak kemudian, bahwa literatur yang tersedia Ulasan belum ditangani dengan metode al-Sanhuri tentang pluralisme hukum yang disintesis di *Mashâdir al-Haq*. Penelitian ini akan mencoba untuk membuat upaya untuk mempelajari dimensi yang berbeda dari literatur yang disebutkan di atas.

E. METODOLOGI

Penelitian ini merupakan penelitian pustaka, yang dibingkai sebagai kajian sejarah ide-ide. Presentasi pemikiran al-Sanhuri dan karir dipertahankan dengan memfokuskan pembahasan pada konteks dan perkembangan hukum Islam di Mesir pada pergantian abad ke-20. Berdasarkan pendekatan ini, langkah-langkah yang harus diikuti dalam penelitian ini adalah:

Pertama, mengumpulkan data atau sastra yang terdiri dari sumber primer dan data sekunder. Karya-karya Sanhuri merupakan sumber utama dari penelitian ini, dan dengan demikian pembacaan dekat nya multi-volume yang *Mashâdir al-Haq fi l-Fiqh al-Islami: Dirâsa Muqarrana bi al-Fiqh al-Gharbi* (Kairo: 1954-1959) akan dilakukan. Buku-bukunya yang lain yang diterbitkan juga akan disebut buku-buku seperti *Le pmbatasan contractuelle a la liberte individuelle de travail dans la yurisprudensi anglaise* (Paris: Universite de Lyon-Faculté de Droit, Marcel Giard, 1925); *Le Califat: anak vers une evolusi Societe des Nations Orientale* (Paris, 1926), *Syarh al-IJA r, Naz ariyyat al-'Aqd, al-Qa nu n wa al-Iqtis a d, al -Wasi t: fi Syarh al-Qa nu n al-Mada ni al-Jadi d* (Kairo, 1952-1970), 12 jilid.

Selain sumber-sumber di atas, artikel penting Sanhuri di berbagai jurnal

³⁴ Lihat secara umum Guy Beachor, “The Egyptian Civil Code: In Search of Social Order, 1933-1949” Ph.D. Dissertation (Tel Aviv University, 1998), bagian artikel ini dipublikasikan dalam *Islamic Law and Society* 8(2) (2001): 179-200.

dan otobiografinya mengenai reformasi hukum dan isu-isu sosial akan dikonsultasikan dalam rangka untuk memiliki gambaran yang lebih jelas dari pemikirannya. Perhatian juga akan diberikan kepada buku-buku lain dan artikel jurnal oleh penulis lain yang berhubungan dengan politik, sejarah, budaya, ekonomi dan ilmu sosial yang dianggap mendukung diskusi. Mengenai alat referensi seluruh presentasi disertasi ini, Kate L. Turabian *A Manual untuk Penulis* akan konsisten digunakan.³⁵

Kedua, analisis yang disajikan di sini menggambarkan dan menafsirkan karya dikaji dengan menggunakan metode deskriptif analitis. Karena masalah utama dalam penelitian ini di hukum bidang apakah pendekatan Islam atau Barat, sastra dan semantik akan digunakan. Mengingat bahwa judul buku yang diteliti itu sendiri perbandingan, itu tidak dapat dihindari bahwa pendekatan komparatif juga akan digunakan. Di sisi lain, penelitian ini juga dapat diperluas dengan sejarah pemikiran hukum ahli hukum. Selain itu, bagaimana metode teoritis al-Sanhuri beroperasi pada tingkat praktis dalam penyusunan KUHPerdata di Mesir dan Irak akan dianalisis, karena hanya dengan metode ini yang totalitas teori al-Sanhuri akan menjadi lebih berharga, dan yang paling penting pemikirannya dapat dipahami dengan lebih baik.

F. STRUKTUR PEMBAHASAN

Dalam menyajikan masalah ini, penelitian akan terdiri dari enam bagian. Bagian pertama memberikan pengantar studi, yang meliputi latar belakang dan subyek penelitian, identifikasi dan pembatasan masalah, pentingnya penelitian, tinjauan literatur yang tersedia di lapangan, metodologi serta struktur penelitian.

Bagian kedua menganalisis latar belakang Sanhuri yang terdiri dari kehidupan awal, pendidikan dari sekolah hukum Khedieval untuk belajar lebih lanjut di Lyon Universitas di Perancis. Karimnya sebagai politisi, pengacara, dan guru serta prestasi dan karya juga akan dibahas. Aspek-aspek penting

³⁵Kate L. Turabian, *A Manual for Writers of Term Papers, Theses, and Dissertation* 5th ed. (Chicago: The University of Chicago Press, 1987).

yang harus diperhitungkan karena mereka mendukung program masa depan karir Sanhuri yang akademis, sosial dan politik yang akan disebut sering selama penelitian.

Bagian ketiga berusaha memberikan gambaran tentang studi banding hukum dan sistem hukum. Dengan demikian bagian ini akan mencoba untuk melacak sejarah perkembangan perbandingan hukum, yang merupakan konsep, fungsi dan tujuan, serta metode perbandingan hukum. Selain itu, mengingat bahwa *comparativism* hukum adalah cara yang paling signifikan dari skema Sanhuri tentang reformasi, bagian ini juga akan melacak asal-usul historis dari perbandingan hukum di dunia Timur Tengah.

Bagian keempat akan menganalisis metode perbandingan *Mashâdir al-Haq*. Ini menganalisis berbagai aspek oeuvre seperti termasuk diskusi yang berkaitan dengan komposisi dan struktur yang kemudian diikuti dengan metodologi perbandingan hukum dan konsep-konsep baru diperkenalkan ke *Mashâdir al-Haq*. Bagian ini juga akan menganalisis posisi metode Sanhuri tentang *comparativism* hukum dalam merumuskan hukum dalam spektrum yang lebih luas dari perbandingan hukum modern.

Bab lima menganalisis beberapa tema khusus tentang bagaimana perbandingan teori beroperasi di enam jilid *Mashâdir al-Haq*. Topik-topik dirawat oleh Sanhuri dalam karya-karya ini sangat luas, tapi tetap meskipun mungkin tampak sewenang-wenang, pilihan tema sebelumnya dianggap mewakili masalah yang paling penting dalam seluruh pekerjaan. Tema yang dipilih mencakup topik seperti diskusi tentang hukum Islam dari kontrak dan prinsip-prinsip; hak nyata/materi dibandingkan hak-hak individu; Unsur subjektif dari niat / Niat salat dan teori penyebab; riba dan bunga; teori risiko/ ketidakpastian dan *gharar*, kinerja frustrasi kontrak atau perubahan keadaan / *nazariyyah al-hawâdith al-thâ ri'ah*).

Bagian keenam mendiskusikan warisan Sanhuri terhadap pengembangan legislasi modern di dunia Muslim pada umumnya dan di negara-negara Arab pada khususnya. Dengan demikian, peran-bermain dengan Sanhuri dalam penyusunan kode sipil baru Mesir dan rencananya reformasi hukum dalam kode ini akan dibahas. Demikian juga, keterlibatannya apakah secara langsung atau tidak langsung dalam proses penyusunan

kode untuk negara-negara Arab lainnya juga akan diperhitungkan. Pada saat ini, pentingnya pluralisme hukum Sanhuri dan kritik dari bingkai teoretisnya akan disajikan.

Bagian terakhir menarik kesimpulan secara keseluruhan yang merupakan ringkasan umum dan refleksi penelitian.

BAB II

SKETSA BIOGRAFIS 'ABD AL-RAZZÂQ AL-SANHÛRÎ

Bagian ini merupakan upaya menjelaskan sketsa bibliografis 'Abd al-Razzâq al-Sanhuri. Ketika menguraikan tahap kehidupan intelektual Sanhuri, beberapa aspek, yang meliputi lingkungan di mana dia tinggal, sosial, politik dan intelektual akan diperhitungkan. Aspek-aspek tersebut akan dibahas dan dianalisis untuk menentukan sejauh mana faktor-faktor ini telah membentuk pemikirannya dan bagaimana faktor-faktor ini telah mempengaruhi arah masa depan kehidupan dan karirnya. Dengan demikian, pembahasan akan dimulai dengan Mesir pada pergantian abad ke-20 yang diikuti dengan sejarah masa kecilnya, dan pendidikan awal sebagai seorang pemuda; kemudian akan dilanjutkan dengan mengeksplorasi tahun-tahun petualangan akademis sebagai mahasiswa hukum baik di Mesir maupun Universitas Lyon. Sedemikian rupa, karirnya sebagai guru, akademisi dan politisi akan dibahas. Terakhir, pengkajian akan mengerucut pada kegiatan Sanhuri dalam mendraf hukum perdata dari sejumlah negara, dan tidak kalah penting, adalah aktifitas menulis dan mengajar yang menjadi tumpuan perhatian sampai akhir hayatnya.¹

¹ Sumber informasi biografi ini secara substansial bertumpu pada karya-karya berikut: *Al-Mawsû'ah al-'Arabiyah al-Muyassarah* (Beirut: 1965), 1024; D.Sh. Khattab, "Abd al-Razzaq al-Sanhuri, 1895-1971" â *Majallat al-Qadâ*, 26(3) (1971); 'A.B. Jâmi',

A. MESIR PADA PERGANTIAN ABAD KE-20

Didaklukkan oleh Kekaisaran Ottoman 1517, Mesir tetap didominasi oleh Mamluk semi-otonom sampai akhirnya diserang oleh Perancis pada tahun 1798.² Dipimpin oleh Napoleon Bonaparte, ekspedisi dikenakan Ottoman Mesir konfrontasi langsung dengan peradaban Eropah yang dinamis. Namun, karena setelah pergolakan populer Perancis diusir pada tahun 1801, dan Mesir kemudian diperintah oleh Muh Ammad 'Ali (1804-1841).³ Selama pemerintahannya (1805-1849) sebagai wali negara, 'Ali memperkenalkan metode Barat modernisasi ke dalam struktur administrasi, ekonomi dan militer. Dengan demikian, meskipun ia tampak sebagai pengikut dari Kekaisaran Ottoman, ia mampu menarik Mesir lebih jauh dari kontrol Ottoman. Posisi Mesir menjadi lebih penting dengan selesainya Terusan Suez pada tahun 1869, sebagai titik fokus dari transportasi dunia, meskipun secara simultan jatuh ke dalam utang. Seharusnya untuk melindungi investasinya, Inggris menguasai pemerintahan Mesir pada tahun 1882, namun kesetiaan nominal kepada Kekaisaran Ottoman berlanjut hingga 1914. Sebagian independen dari Inggris pada tahun 1922, Mesir mengakuisisi kedaulatan penuh setelah Perang Dunia II dengan benar pemerintahan sendiri terjadi pada tahun 1953 dengan munculnya kekuasaan Jenderal Abdul Gamal Nasser.⁴

'Abd al-Razzâq al-Sanhûri: al-rajul alladhî faqadnâh" in *Majallat al-Qadhâ'* (Baghdad), 27 (1972); A.F. Mursi, 'Ustâdh al-Asâtidha' in *Al-'Id al-Mi'awi li Kulliyat al-Huquq* (Cairo, 1972); M.M. al-Qulali, 'Kalima' in *Majallat Majma' al-Lughah al-Arabiyyah* 29 (1972): 270-82; Emad Eldin Shahin. "Abd al-Razzâq al-Sanhûri (1895-1971)," dalam J. Esposito (ed.) *The Oxford Encyclopaedia of the Modern Islamic World* 1 (Oxford: Oxford University Press, 1995) 7-8; Muhammad Imârah, *Al-Duktûr 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri: Islamiyat al-Dawlah wa al-Madaniyah wa al-Qanun* (Cairo: Dar al-Rashad, 1999); Enid Hill, *Al-Sanhuri and Islamic Law*, Cairo Papers in Social Science, vol. 10, Monograph 1, (The American University in Cairo Press, Spring 1987), barangkali masih merupakan rujukan terbaik dalam bahasa Inggris untuk pengenalan biografi Sanhuri.

² Lihat Raymond Baker, "Egypt," dalam John L. Esposito, ed., *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*, vol. 1 (New York, Oxford: Oxford University Press, 1995), 429-430. Selanjutnya dikutip sebagai Raymond Baker, "Egypt."

³ Untuk paparan singkat tapi informatif tentang peranan Muhammad 'Ali dalam sejarah Mesir, lihat Raymond Baker, "Egypt," 430.

⁴ Ali E. Hillal Dessouki, "Egypt," dalam Reeva S. Simon et al., *Encyclopedia of*

Sistem hukum di Mesir didasarkan pada syariah dan hukum perdata yang berasal dari Perdata Perancis dan influences Eropa. Hukum status persoanal adalah wilayah utama di mana syari'ah saat ini diterapkan, dengan hukum pidana dan perdata yang terutama berasal dari warisan Perancis. Shari 'ah Namun, tetap menjadi sumber bimbingan kepada Pengadilan sekuler tidak adanya ketentuan hukum tertentu. Bahkan, selama tahun 1970 dan 1980-an aktivis politik Islam berjuang dengan beberapa keberhasilan untuk memajukan dampak shari 'ah dalam ajudikasi, membalikkan misalnya hukum liberal status pribadi memperluas hak-hak perempuan dan mencapai bagian dari pembuatan amandemen konstitusi shari 'ah pada prinsipnya, satu-satunya sumber hukum.⁵ Tekanan dari aktivis politik Islam pada Pemerintah untuk mengadopsi shari 'ah benar-benar ditolak atas dasar bahwa 95 persen dari hukum Mesir sudah konsisten dengan atau berasal dari hukum Islam. Pada tahun 1985 Majelis Rakyat menolak tuntutan untuk adopsi segera shari 'ah tetapi didukung rekomendasi untuk meninjau semua undang-undang dan mengubah orang-orang yang bertentangan dengan hukum Islam.⁶

1. Otoritas hukum di Negara Mesir

Pada abad pertengahan ke-19, modernisasi penguasa Mesir, Muhammad 'Ali Pasha, mulai proses menyerang legitimasi ulama peran dalam urusan hukum di Mesir. Dalam keberangkatan dari tradisi, ia menolak untuk mencari dewan ahli hukum dalam urusan negara, berhenti menyalurkan pajak agama mereka, dan membungkam partisipasi mereka dalam proses politik. Meskipun demikian, waspada terhadap sentimen massa, Muhammad 'Ali terus membayar layanan bibir dominasi Shariah atas proses hukum Mesir, alternatif mengancam ulama untuk mengeluarkan fatwa yang

the Modern Middle East, vol. I (New York: The Middle East Institute of Columbia University, 1996), 609-612.

⁵ Lihat Ann Elizabeth Mayer, "Modern Legal Reform," dalam *the Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*, Vol. 2, (New York and Oxford: Oxford University Press), 471.

⁶ Proses yang berkelanjutan bertahun-tahun, mengharuskan untuk mereview sekitar 6000 perundangan dan 10,000 legal acts peripheral.

mendukung gerakan reformasinya. Ini kooptasi telah bencana bagi reputasi ulama ‘dan institusi mereka di Mesir.

Dengan setengah kemudian abad ke-19, perluasan pemerintah ke dalam fungsi-fungsi non-agama telah lebih dari whelmed masyarakat dan akhirnya membuka jalan bagi reformasi hukum widespred. Mesir akan muncul sebagai sebuah negara-bangsa berdasarkan lembaga politik Barat dan teori merombak sistem hukum seluruh nya.

Di bawah kepresidenan ‘Abd al-Nasir (1952-1970),⁷ nasionalisme menggantikan agama sebagai ideologi yang mengikat negara. Liberal-nasionalis juga menantang peran ulama ‘di negara bagian, tetapi bahkan lebih eksplisit kemudian Ali telah dilakukan. Gerakan Islam, seperti Ikhwanul Muslimin, secara brutal ditindas di bawah pemerintahan Nasir.⁸ Sementara lembaga seperti al-Azhar dikenakan reformasi pemerintah, dengan studi sekuler ditambahkan ke kurikulum, para ulama ‘berhasil staved upaya tersebut di sekolah-sekolah lokal mereka, madrasah, sehingga menciptakan otoritas keagamaan paralel bersama aparaturnya, dan mendapatkan kredibilitas di kalangan masyarakat.

2. Sadat dan Kebangkitan Politik Islam

Perjuangan Presiden Anwar Sadat (1970-1981) untuk memisahkan kebijakannya dari komunis/ nasionalis pendahulunya termasuk kooptasi skala besar Islam dalam politik dan eksploitasi sentimen keagamaan populer. Memproklamirkan diri sebagai ‘Presiden Beriman’ Sadat sering digambarkan oleh nya ‘Zabib’ kalus di dahinya sebagai tanda konstan berdoa. Sadat meningkatkan kehadiran Islam di ruang publik, menambahkan program Islam dengan sistem pendidikan dari sekolah dasar sampai perguruan tinggi, dan meningkatkan program keagamaan di media. Pemerintah membuka ribuan masjid baru di seluruh negeri, menempekan hubungan dengan ulama Islam di setiap tingkat pemerintahan.

⁷ Lebih lanjut lihat, Raymond Baker, “Egypt,” 433-5

⁸ Untuk diskusi lebih lanjut tentang hal ini lihat, antara lain, Gilles Kepel, *Muslim Extremism in Egypt: The Prophet and the Pharaoh* (Berkeley, 1986) merupakan pengenalan militan radikal Mesir sekalipun bahasannya cenderung satu pihak saja.

Di bawah kepemimpinan presiden Sadat, Al-Azhar terpilih sebagai ‘benteng Islam resmi’⁹ dan dana pemerintah yang disalurkan ke program ekspansi universitas. Syekh al-Azhar segera menjadi ‘stempel persetujuan’ Islam selama beberapa kebijakan dan program yang lebih kontroversial Sadat, termasuk perjanjian damai Mesir-Israel, reformasi hukum keluarga dan akhirnya, penindasan gerakan fundamentalis Islam bahwa ia telah mendorong sebelumnya. Kapitulasi Sadat yang paling signifikan terhadap campur tangan Islam adalah pengenalan tentang Sahri’a sebagai “sumber utama perundang-undangan dalam konstitusi Mesir 1972. Pada tahun 1980, dalam rangka untuk lebih menenangkan suara tumbuh ulama, Sadat memperkenalkan amendement ke konstitusi mengangkat peran syariat sebagai” sumber utama untuk undang-undang.

Dukungan keuangan dan politik Sadat dari kebangkitan kembali agama segera menjadi bumerang. Sekularisme mulai kehilangan modal politik di tahun 1970-an, dan kebangkitan Islam menganjurkan dari pemulihan syariat sebagai hukum negara. Beberapa kredit kebangkitan Islam tersebar luas di Timur Tengah dengan penegasan kembali secara bertahap identitas nasional pada penghapusan pengaruh kekaisaran, dan sejauh mana otoriter, reformasi ‘top down’ yang dilaksanakan oleh elit sekuler, tanpa manfaat ekonomi dan sosial bagi massa.

Apapun penyebabnya, respon Sadat kekuatan mendapatkan gerakan Islam adalah untuk mulai menekan mereka, sementara pada saat yang sama mempertahankan veneer kesalehan, dengan memiliki al-Azhar stempel reformasi dan kebijakan pemerintah yang tidak populer. Namun, apa yang dilakukan tidak dapat dibatalkan. Pada tanggal 6 Oktober 1981, Anwar Sadat dibunuh oleh anggota dari kelompok sempalan Ikhwanul Muslimin, organisasi yang ia didukung pada awal kepresidenannya.

Dari warisan Sadat, salah satu yang telah paling mendalam berdampak pada sistem hukum di Mesir adalah 1980 amandemen konstitusi penamaan syariah sebagai sumber utama undang-undang.¹⁰ Upaya berikutnya oleh

⁹ John L. Esposito, *Islam and Politics* (Syracuse, New York: Syracuse University Press, 1991), 236.

¹⁰ Lihat secara umum dalam W.M. Ballantyne, *Commercial Law in the Arab*

Mahkamah Agung Konstitusi Mesir untuk membatasi jalan lain untuk hukum syariah melalui interpretasi sempit Pasal 2 merupakan peradilan dan upaya eksekutif untuk mengadakan pasukan Islam di teluk. Hal ini juga menembus argumentasi Tantawi dalam fatwa al-Azhar. Ini adalah masalah yang lebih luas ini, peran Sari'ah dalam undang-undang negara yang menjadi tujuan utama, di atas dan di luar keterangan dari riba dan keuangan. Hal ini untuk alasan ini bahwa fatwa Tantawi menyebabkan agitasi besar dalam komunitas hukum Islam, memperburuk masalah Islam dan otoritas hukum.

Reformasi masa depan tampaknya akan difokuskan pada reformasi konstitusi, khususnya yang berkaitan dengan hukum swasta dan investasi yang tampaknya berjalan lambat. Aktivistik Islam terus melobi untuk pemerintah untuk mengadopsi syariah sepenuhnya, tetapi reformasi hukum di daerah ini tampaknya menjadi lebih liberal dengan pengenalan pada tahun 2000 dari amandemen UU Status Pribadi memberi lebih banyak hak bagi perempuan.

B. KEHIDUPAN DAN LATARBELAKANG PENDIDIKAN

Tampaknya tidak perlu dipertegas lagi bahwa dalam menulis biografi apapun, apalagi dari jenis intelektual, konteks sosok yang sedang dibahas harus ditempatkan dalam perspektif untuk memiliki pemahaman yang lebih baik. Sejauh yang saya tahu dari biografi Sanhuri yang tersedia dalam bahasa Inggris, tidak ada yang dilakukan ke arah yang menunjukkan latar belakang tradisional di pemikiran modern, dan pergeseran dari satu posisi ke posisi lain terjadi ada di. Lahir di Alexandria, Mesir pada tahun 1895, 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri dibesarkan dan dididik dalam lingkungan politik dan sosial yang kompleks pada pergantian abad kedua puluh Mesir.¹¹

Middle East (London: Lloyd of London Press, 1986), 31; idem "The Constitutions of the Gulf States a Comparative Study," *Arab Law Quarterly* 1(2) (1986): 158-176; cf Masykuri Abdullah, "Eksistensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Mesir Dewasa ini," *Mimbar Agama & Budaya* XVII(i) (2001): 1-23.

¹¹ Faruq 'Abd al-Barr, "'Abd al-Razzaq al-Sanhuri, Qadiyan li al-Huquq wa al-Hurriyyah," *Majallat al-Qanun wa al-Iqtisad* 30 (special edition, n.d.): 466-467.

Dia mulai pendidikannya di Kuttab atau SD Al-Qur'an yang lebih rendah, tetapi ayahnya meninggal sebelum menyelesaikan studinya bahwa ia harus dipindahkan ke Ratib Basha sekolah dasar, sebuah lembaga yang tunduk kepada Jam'iyah Islamiyah Khairiyah. Dia kemudian melanjutkan ke al-'Abbasiyah SD dan lulus pada tahun 1913.

Selama sekolah menengah 1908-1913 ia mulai tertarik dengan sastra dan linguistik. Dia membaca sebuah karya yang sangat terkenal sebagai orang-orang al-Ashfaha ni's al-Aghani, al-Qali's al-Amali dan Ibn Abd Rabbih al-'Aqd al-Farid untuk menyebutkan beberapa.¹²

Selain itu, di bagian paling proses penyelidikannya untuk pengetahuan dan memelihara pandangan dunia, dia juga berkonsultasi berbagai perpustakaan dari bidang yang berbeda dari spesialisasi bahwa ia mulai tertarik dengan sejarah dan fakta bahwa puisi adalah budaya yang didirikan di antara masyarakat Arab, Sanhuri menempatkan sejumlah besar puisi dalam ingatannya. Dia memiliki mengagumi al-Mutanabbi 303-354 (915-965) sampai-sampai ia menjadi berprasangka dia.¹³

Seperti itu untuk lulusan SMA yang terbaik dan ambisius, pilihan pertama mereka untuk melanjutkan studi mereka ke sekolah hukum, dan dalam hal Sanhuri tidak terkecuali.¹⁴ Pada tahun yang sama (1913) ia terus sekolah Khedevial hukum (Madrasah al-H uqu q al-Khidwiyyah)¹⁵ di Kairo dan memperoleh lisensinya pada tahun 1917. Karena kelezatan kondisi sosial, ia bekerja untuk kementerian keuangan sebagai agar

¹² Begitu besarnya bakat Sanhuri dalam literatur Arab sehingga seorang sastrawan terkemuka Abbas Hasan (1900-1978) berkomentar bahwa: "Sanhuri lebih cocok dan lebih berbakat dalam sastra Arab ketimbang dalam hukum" Namun, tampaknya Sanhuri sudah ditakdirkan untuk menjadi ahli di kedua bidang spesialisasi tersebut. Lihat Muhammad Imarah, *Al-Duktur 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri*, 254.

¹³ Muhammad Imarah, *Al-Duktur 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri*, 254.

¹⁴ Tentang sejarah dan perkembangan sekolah preparatory dalam konteks pendidikan pengacara Mesir awal abad kedua puluh, lihat Donald M. Reid, *Lawyers and the Politics in the Arab World, 1880-1960* (Chicago: Bibliotheca Islamica, 1981) terutama Bagian Pertama.

¹⁵ Universitas Kairo saat ini berasal dari Sekolah Bahasa Muh Ammad Ali, dan setelah menjalani beberapa reorganisasi, pada tahun 1925, menjadi Fakultas Hukum Universitas Mesir.

mampu membayar kebutuhan studi sampai ia menyelesaikan studinya pada tahun 1917.

Selama studi di sekolah hukum (1913-1917) dia sibuk dengan sastra, pindah secara konsisten dan merenungkan rasa nasionalisme Islam dan patriotisme. Paparan kepada pemikiran tokoh-tokoh seperti besar seperti Musthafa Kamil Basha (1874-1908 / 1291-1326), Sa'd Zaghlul dan Jamal al-Din al-Afghani¹⁶ memunculkan usul kecenderungan ke arah nasionalisme dan pan Islamisme yang sangat mempengaruhi pemikirannya dalam tahap pembentukan. Begitu besar dampak dari angka-angka ini yang Sanhuri memberitahu kita bahwa generasi yang ia menjadi magang nasionalisme adalah Musthafa Kamil, sebelum menjadi mahasiswa Sa'ad Zaghlul. Selain itu, saya berhutang budi kepada tokoh-tokoh lain dalam kesadaran Islam saya, saya ingat mereka al-Kawakibi, Jawish dan Farid Wajdi, sedangkan untuk 'Abduh dan Jamal al-Din, meskipun saya tidak hadir selama hidup mereka, mereka hanya tersisa beberapa buku yang tidak mungkin bagi saya dipengaruhi oleh pemikiran mereka, namun, mereka berdua meninggalkan kesan yang signifikan pada diri saya sendiri karena mereka mengklaim intelektual Islam sebagai pembaharu kontemporer yang besar.¹⁷ Suatu ketika, pada usia 15, Sanhuri kepada rekannya, aku merenungkan dalam hidup untuk menentukan yang menjadi kepribadian antara Musthafa Kamil dan Sa'ad Zaghlul, ia menegaskan bahwa perbedaan antara keduanya adalah bahwa mantan berangkat dari titik berdiri sebagai nasionalis dan dengan demikian kebesarannya datang dari nasionalisme-nya, sedangkan yang terakhir ditakdirkan untuk menjadi tokoh besar dari yang nasionalisme-nya muncul.

Untuk sementara waktu, selama belajar di sekolah hukum ia menulis

¹⁶ Berdasarkan bukti Jamal al-Din al-Afghani (1838/ 39-1897) yang lahir dan dibesarkan di sebuah keluarga Syi'ah adalah salah satu tokoh paling berpengaruh sejak dunia Muslim akhir abad ke-19. Popularitasnya dan dampaknya di negara-negara Muslim karena terutama bayangannya pada konsep nasionalisme, Pan-Islamisme, ia menjadi karismatik baik orator dan guru, serta kunjungan di seluruh dunia untuk sebagian besar negara-negara Muslim. lihat John L. Esposito et. Al. (eds.) *The Oxford Encyclopaedia of the Modern Islamic World* (Oxford University Press: 2001), vol. I, 23-26.

¹⁷ Lihat Sanhuri, *Al-Awraq al-Shakhsyiyah*, Lyon, March 15, 1923; December 5, 1923.

puisi lembut dan mendalam kualitas yang menggambarkan keprihatinannya pada kondisi sosial Mesir pada umumnya, dan terhadap pembesaran Islam selama perang dunia pertama melawan imperialisme pada tahun 1916, ketika pasukan kolonial maju ke arah wilayah Kekaisaran Ottoman dan menghancurkannya. Kekuasaan kolonial datang ke perjanjian rahasia untuk membagi Kekaisaran dan warisan, dan mengusir para pemimpin nasionalis Islam.¹⁸

Selain itu, sangat sugestif bahwa membaca dekatnya pers Mesir dipengaruhi kesadaran politik dan sosial Sanhuri itu. Dia tertarik dengan prinsip martabat dan pentingnya melestarikan martabat setiap manusia terlepas dari kelas sosial, keberuntungan atau jenis kelamin. Pada masalah ini Sanhuri komentar: “Namun, dalam mengambil bagian kebangkitan nasional itu tidak hanya terbatas pada membebaskan dari kekuasaan penjajah, tetapi juga harus menembus kebebasan manusia dan bahkan pembebasan perempuan Mesir.”¹⁹ Mungkin keprihatinan tentang masalah ini berasal dari sebuah gambar mapan perempuan dan bagaimana mereka diperlakukan dalam masyarakat Mesir. Namun, mengingat tekanan dan pembatasan hak-hak mereka, beberapa wanita Mesir berpartisipasi dalam serangkaian demonstrasi damai menentang penderitaan.²⁰

Dengan cara yang sama, langsung dari awal, Sanhuri terutama sadar ketidakadilan sosial. Dia sangat terkesan oleh kesenjangan mencolok antara kaya dan miskin, refleksi dari keadaan sosial yang mencirikan masyarakat Mesir pada 1940-an dan 1950-an. Mengamati tragedi sosial yang diderita oleh kondisi hidup yang buruk dari orang, dan tentang masalah ini ia mengatakan: “Pekan lalu, datang ke hadapan-Ku, sesuatu yang saya tidak bisa lupa sampai sekarang, hampir tidak dapat menggambarkan

¹⁸ Sanhuri, *Al-Awraq al-Shakhsyiyah*, December 5, 1923.

¹⁹ Muhammad Imarah, *al-Duktur*, 26.

²⁰ Membaca dari surat kabar, Sanhuri menyatakan : “Saya telah membaca cukup banyak dari demonstrasi ini dan saya memberitahukan untuk diriku sendiri beberapa detailnya, tapi apa yang paling mengesankan saya adalah demonstrasi damai yang dilakukan oleh wanita Mesir , dan saya menyadari bahwa perempuan Mesir hari ini merupakan bagian dari masyarakat Mesir yang merasakan penderitaan dan ratapan olehnya.” Lihat Muhammad Imarah, *al-Duktur*, 26-27.

malam, yang saya lihat di sudut gelap dari anak-anak jalanan yang tinggal di lokasi bumi, masing-masing bersandar pada lengan perguruan tinggi yang lain, mereka tidur seolah-olah mereka saling berpelukan. Ini naas tidak mampu memiliki kasur yang nyaman, bahwa jalan memberikan mereka, mereka tidak mampu membelinya kecuali gelisah untuk berbaring di atasnya, sehingga mereka tidur di jalan, orang-orang yang lewat datang dan sebagainya hampir tidak menyadari keberadaan mereka, dan orang-orang adalah yang kaya dengan kelalaian mereka tidur untuk kepuasan mereka sendiri, dan bahwa mereka tidak menyadari bahwa ada di bumi sengsara.²¹

Setelah menyelesaikan gelar dia diberi posisi asisten jaksa dan dalam tiga tahun ke depan ia mendapat kehormatan untuk menjadi dosen di sekolah hakim syari'at. Selama studi di sekolah hukum Khedevial, ia berkenalan dengan Eduard Lambert, Dekan Perancis sekolah, tetapi kemudian ia menyerah deanship nya karena konflik dengan pemerintah Inggris. Namun, tidak jelas mana segmen otoritas yang memberikan tekanan yang mengarah ke pemecatannya.²² Pada 1920 Sanhuri mengambil beberapa posting dari asisten dekan untuk pembantu rektor, dan kemudian bergeser ke mengajar sipil hukum /qanun di sekolah keadilan Islam di mana ia adalah salah satu pendiri yang paling penting dari pendidikan tinggi Mesir sejak berdirinya pada tahun yang memiliki besar pengaruh untuk reformasi kontemporer pemikiran Islam.²³

Di Manshura, selama jabatannya di Kantor Kejaksaan (*parquet*), besar nasionalis Mesir wabah terjadi pada tahun 1919 untuk membebaskan bangsa dan mendorong pasukan pendudukan dari bank Nil, tapi ini tidak mencegah Sanhuri dari prosesi di proses revolusi nasional dan yang menyerukan mencolok dalam kondisi yang tugasnya adalah realisasi pejabat senior diprotes, dan meminta mereka untuk bertapa. Hal ini tidak aneh untuk Sanhuri, sebelum 1919 ketika ia bekerja di kantor kejaksaan ia menulis

²¹ Muhammad Imarah, *al-Duktur*, 28.

²² Cf. Amr Shalakany, "Sanhuri: The Historical Origin of Comparative Law in the Arab World," dalam Annelis Relis (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (Oxford & Portland/ Oregon, Hart Publishing, 2001), 169.

²³ Lihat Muhammad Imarah, *Al-Duktur Abd al-Razzaq al-Sanhuri: Islamiyat al-Dawlah wa al-Madaniyyah wa al-Qanun* (Cairo: Dar al-Rashad, 1999), 27.

dalam biografinya tentang kewajiban pemuda dalam menghadapi masyarakat dan gerakan mereka.

Mengomentari masalah ini Sanhuri menegaskan bahwa setiap pemuda harus memahami untuk melaksanakan bagian dari tanggung jawab/akuntabilitas untuk itu ketika jatuh, dan itu tidak cukup hanya dengan ketidaksenangan atau penyesalan. Berdasarkan kesadaran ini, adalah tugas untuk berdiri masih bertindak adil untuk ikut serta dalam jalan menuju kemajuan. Sanhuri kemudian mengambil bagian dalam revolusi yang dipimpin oleh Saad Zaglul bahwa ia terpaksa meninggalkan kota Manshura ke Ashut, di Upper Mesir.²⁴

Dengan pergolakan politik saat itu di Mesir pada tahun 1920, Sanhuri berangkat ke Perancis untuk melanjutkan studi lebih lanjut di tingkat pascasarjana. Pada saat ini, Mesir sedang dalam proses mencari untuk memperbaiki sistem peradilan di sana, yang antara lain mengakibatkan bergabung kerjasama antara Universitas Lyon dan otoritas Mesir, dan keberangkatan Sanhuri menguat momentum. Sejak tahap pembentukan kehidupan intelektualnya, jelas bahwa Sanhuri yang bersangkutan dan menulis untuk gerakan reformasi dan kebangkitan dari Timur dan negaranya dan untuk agama dan peradaban. Sekembalinya ke Mesir, ia berharap untuk mendedikasikan hidupnya untuk arah masa depan negara ini, dan berusaha untuk mendirikan sekolah khusus tujuan yang, antara lain, metode baru belajar ilmu hukum Islam, mempromosikan persatuan Islam, kerjasama gerakan properti komersial Mesir, gerakan reformasi pembelajaran, penyempurnaan dari bahasa Arab, bekerja menuju supremasi masyarakat sebagai terhadap individu, pembentukan Oriental Liga Bangsa-Bangsa, berharap bahwa Mesir menjadi seperti Italia dari Barat di usia renaissance, dan organisasi buruh dan petani menjadi asosiasi yang demokratis.²⁵

Sementara belajar di Universitas Lyon, Sanhuri datang di bawah pengawasan Eduard Lambert yang telah direktur Khedivial School of Law di Mesir sampai 1907, dan yang keahliannya di bidang hukum perbandingan,

²⁴ Muhammad Imarah, *al-Duktur*, 30.

²⁵ Lihat *Al-Awraq al-Shakhsyiyah*, Lyon, especially January 21, 23, 1922; February 25, 1922; May 8, 1922; August 1, 1923; September 10, 1923 and October 9, 1923.

untuk yang lebih rendah atau lebih besar sejauh berbentuk pemikiran Sanhuri itu. Sanhuri menghasilkan dua tesis, *Le pmbatasan contractuelle a la liberte individuelle de travail dans la yurisprudensi anglais* dan *Le califat*²⁶ yang ia dianugerahi gelar doktor ganda dalam hukum dan ilmu politik dari University of Lyon. Selain itu, ia juga memperoleh ijazah dari Institut des Hautes Etudes Internationales di Paris.

C. KARYA DAN KEILMUAN

Sanhuri menghasilkan beberapa kesepakatan dan puluhan artikel yang ditulis di seluruh rentang nya seumur hidup meliputi berbagai masalah seperti sosial, Islamisme, nasionalisme Arab, hukum untuk reformasi hukum. Namun ancaman umum sebagian besar karya-karyanya, seperti yang akan kita lihat mendasari keprihatinannya tentang masalah yang terkait hukum. Karena jumlah yang beragam dan banyak yang karya, dalam apa yang diperoleh akan terbatas membahas mereka, yang dianggap relevan untuk tujuan bagian ini, dengan mencoba memberikan gambaran umum dan signifikan dari pekerjaan masing-masing.

Tulisan-tulisan produktif Sanhuri terbentuk pada tahun 1920 saat mengejar studi doctoralnya di Universitas Lyon dalam dua bidang yang berbeda hukum dan ilmu politik masing-masing, dari yang muncul disertai pertama berjudul *Le pmbatasan contractuelle a la liberte individuelle de travail dans la yurisprudensi anglaise* diterbitkan pada tahun 1925;²⁷ dan yang kedua tentang pembentukan kekhalifahan modern berjudul *Le Califat: son evolution vers une Societe des Nations Orintale* published in 1926.²⁸ Selain ini ia menghasilkan beberapa perjanjian dari nonpareil dan pengobatan teliti aspek yang berbeda dari hukum-Nya *Syarh al-Ijar, Nazariyyat al-'Aqd, al-Qanun wa al-Iqtisad, al-Wasit: fi Sharh al-Qanun*

²⁶ Untuk diskusi tentang pentingnya kedua karya ini tentang pembentukan pemikiran Sanhuri lihat.

²⁷ Selanjutnya dikutip *Le restrictions contractuelle*. (Paris: Universite de Lyon-faculte de Droit, Marcel Giard, 1925). (*al-Quyud al-Ta'auqudiyyah al-Waridah 'ala Hurriyat al-'Amal fi al-Qada al-Injilizi*).

²⁸ Librairie Orientalist Paul Geuthner, 1926, hereafter *Le califat*.

al-Madani, Masadir al-Haqq fi al-Fiqh al-Islami, and others,²⁹ upon which many Arab states base their present legal systems.

Isu-isu utama yang dikedepankan oleh Sanhuri dalam dua disertasi ini berpusat pada individualisme vis a vis sosialisme dan modernitas vis a vis tradisi. Namun, dua karya-karya ini merupakan tahap pembentukan pemikirannya masing-masing ditandai dengan menjadi penelitian dengan baik dan tapi tetap ditampilkan oleh wawasan yang cukup besar pada perspektif institusi Islam dan kepedulian hukum Islam.³⁰

Sebagai prekursor dari tahap formatif pemikiran hukum Sanhuri itu,

²⁹ Detail karya Sanhuri yang lain dapat digambarkan dalam daftar berikut: *Al-Din wa al-Dawlah fi al-Islam/ Religion and State in Islam*, published in *Majallat al-Mahamat al-Shar'iyyah* 1(1) (Cairo 1929). Berisi penjelasan Sanhuri pada persatuan Islam dan perbedaan antara agama dan negara; *Tatawwur La'ihah Tartib al-Mahakim al-Shar'iyyah* in *Majallat al-Mahamat al-Shar'iyyah* 1(2) (1929); *Al-Islam wa al-Sharq/ Islam and the East*, in *Sahifah al-Siyasah al-Ushbu'iyyah* (October 1932), adalah sebuah eksposisi dalam menanggapi pemuda mengenai isu Islam dalam kaitannya dengan liga Timur. *'Aqd al-Ijar/ Contract of Lease*, treatise written for students of law faculty 1929; *Al-Imtiazat al-Ajnabiyyah* appeared in *Majallat al-Qanun wa al-Iqtisad* (Cairo 1930); *Al-Shari'ah al-Islamiyyah/ Islamic Law*, an article prepared for the International Conference of Comparative law, in the Hague 1932; *Taqrir 'an al-Mu'tamar al-Duwali li al-Qanun al-Maqarin*, originally in French, and the Arabic version appeared in *Majallat al-Qada' al-'Iraqiyyah* (1932/3?); *Al-Mas'uliyah al-Taqsiriyyah*, in collaboration with Hilmi Bahjat Badwi in *Majallat al-Qanun wa al-Iqtisad* (Cairo 1932); *Al-Sharq wa al-Islam, -Wujub al-Tanqih al-Qanun al-Madani wa 'ala Ay Asas Yakun Hadha al-Tanqih*. Sanhuri wrote this in conjunction with the 50 years of *al-Mahakim al-Ahliyyah* in 1932, then published in *Majallat Al-Qanun wa al-Iqtisad* VI(1) (Cairo 1933). In the realm of comparative studies among others are *Min Majallat al-Ahkam al-Adliyyah ila al-Qanun al-Madani al-'Iraqi* (Baghdad, 1936). The study being conducted in this work is on the application of *Majallah* in Iraq since the time of Ottoman Empire to the then, through synthesis, what became the civil code of Iraq; *Murshid al-Hairan fi al-Mu'amalat al-Shar'iyyah 'ala Madhhab al-Imam al-A'zam Abi Hanifah al-Nu'man, Mula'iman li'urf al-Diyar al-Misriyyah wa al-Umam al-Islamiyyah*, written by Muhammad Qadri Basha 1237-1306/ 1821-1888; *Al-Qanun al-Madani al-Misri/ civil code of Egypt*; *Nabiy al-Muslimin wa al-'Arab* in *Majallat al-Hidayah al-'Iraqiyyah* (Baghdad, 1936); *Muqaranah al-Majallah bi al-Qanun al-Madani al-'Iraqi* (Baghdad, 1936); *'Ilm Usul al-Qanun/ Studies for Law students* (Baghdad, 1936); *'Aqd al-Bay'/ Concerning legislating Iraqi civil code* (Baghdad, 1936).

³⁰ Cf. Hill, "Islamic Law as a Source," in Aziz al-Azmeh (ed.) *Islamic Law: Social and Historical Contexts* (London: Routledge, 1988), 149.

secara keseluruhan, Le pembatasan *contractuelle* dibingkai dalam hal individualisme vis a vis sosialisme dikotomi. Mengambil doktrin Inggris pengekanan perdagangan dari tema diskusi, Sanhuri menggali istilah “standar” sebagai sarana untuk memajukan “sosial” dalam hukum Barat modern. Selain itu, disertasi memperkenalkan proposisi ideologis untuk peran re-distributif hukum dalam mewujudkan keadilan sosial. Dengan mengartikulasikan pendekatan sosiologis, ia berusaha untuk memajukan elemen timbal balik antara keadilan individu dan sosial.

Pada tingkat metodologis, disertasi tampaknya mencerminkan kritik penulis dari yang berlaku *l’ecole de l’exegese*, pikiran hukum formalis klasik Perancis. Hal ini, pada gilirannya, menunjukkan bahwa dengan menempatkan dirinya pada satu ekstrim dari dua kelompok bertentangan dari ahli hukum mapan *l’ecole de l’exegese* versus ahli hukum progresif *juristes inquiets*, disertasi menyiratkan aliansi intelektual Sanhuri atau setidaknya mendukung untuk yang terakhir.

Setelah selesai Le pembatasan *contractuelle*, Sanhuri mempresentasikan disertasinya lain, *Le califat*, pada tahun 1926. Membaca melalui pekerjaan ini, jelas bahwa pekerjaan ini merupakan latihan intelektual mendasari wacana ganda-aspek modernitas vis a vis tradisi, tujuan utama doktrinal yang menyangkut dengan modernisasi bentuk mapan kekhalifahan Islam di masa lalu. Dalam menguraikan teorinya, Sanhuri berpendapat bahwa tidak bisa dipercaya mengapa lembaga kekhalifahan tidak bisa melanjutkan dan mengembangkan terhadap sebuah organisasi internasional dari Timur mirip dengan Liga Bangsa-Bangsa, dalam arti bahwa khalifah akan menjadi kepala dan tokoh sentral dari *congration* dari negara-negara Islam, memimpin sebuah badan yang tetap tertinggi di urusan agama, sedangkan di ranah sipil dan pelaksanaan eksekutif dan legislatif yurisdiksi akan menjadi hak prerogatif kepala negara dan pemerintahan.

Patut dicatat bahwa ada ketersambungan benang metodologis dalam dua disertasi dalam kecenderungan penafsiran anti formalis pada sifat hukum dan pertimbangan hukum. Salah satu aspek yang paling penting yang Sanhuri menunjukkan di *Le califat* adalah nya konsep perbedaan baru diciptakan antara ‘sakral’ dan aspek ‘sementara’ Islam, ide yang asing atau bahkan tidak dapat diterima lingkaran konservatif Muslim. Pada

level psikologis penulis, faktor yang mendasari yang memotivasi studi Le califat tampaknya sebagai latar belakang mencari identitas di era pasca kolonial, yang sibuk pikiran tidak hanya Sanhuri tetapi juga intelektual lain dan masyarakat pada umumnya.³¹

Other work noteworthy of mentioning is *al-Wasit: fi Sharh al-Qanun al-Madani*,³² komentar untuk kode sipil Mesir tahun 1949 mungkin adalah risalah hukum perdata yang paling penting yang pernah diproduksi dalam sejarah Timur Tengah sampai saat ini, yang pengacara Arab yang paling dihormati akan sering mengacu dan menjadi koleksi di perpustakaan mereka. Al-Wasit merupakan risalah yang komprehensif dari hukum sipil Mesir memberikan jawaban atas pertanyaan-pertanyaan dari sistematisasi dan alasan dari cara di mana itu telah terstruktur. Selain itu, sebagai orang yang bertanggung jawab untuk menyusun Sanhuri yang menjelaskan dalam pekerjaan ini bagaimana kode telah Egyptianized dan bagaimana harus ditafsirkan.

Akhirnya, *Mashâdir al-Haq fi al-Fiqh al-Islâmî: dirâsah muqâranah bi al-fiqh al-gharbiy* ditulis oleh 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri (1895-1971) adalah sebuah karya yang mencoba untuk membuat upaya untuk merumuskan muamalat (transaksi sosial) aspek hukum Islam, yang merupakan karya dari 'tahap ilmiah.³³ Arti penting dari karya ini terletak pada untuk mengekstrak teori umum tindakan hukum dari unsur-unsur tersebar dalam perjanjian klasik besar, untuk menjadi sintesis jalan baru dalam modernisasi hukum. *Mashâdir al-Haq*, yang merupakan fokus utama dari penelitian ini, akan dibahas secara eksklusif dalam bab berikutnya.

³¹ Yang paling menonjol dari polemik ini adalah salah satu dengan 'Ali' Abd al-Raziq yang menganjurkan ide pemisahan agama dan negara. Sehubungan dengan diskusi tentang perdebatan dengan Sanhuri melihat James Jankowski, "The Eastern Idea of the Eastern Union in Interwar Egypt," *The International Journal of African Historical Studies* 14(4) (1981): 648-51; Madjid Khadduri, *Political Trends in the Arab World* (Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1970), 244.

³² Penafsiran Kode Sipil terdiri dari 15000 halaman dalam 10 volume ditulis antara tahun 1950-an sampai tahun 1970.

³³ *Mashâdir al-Haq fi al-Fiqh al-Islâmî: dirâsah muqâranah bi al-fiqh al-gharbiy* 6 vols. (Cairo, Jami'ah al-Duwal al-'Arabiyyah, 1954-9). Karya ini berisi bahan kuliah yang diberikan oleh al-Sanhuri di Departemen Ilmu Hukum di Arab Studies Institute, Kairo. Selanjutnya disebut *Mashâdir al-Haq*.

D. KARIR

1. Pendidik

Sekembalinya ke Kairo pada tahun 1926 Sanhuri mulai mengajar hukum tata negara tetapi kemudian ditugaskan untuk mengajar Hukum Perdata, subjek di mana ia menjadi khusus. Hal itu juga berutang kepada keahliannya desain kursus ini. Sanhuri dalam pengajaran dan interaksi dengan murid-muridnya diragukan lagi menjelaskan dirinya dengan kejelasan dan berbagai metode yang muridnya mencintainya dan petanda dia dengan “dia menyajikan dengan tujuh bacaan” sebagai analogi untuk kemampuan dan presisinya.³⁴

Apa membuat Sanhuri tertarik dengan murid-muridnya, tampaknya, tidak hanya terbatas pada hubungan menarik akademik tetapi juga perspektif nya pernah berakhir dan strategi masa depan sebagai modus dan etiket dalam bermasalah dan mencari jati diri. Dia mengatakan: “Saran saya kepada murid-murid saya, mereka harus berdiri dengan kedewasaan, dan yang saya maksudkan dengan ini adalah bahwa keberanian mereka harus berasal dari diri mereka sendiri, dan bukan dari penampilan luar, dan saya menyarankan mereka untuk tidak menyerah ketika menghadapi ketidakadilan, saya tidak ada yang kurang penting saran dari berjuang untuk mendapatkan kebebasan dan kemerdekaan, yang memungkinkan untuk ketidakadilan menang dan pemberontakan terhadap kebebasan adalah indikasi kelemahan pribadi, mereka harus menyucikan diri dari dua karakter, sehingga mereka menjadi manusia yang melestarikan di diri kepribadian yang kuat yang memungkinkan mereka untuk melawan penderitaan lawan.”³⁵

Selama tahun 1930-an meningkatkan kerjasama Arab terutama terlihat dalam dunia pendidikan. Jumlah akademisi Mesir melakukan perjalanan ke negara-negara Arab meningkat untuk mengajar dan memberi nasihat tentang isu-isu pendidikan. Misi pendidikan dikirimkan tampaknya menjadi penting dalam membina sikap cenderung lebih Arab di Mesir. Itu dalam misi ini yang Sanhuri, bersama dengan sejumlah akademisi

³⁴ Muhammad Imarah, *Abqariyyah*, 38.

³⁵ Muhammad Imarah, *Abqariyyah*, 39.

Mesir lainnya, diundang oleh pemerintah Irak setelah kemerdekaan untuk mereformasi hukum dan peradilan di negeri ini. Dia bertugas di Baghdad selama satu tahun sebagai Dekan Hukum Universitas pengalaman yang berperan penting untuk memahami dengan lebih baik dari lembaga-lembaga hukum Arab. Pada saat yang sama tahun ia diundang oleh pemerintah Irak untuk mempersiapkan draft apa yang kemudian kode sipil Irak. Proyek ini mendorongnya untuk kembali ke tema asli untuk memodernisasi hukum Islam agar sesuai dengan perkembangan hukum dari negara Arab. Tampaknya bahwa dalam reformasi hukum bahwa kontribusi Sanhuri akan bertahan, meski ia membuat beberapa usaha dalam politik itu yang mengangkatnya ke peringkat kabinet.³⁶

Sanhuri juga memperoleh pengalaman internasional yang luas selama periode ini, ketika ia diundang oleh banyak negara-negara Arab, seperti Irak, Suriah, Libya dan lain-lain untuk merancang apa yang kemudian dikenal sebagai kode sipil masing-masing negara.³⁷ Selama fase akhir dari karirnya ia mengabdikan sebagian besar hidupnya untuk mengajar, penelitian, dan menulis, salah satunya adalah *Masadir al-Haqq fi al-Fiqh al-Islami* puncak dari pengalaman dan pemahaman tentang sistem hukum Arab, dalam bentuk sintesis teori dan praktek sistem hukum Barat, yang akan secara eksklusif dibahas secara rinci dalam bab berikutnya Timur dan.

2. Dari Akademik ke Politik

Dari awal kehidupan dan karirnya, Sanhuri berjuang dalam situasi politik Mesir, yang dimulai pada 1919 pemberontakan nasionalis ketika ia menjadi asisten junior (wakil) *al-niyâbah* di Manshura. Dia bergabung dengan gerakan Wafdi dan mengorganisir serangan sukses karyawan di kantornya, dan akibatnya menyebabkan kepindahan ke provinsi lanjut, Assiut di Mesir Atas.³⁸

³⁶ Majid Khadduri, *Political Trends in the Arab World* (Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1970), 40.

³⁷ Tahun 1943 Sanhuri menyelesaikan draf Kode Sipil Iraq, dan pada tahun 1949 Syria mengadopsi draf kode Sipil yang sama.

³⁸ Lihat Diya' Shit Khattab, "Al-Maghfur lah al-'Allamh 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri, 1895-1971," *Majallat al-Qada* 26(3) (1971): 4; Cf. Hill, *Islamic Law*, 177.

Dugaan keterlibatannya dalam politik juga menjadi jelas pada tahun 1934 ketika ia dituduh oleh pemerintah membentuk sekelompok mahasiswa di bawah bendera menjadi kelompok sastra dan budaya sedang mencari tujuan politik, yang ia menyangkal.³⁹ Tuduhan ini juga menyebabkan suspensi sementara itu dari universitas. Tiga tahun kemudian, ia bergabung dengan kelompok separatis (dari Nahhas dan Wafd) yang didirikan oleh Nuqrashi, dan Ahmad Mahir dan di posting pemerintah selanjutnya mewakili partai Saadist. Sekembalinya dari Irak pada tahun 1936 ia diangkat Dekan Fakultas Hukum di Universitas Kairo. Namun, dalam tahun karena perasaan mendalam kebencian Sanhuri, Nahhas mengejanya vindictively selama bertahun-tahun.

Pada tahun 1937 Nahhas memecatnya dari dekan dan komite kode sipil. Nahhas kabinet jatuh pada tahun yang sama, dan Sanhuri dibatasi kembali komite kode sipil baru dan sebagai sekretaris jenderal instruksi umum dan penasihat raja. Nahhas memaksanya keluar sekali lagi pada tahun 1942, dan Sanhuri melarikan diri ke Irak di mana dia bekerja pada kode sipil Irak. Nuri al-Sa'i dengan setuju untuk Nahhas permintaan s'a bahwa ia melupakan jasa Sanhuri tetapi menolak untuk mengekstradisi dia ke Mesir. Sanhuri kembali setelah 1944 untuk mewakili Partai Sa'dist sebagai menteri pendidikan di berbagai lemari anti-Wafd. Akhirnya ia menjadi Dewan Negara, badan peradilan penasehat. Sejauh program pendidikan yang bersangkutan, ada informasi yang tersedia kekhawatiran Sanhuri pada hal ini selama masa jabatannya sebagai wakil pada Departemen Pendidikan dan Departemen Kehakiman pada tahun 1939 dan 1944 masing-masing. Selain itu ia mungkin memiliki kesempatan yang lebih besar untuk memaksakan proyek pendidikan selama pelayanannya sebagai menteri Pendidikan mewakili Partai Sa'dist di berbagai lemari anti-Wafdi.⁴⁰

Untuk menempatkan Sanhuri dalam perspektif karir karir abad ke-19 pengacara Mesir, itu layak disebut bahwa Sanhuri adalah salah satu yang pertama untuk menggunakan jalan ajaran baru untuk menonjol

³⁹ Wawancara pembelaannya diterbitkan di *al-Ahram* on August 1943.

⁴⁰ Lihat Khattab, 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri'; Donald M. Reid, *Lawyers and Politics*, 155; Hill, *Islamic Law*, 178.

politik.⁴¹ Sekitar akhir generasi abad ke-19, sejumlah pengacara muda memilih untuk bergabung dengan partai mapan dan berharap untuk mewarisi mantel dari politisi tua. Lainnya beralih ke gerakan ekstraparlementer radikal seperti muda Mesir, Ikhwanul Muslimin, dan komunis. Tetapi cukup untuk mengatakan bahwa pola karir jatuh baik administrator-pengacara atau politisi-pengacara. Jalan ajaran baru politik itu hampir tidak ada sebelum perang, karena profesi mengajar di tingkat sekolah menengah yang sangat didominasi oleh Inggris. Namun, selama tahun 1920-an, ketika profesor di Universitas Mesir dan administrasi pendidikan mengambil oleh orang Mesir, mereka menjadi terbuka dan menarik perhatian perdana menteri memilih lemari mereka.

Penting untuk dicatat bahwa sekitar seperempat dari menteri Nasser mulai karir mereka di akademisi. Dari lima pertama dekan Mesir sekolah hukum Kairo, Sanhuri dan dua lainnya membuka jalan mereka ke kabinet. Seperti disebutkan sebelumnya bahwa kembalinya ke Mesir pada tahun 1926, Sanhuri mendapat pengakuan sebagai guru besar hukum perdata. Perannya adalah jelas penting untuk menghubungkan antara Mesir dan pengacara Arab lainnya, peran, yang ia mendapat manfaat dari masa jabatannya di deanship di Kairo serta Baghdad.

Sanhuri juga seorang negarawan yang membuka jalan dari yang terlibat dalam berbagai kegiatan dan diangkat Presiden Dewan yang baru didirikan Negara (Majlis al-Dawlah) pada tahun 1949. Dengan posisi ini, Sanhuri membuat upaya untuk bekerja sama dengan dengan Pemimpin revolusioner berharap bahwa ini akan mengumpulkan lebih banyak energi untuk berkontribusi pada pembangunan negaranya. Prestasinya dalam menjalankan pengadilan ini luar biasa yang paling penting adalah:

“Menetapkan hak kekuasaan kehakiman untuk melakukan pengawasan atas konstitusionalitas undang-undang. “Kekuasaan kehakiman, sementara itu mengawasi kekuasaan legislatif, tidak berkewajiban untuk mengatur. Namun, ‘jika undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi, itu adalah tugas yang tidak menerapkan itu. Mendukung kebebasan pers dan berekspresi terhadap perintah pemerintah untuk melarang

⁴¹ Khadduri, *Political Trends*, 240-44; Ziadeh, *Lawyers*, 137-47- 56.

publikasi atau membatalkan atau menolak izin penerbitan. Menawarkan perlindungan hukum keluhan bagi mereka yang mengaku telah dirugikan oleh tindakan pemerintah administratif atau mengumpulkan.”⁴²

Untuk tujuan ini tampak kemudian, bahwa meskipun fakta lembaga yang baru dibentuk, Sanhuri telah berhasil mengangkat kemerdekaan, dan yang paling penting itu menggambarkan reformasi peradilan Mesir.⁴³ Fungsi dari Majelis al-Dawla terus saat ini tidak hanya untuk mendengar kasus-kasus dugaan tindakan pemerintah ilegal dan pelanggaran hak-hak dan kebebasan, tetapi memperluas kewenangan untuk mengeluarkan fatwa atau pendapat penasehat, fungsi yang telah lama terakreditasi untuk hakim pengadilan Syariah atau qa di. Selain itu, ia juga akan berkonsultasi pendapat untuk meninjau rancangan undang-undang sebelum diajukan ke Majelis Rakyat itu apakah disetujui (atau ditolak). Namun, ia datang ke dalam konflik dengan mereka ini, yang memaksa dia untuk pensiun dini pada tahun 1954.

Sebuah perjanjian menyewa Sanhuri menjadi dekan perguruan tinggi hukum Baghdad dicapai pada tahun 1935, mandat utama yang untuk reformasi dan ekspansi.⁴⁴ Similarly, in 1946 he went to Syria to draft plans for a full pledged Syrian University.⁴⁵

Ketika Mesir akhirnya kembali kendali penuh atas sistem peradilan di tahun 1930-an, meskipun dengan beberapa kontroversi, usulan untuk membangun Majelis al-Dawlah dihidupkan kembali. Kewenangan Majelis al-Dawlah adalah untuk membuat pendapat hukum pada undang-undang legislasi dan rancangan yang diusulkan bila diminta oleh pemerintah. Ini perlu dicatat bahwa yurisdiksi dan keberanian tubuh baru didirikan

⁴² Cf. Hill, *Islamic Law* in Aziz al-Azmeh (ed.) *Islamic Law: Social and Historical Contexts* (London and New York: Routledge, 1988), 179.

⁴³ Y Linant de Bellefonds, “Abdel Razzak al-Sanhuri, *Masadir al-Haqq fi al-fiqh al-Islami*”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 10 (1958): 476.

⁴⁴ Rincian informasi tentang proses pemilihan Sanhuri untuk mengisi posisi tersebut, lihat Donald M.Reid, *Lawyers and Politics*, 335.

⁴⁵ Untuk perkembangan lebih lanjut dari universitas ini, lihat Donald M.Reid, *Lawyers and Politics*, 181. Bagian keenam dari tulisan ini secara khusus ditujukan pada peran Sanhuri dalam menyusun kode untuk negara-negara ini.

secara bertahap meningkat yang menyebabkan musuhnya. Hal ini terbukti dalam baru terpilih upaya pemerintah Wafdist untuk menempatkan Sanhuri dari Majelis al-Dawlah dalam bergerak 1950. Wafd terhadap dirinya tidak didasarkan pada keputusan tertentu melainkan klaim afiliasi politik dengan partai Sa'dist yang pada gilirannya akan didiskualifikasi dia dari mengambil posisi.

Perselisihan baru antara Majelis al-Dawlah dan pemerintah di bawah kepemimpinan Sanhuri yang muncul pada Maret 1951 karena keberaniannya seperti itu dari 1951 kasus di mana lembaga yang terlibat dalam tanah sangat sensitif dengan memutuskan bahwa memiliki yurisdiksi untuk memeriksa keputusan militer untuk mengabaikan petugas.

Ketika Petugas gratis mengambil alih kekuasaan dalam revolusi tahun 1952, Majelis al-Dawlah mendukung rezim baru dan menjadi penasihat hukum yang memberikan susu formula hukum untuk pembentukan Dewan Komando Revolusioner (RCC) setelah pelepasan paksa Raja Faruq. Sementara dalam pelayanan pos pemerintahan ini ia juga mempersiapkan pada revisi kode sipil yang setelah selesai ia didahului untuk bekerja pada al-Wasit, dan secara bersamaan, menulis dan kegiatan di kedua perjanjian dan berbagai artikel terus.⁴⁶

Selain itu, Sanhuri juga memimpin sejumlah delegasi Mesir ke berbagai konferensi, seperti yang dari kongres internasional kedua dari perbandingan hukum di Den Haag, konferensi Palestina di London pada tahun 1949, PBB, dan pada tahun berikutnya, ia anggota delegasi Mesir ke dewan keamanan forwarding keluhan Mesir melawan Inggris. Pendirian sebuah universitas Arab, yang kemudian Institute for Higher Studi Arab itu berhutang budi kepada inisiatif Sanhuri menyusul pembentukan Liga Arab pada tahun 1945. Sanhuri diangkat direktur bagian hukum untuk baru didirikan lembaga ini di mana ia terlibat dalam akademik kegiatan.⁴⁷

Sanhuri juga memiliki perhatian besar pada pengembangan bahasa

⁴⁶ Artikel-artikel ini diterbitkan dalam jurnal populer seperti *al-Balagh*, *al-Hilal*, and *al-Siyasah*. Dalam periode yang singkat January –May 1937 Sanhuri menjadi editor jurnal *al-Qanun wa al-Iqtisad*. Lihat Hill, *Islamic Law*, 178.

⁴⁷ Hill, *Islamic Law*, 179.

Arab yang ia memandang agar kompatibel dengan perkembangan zamannya. Untuk tujuan ini, ia menjadi anggota akademi atau Majma ‘pada tahun 1946 di mana ia mengambil bagian dalam konferensi dan bekerja pada proyek-proyek.⁴⁸

E. PEMIKIRAN UTAMA

1. Pemikiran Islam Sanhuri

Pada awal arus politik dan sosial Mesir abad ke-19, pencarian Islam City dari angka diperhitungkan dengan sangat serius, terutama mereka yang terlibat dalam isu-isu reformasi agama terkait. Mengandalkan otobiografinya, Sanhuri mulai menulis pada usia dini, tapi keberangkatannya ke Perancis untuk belajar hukum pada usia 26 memberinya lebih banyak inspirasi dan perspektif pandangan Islamnya. Tampaknya ‘menjadi jalan dari rumah’ ditambah dengan pengalaman hidup di luar negeri memberikan melampaikan baik untuk pikiran dan terpendam mengalir dalam biografinya tentang iman kepada Allah dalam perspektif filosofis. Hal ini, pada gilirannya, memberikan nilai lebih untuk itu sebagai landasan utama weltanschauung Islamnya, karena tidak hanya bertumpu pada gagasan belaka melainkan menggambarkan refleksi pemikiran Islam yang merupakan hasil dari hak istimewa percaya kepada Tuhan.

Bagi Sanhuri, pencarian keberadaan Allah adalah dengan merefleksikan diri ciptaan sendiri. Dia mengatakan: “Sesungguhnya aku boundlessly percaya pada Tuhan, Anda ada karena menciptakan aku,” “Ya Allah, aku datang dari Anda dan saya akan kembali ke Anda” Selain itu, iman dan percaya pada Tuhan, menurut Sanhuri tidak hanya sumber kebahagiaan sejati untuk batin berkaitan dengan manusia, tetapi pada saat yang sama adalah sumber kekuatan terhadap kesulitan dan tantangan yang melampaui untuk menghidupkan kembali kekuatan material menular bagi manusia. Hal lain tentang iman, mengatakan Sanhuri bahwa pujian pengetahuan. Lebih jauh ia menegaskan bahwa pengetahuan akan membuktikan iman

⁴⁸ Lihat secara umum, M.M. al-Qulali, ‘Kalima’ in *Majallat Majma’ al-Lughah al-Arabiyyah*, 29 (1972): 270-82; Hill, *Islamic Law*, 179.

dan logis itu harus dalam iman,⁴⁹ dan dengan demikian pengetahuan berasal, dalam urutan kepentingan, dari intelek, fitrah dan kecerdasan. Sanhuri percaya bahwa intelek ('aql) adalah berkat terbesar yang diberikan oleh Allah kepada manusia. Namun, karena batas akal manusia, manusia tidak bisa memperoleh kebahagiaan yang sebenarnya dengan cara belaka/intelektualitas sendiri, sehingga pikiran dan intelek harus pergi dalam nominal untuk mencapai iman kepada Allah.⁵⁰

Namun, ketergantungan hanya pada kecerdasan, menurut Sanhuri, akan beristirahat manusia dalam asumsi belaka dan relativitas yang keduanya batas ekstrim dari ijtiha manusia dan individu penilaian baik dalam pertanyaan hukum atau teologis, berdasarkan penafsiran dan penerapan empat kami ul. Lebih lanjut, Sanhuri mengatakan: "kita tidak mampu hidup dengan kecerdasan belaka atau 'aql, untuk kecerdasan sendiri menyadari kelemahan dalam mempersepsikan rahasia dan apa sekitarnya, yang pasti akan dengan semangat iman."

Berbeda dengan positivisme, filsafat sekuler Pencerahan, yang mengklaim supremasi intelek telah menyesatkan manusia, karakter pembebasan bakat intelektual yang sama dengan seluruh fitrah manusia, adalah persepsi relatif. Dengan demikian, ia akan tetap dan terus membutuhkan apa di balik kecerdasan dan yang di luar akal manusia.

Sanhuri mempertahankan perlunya kompatibilitas pikiran untuk kecerdasan dan kebutuhan moral di mana dimensi wahyu intervensi. "Ikatan yang berhubungan kita dan Allah adalah pikiran dan kecerdasan, dan kecerdasan penyayang mendorong etika perusahaan, jantan dengan kecerdasan, panduan oleh pengetahuan, tersebut adalah contoh dari kepribadian paling penting dalam kehidupan ini. Saya berharap semoga Allah melimpahkan aku kekuatan untuk melakukan perbuatan baik,

⁴⁹ *al-Awraq*, Lyon, October 28, 1921.

⁵⁰ Tentang hal ini Sanhuri mengatakan: "Oh Tuhan, saya percaya bahwa Anda ada, dan kebenaran Rasul Anda, Anda telah diberikan saya intelek dimana saya harus mengadili pada urusan duniawi sesuai dengan perintah Anda, dan ada aku untuk memenuhi." "intelek adalah potensi yang berasal dari esensi Allah, sehingga ketergantungan pada akal adalah kepercayaan pada Tuhan." Lihat Muhammad Imârah, *Abqariyyah*, 25.

dan membuat pikiran saya, etika, kecerdasan dan bantuan tindakan bagi saya.⁵¹ Oleh karena itu Sanhuri mencela filsuf positivis seperti Augustus Comte (1798-1857) untuk tuduhan bahwa kebahagiaan manusia dicapai tanpa agama.

2. Modernisme dan Pembaruan Hukum

Seperti yang telah ditunjukkan sebelumnya bahwa dalam pandangan Sanhuri Islam dan negara adalah seluruh terpisah. Dengan kata lain, Islam adalah cara hidup atau *al-din* dan pada saat yang sama negara, tetapi ia sekaligus membuat perbedaan antara keduanya. Dia menjelaskan bahwa gagasan Islam terdiri dari dogma (*'aqidah*) dan hukum (*sharia*) mantan yang ditandai hanya untuk Muslim, sedangkan yang terakhir yang terdiri dari ibadah dan peraturan yang berkaitan urusan sosial, metode yang diuraikan oleh ahli hukum yang merupakan bagian dari peradaban umat manusia, dan prinsip dimensi budaya adalah terlihat. Jadi Sanhuri menyatakan bahwa Al-Qur'an dan Sunnah (tradisi kenabian) tidak hukum dalam arti kata yang kaku tetapi mereka arahan dari mana hukum Islam dan filsafat, teori umum dan metode dari mana hukum diambil. Ini patut dicatat bahwa ada sikap konsisten Sanhuri reformasi selama hidupnya yang tercermin dan dapat dilacak menyeluruh dalam tulisan-tulisannya dan jatuh di bawah sumbu modernisme/tradisi.

Di Le Califat sebagai ciri khas wacana modern yang ideologis, Sanhuri terbuka menyatakan bahwa sistem Islam untuk menjadi operasi untuk kehidupan kontemporer khususnya yang berkaitan dengan ketentuan-ketentuan tertentu yang berhubungan dengan masalah-masalah ekonomi dan real estate membutuhkan langkah-langkah adaptasi terhadap kebutuhan peradaban modern. Dia lebih lanjut menyatakan bahwa sampai adaptasi ini telah selesai, sistem hukum saat ini diterapkan di negara-negara Muslim harus tetap berlaku karena hukum Islam tidak dilengkapi untuk aplikasi langsung. Dalam menguraikan teori terhadap proses re-adaptasi sistem

⁵¹ Biography, Lyon, August 23, 1925.

hukum ini dengan kebutuhan masyarakat saat ini ia mengusulkan dua tahap berturut-turut: tahap penelitian dan fase legislatif.⁵²

Berkenaan dengan yang pertama harus terdiri dari penyelidikan ilmiah yang ditujukan untuk studi hukum Islam dalam perspektif perbandingan hukum modern. Kami percaya bahwa titik tolak untuk penelitian ini harus menjadi pemisahan agama dari bagian temporal hukum Islam

Sedangkan tahap legislatif itu akan penting untuk melanjutkan dengan hati-hati dan bertahap. Hukum status pribadi yang sudah didasarkan pada sistem Islam sejauh Muslim prihatin bisa memberikan daerah pertama eksperimen legislatif hukum Islam dalam bidang status personal untuk non-Muslim. Tahap penelitian akan mendahului fase legislatif, mengadaptasi hukum status pribadi dengan kebutuhan modern dan bercerai dari pertimbangan agama. Oleh karena itu, legislator dengan membuat perubahan dalam sistem Islam yang disarankan oleh ilmu sosial modern akan dapat membuat sistem ini lebih dapat diterima non-Muslim. Sanhuri lanjut menegaskan bahwa: "Apa pun sisa-sisa sistem asing ... unsur-unsur hukum yang diimpor [telah dibatalkan] yang tampaknya kita akan kalah dengan hukum Islam setelah evolusi melalui penelitian ... harus diganti dengan hukum Islam ketika penggantian tersebut memungkinkan tanpa membahayakan stabilitas hubungan hukum."⁵³

Merupakan suatu hal yang lebih besar untuk mengembalikan kekhalifahan ideal, Sanhuri menekankan bahwa untuk mencapainya harus didahului oleh evolusi hukum Islam. Namun, pandangan teoretis Sanhuri itu baru bisa diaplikasikan dalam satu dekade kemudian, ketika ia memiliki kesempatan untuk menerapkannya ke dalam praktek ketika merevisi kode sipil Mesir dan Irak.⁵⁴

Sebuah titik balik yang signifikan dalam negerinya pemikiran reformasi hukum datang menjadi lebih dekat dengan kenyataan ketika ia memiliki kesempatan untuk mengekspresikan dirinya untuk kebutuhan mendesak

⁵² Lihat *Le Califat*, 578-583.

⁵³ *Le Califat*, as quoted in Liebesny, 93-94.

⁵⁴ Untuk rincian tentang analisis dan latar belakang sejarah pada revisi KUH Perdata Mesir melihat supra bab V disertasi ini.

untuk menggunakan hukum Islam dalam memberlakukan kode hukum, perundang-undangan dan reformasi peradilan di peringatan 50 tahun pengadilan nasional Mesir (Mah a kim Ahliyyah) dan kedua dan kongres perbandingan hukum internasional di Den Haag pada tahun 1932 dan pada tahun 1937.⁵⁵ Dalam mereformasi Perdata Mesir itu diusulkan bahwa tiga sumber harus dipertimbangkan: mereka adalah hukum Islam, keputusan pengadilan Mesir sejak dikeluarkannya kode sipil tua, dan berbagai kode barat modern.

Pada saat ini, Sanhuri positif bahwa ambisinya untuk reformasi hukum Islam dan seruan untuk supremasi hukum Islam akan datang ke hasil pada saat pengejaran intelektual dianiaya. Tentang hal ini, yang mimpinya sejak masa mudanya, ia aknowledged bahwa ia mengabdikan sebagian besar hidupnya untuk pendidikan di lembaga formal, dan menghabiskan beberapa bagian lain di sekolah kehidupan yang akhirnya menjadi sebagai basis kuat dalam menghadapi kehidupan nyata⁵⁶

Pada usia sepuluh ia mengamuk dengan kasih sayang dan cinta emosi dan kebanggaan. Tampaknya ia tertarik pada mimpi muda dan memperoleh bangsawan. Dia menegaskan lebih lanjut bahwa: “Sedangkan saat ini kasih sayang saya mendekati kelelahan dan kering, dan saya harus melepaskan imajinasi saya menjadi kenyataan, dan saya datang ke titik di mana saya bisa melihat kehormatan asalkan saya bermanfaat, baik untuk diri sendiri, keluarga, negara dan makhluk manusia.”⁵⁷Keadaan kesadaran sosial dan psikologis waktunya, mengungkapkan bagaimana keseriusan Sanhuri dalam membawa keluar pentingnya mengangkat

⁵⁵ Untuk keterangan lebih lanjut tentang masalah ini melihat secara umum, Faruq ‘Abd al-Barr, “Abd al-Razzaq al-Sanhuri Qadiyan li al-Huquq wa al-Hurriyyah al-‘Ammah,” in *Majallat al-Qanun wa al-Iqtisad*, 30 (special ed., n.d.): 465-471.

⁵⁶ “Saya dilatih (menghabiskan) dua puluh tahun pertama kehidupan saya sebagai mahasiswa di sekolah, dan saya dilatih (menghabiskan) dua puluh tahun ke depan di sekolah kehidupan, sehingga telah saya mendapat pengalaman dari tes ini apa yang akan cukup untuk melepas dukungan tahun perguruan tinggi dan memasuki kehidupan nyata.” Muhammad Imarah, *al-Duktur*, 41.

⁵⁷ Muhammad Imarah, *al-Duktur*, 41.

komunitasnya yang menembus setiap aspek kegiatannya sepanjang rentang hidupnya.⁵⁸

Dari pernyataan di atas, dapat tersirat bahwa untuk hukum Sanhuri Islam tidak hanya terbatas pada masalah agama. Al-Qur'an, sebagai pesan Ilahi dan tradisi kenabian merupakan sumber par excellence untuk hukum Islam yang para ahli hukum, perwakilan masyarakat dan pengrajin fiqh mengembangkannya yayasan, dalam bentuk undang-undang hukum dengan memanfaatkan kewenangan dan manfaat dari konsensus.⁵⁹ Namun, beberapa ahli telah mengkritik Sanhuri pada perbedaan tentang Islam dalam ranah agama dan negara, atau tepatnya pada aspek hukum menjadi religius dan non-religius. Majid Khadduri misalnya, menerima kesan bahwa posisi Sanhuri mengenai isu tersebut sebagai sekuler dalam pandangan, dan bahkan ditandai kontribusi yang terakhir dalam reformasi hukum Mesir sebagai sekularisasi hukum Islam.⁶⁰

Juga menjadi pusat pemikiran Sanhuri Adalah perlunya menghidupkan Kembali hukum Islam. Biografinya mengungkapkan bahwa besarbesaran memiliki agenda dan mimpi yang harus dipenuhi berkaitan dengan kaumnya, ummat, Islamismenya, reformasi Dan Legislatif hukum Islam, menghidupkan Kembali hukum Islam dengan menggunakan metoda baru Negara ijtihad. Tampaknya ia sangat terkesan dengan arus utama yang berlaku dalam masyarakat Mesir. Di satu sisi, ada kalangan yang menganut pandangan kekakuan syariah sehingga tidak memiliki dinamika dan tidak ada ruang untuk menerapkan ijtihad kecuali hanya mengikuti aturan hukum yang telah ditetapkan oleh ahli fiqh klasik.

Terkait dengan modernisasi hukum, sebagaimana terbukti dalam *Le Califat* Sanhuri, membahas hampir secara keseluruhan menyangkut prosedur. Pandangannya tentang hukum Islam secara substansial dapat ditemukan di tempat lain, yaitu dalam pengantar di mana ia menganggap

⁵⁸ Muhammad Imarah, *al-Duktur*, 42.

⁵⁹ Muhammad Imarah, *al-Duktur*, 237.

⁶⁰ Majid Khadduri, *Political Trends in the Arab World: The Role of Ideas and Ideals in Politics* (Baltimore and London: The Johns Hopkins Press, 1970), 239; lihat juga kritik al-Bishri dalam Amr Shalakani, "the Critique of the Social," in *Journal of Islamic Law and Society*.

hukum publik Islam. Sanhuri menyajikan studinya sebagai cabang dari hukum publik. "Jelas ada hukum publik muslim, namun para ahli hukum Islam tidak membuat perbedaan yang rapi antara hukum publik dan swasta yang ditemukan dalam hukum modern, 'sebagai' hukum publik dalam sistem Islam jauh lebih berkembang dibandingkan hukum privat."⁶¹

Sanhuri mempertahankan lebih lanjut bahwa kekuasaan legislatif terletak, dalam teori, dengan Allah sendiri dalam wahyu-Nya, Al-Qur'an. Kemudian terletak pada tradisi Nabi inspired oleh Allah dalam firman-Nya dan dalam tindakannya. Tapi seperti Nabi, yang fana, memiliki hidup yang terbatas, perlu untuk mencari panduan yang akan terus mengarahkan bangsa. Panduan ini kita menemukan dalam perjanjian masyarakat Muslim adalah inti dari semangat demokrasi'.⁶² Nabi bersabda bahwa komunitas Muslim tidak pernah bekerja sama dalam melakukan kesalahan, kata Sanhuri. "Apa yang lebih demokratis daripada untuk menegaskan bahwa kehendak bangsa adalah ekspresi dari kehendak Allah sendiri?" Hanya bangsa dapat mengatur - ia menggarisbawahi - dasar yang sama seperti apa yang rezim parlementer modern, dengan perbedaan namun bahwa wakil dari negara Muslim tidak dipilih. Mereka menunjuk diri melalui kemampuan pribadi mereka dalam ilmu hukum (ijtihad). Pemerintah Muslim adalah pemerintahan orang-orang terpelajar.⁶³

Kendatipun berbeda pandangan terhadap sejauh mana prinsip konsensus sebagai dasar perwakilan rezim pemerintahan Muslim Sanhuri menyimpulkan bahwa konsensus meliputi domain peradilan secara keseluruhan. Namun, dalam rangka untuk mengambil bagian dalam konsensus perlu menjadi mujtahid yaitu, untuk menjadi orang yang belajar dalam metode yuridis, 'ilmu akar'. Jika ada pandangan sebaliknya, bahwa mayoritas sudah cukup untuk kesepakatan. Sebuah solusi yuridis diadopsi oleh konsensus dapat dibatalkan oleh konsensus yang sama. Konsensus dari generasi selanjutnya dapat membatalkan solusi dari para pendahulu mereka.⁶⁴

⁶¹ Sanhoury, *Le Califat*, 4.

⁶² Sanhoury, *Le Califat*, 6-7.

⁶³ Sanhoury, *Le Califat*, 7.

⁶⁴ Sanhoury, *Le Califat*, 8-11.

Dengan demikian, konsensus menurut Sanhuri, dapat dipahami sebagai sumber sejati hukum Islam, dan yang meliputi berbagai usia dan lingkungan, dan izin akomodasi mereka, meskipun subordinasi jelas kepada first dua sumber.' The H sekolah Anafi, catatan Sanhuri, menganggap kebiasaan sebagai sumber hukum 'tidak berdasarkan prinsip konsensus, tetapi menurut prinsip lain, yaitu *istih sa n* (preferensi peradilan).⁶⁵

Bagaimana menerapkan konsensus di masa depan? Satu bisa menjawab, katanya, 'oleh rezim representatif. Sanhuri mengutip otoritas bahwa semua Muslim harus berpartisipasi dalam konsensus, memodifikasi sedikit, untuk mengatakan 'kesepakatan para wakil umat Islam dalam hal di mana mereka kompeten.⁶⁶ This allows, obviously, for the *mujtahidun* to be in effect the law-givers.

Poin yang dibuat oleh Sanhuri adalah antitesis yang tepat dari pendekatan berbasis form saat dalam keuangan Islam, dan memang dalam semua aspek kepatuhan terhadap pendapat hukum klasik pada berbagai mata pelajaran. Berikut ini adalah resep Sanhuri untuk sebuah yurisprudensi Islam yang layak dan kontemporer:

Saya pikir fondasi kebangkitan syariah Islam dapat dibangun harus melanjutkan sebagai berikut:

Pertama, membedakan keyakinan doktrinal agama murni dari syariah sebagai organizing hukum dan mengatur hubungan antara manusia (fiqh, atau ilmu aturan rinci, atau cabang pengetahuan).

Kedua, isi setiap modul domain fiqh, bagian berurusan dengan hukum, terpisah dari bagian yang berhubungan dengan akidah dan ibadah ritual, harus dipertimbangkan, dan dari itu disimpulkan prinsip-prinsip umum syariah Islam prinsip yang - berdasarkan keluasannya - dapat secara sah diterapkan di setiap waktu dan tempat. Prinsip-prinsip tersebut dianggap dasar syariah Islam.

Ketiga, Mereka yayasan yang berubah (berdasarkan menjadi prinsip dan yayasan), tapi aplikasi berbeda (pertama) kali accross, dan (kedua)

⁶⁵ Sanhoury, *Le Califat*, 13.

⁶⁶ Sanhoury, *Le Califat*, 16-17.

across negara dan masyarakat. Dengan demikian, harus ada dasar-dasar syariah Islam yang tidak berubah, dan rincian syariat Islam yang berubah dengan waktu dan tempat. Hal demikian berarti untuk menegaskan bahwa dasar yang sama, tetapi “Ekonomi Islam” dan “keuangan Islam” muncul: didorong oleh individu yang gagal untuk memahami prinsip-prinsip syariah Islam.

3. Easternisme, Antara Identitas dan Pemberdayaan

Selama periode antara dua perang dunia konsep “Easternism” atau “Oriental”⁶⁷ keterkaitan dan solidaritas yang dikembangkan cukup populer di Mesir. “Ide Timur” yang ditetapkan oleh para pendukungnya, gagasan kesatuan penting dari Timur dan utilitas tindakan antar dekat: orang yang secara khusus menjadi tren di tahun 1920-an mulai seluruh spektrum pendapat Mesir. Seperti telah dikemukakan sebelumnya, ditulis untuk Ph.D. tesis Le Califat membahas masalah al-Khila fah yang muncul ke permukaan setelah penghapusan sepihak lembaga yang oleh republik Turki. Tak bisa dipungkiri bahwa konsekuensi logis selanjutnya dibawa oleh situasi kontemporer ini di Mesir ada muncul ketegangan sekularisme di satu sisi, dan di sisi lain tradisionalisme mencapai puncaknya sejauh bahwa tidak ada rekonsiliasi telah tercapai. Hal ini sangat sugestif bahwa Sanhuri adalah untuk mencari landasan bersama, yang akan diterima untuk kedua arus utama.

Dengan demikian skema pemikiran Sanhuri berporos pada masalah pemulihan lembaga kekhalifahan. Sebuah proposal rinci untuk sebuah “Oriental Society of Nations” yang diajukan oleh Sanhuri dalam bukunya *Le Califat: anak vers une evolusi Societe des Nations Orientale*. Dengan alasan bahwa negara-negara Timur hanya hanya mampu seperti orang-

⁶⁷ Definisi tentang Timur dan pengertian tentang apa yang menjadi pemersatunya berbeda di kalangan para pemikir. Untuk diskusi tentang sejarah perkembangan ide “Uni Timur” dalam konteks yang lebih luas dari dunia Arab, mungkin contoh layak dipertimbangkan adalah James Jankouski, “The Easter Idea and the Eastern Union in the Inter war Egypt,” *The International Journal of African Historical Studies* 14(4) (1981): 643-66.

orang Barat pelebagaan kerjasama bermakna seperti yang ditemukan di dalam disponsori Barat Liga Bangsa-Bangsa, Sanhuri mengusulkan pembentukan liga yang terdiri dari “negara-negara oriental independen” yang akan mempromosikan perdamaian dan kerja sama antara negara-negara Timur melalui pengorganisasian badan pendukung untuk mengkoordinasikan kerjasama praktis dalam bidang tertentu kehidupan seperti bidang ketenagakerjaan.⁶⁸

Bahkan usulan Sanhuri untuk sebuah Oriental Society of Nations, bagaimanapun, menggambarkan kesulitan konseptual dan praktis yang ide Timur dihadapi dalam periode antar. Itu dibuat dalam bekerja pada kekhalifahan, lembaga khusus Islam, dengan Sanhuri menunjukkan bahwa liga tersebut, setelah dibentuk, harus bekerja untuk kebangkitan Khilafah Islam.⁶⁹ Meskipun Sanhuri merekomendasikan bahwa seperti Khilafah sementara harus menjaga authority agama dan politik terpisah, namun liga Oriental nya bangsa berlaku akan menjadi liga Islam bangsa. Tampaknya itu juga usulan berlebihan utopis, karena ia sendiri menyimpulkan tentang Liga, apa Sanhuri yang propounding adalah “ide yang mulia” daripada blueprint for segera diimplementasikan. Ini menyebabkan tidak ada yang konkret. Pada tahun 1932, Sanhuri sendiri mengakui bahwa kerjasama politik Timur harus menunggu sampai setiap negara Timur telah mencapai kemerdekaan individu, memegang bahwa obly kemudian “akan hal itu wajar bahwa masing-masing nasionalisme yang berbeda berpikir tentang kerjasama dan solidaritas, atas dasar bentuk kesatuan yang masih meraba-raba setelah.”⁷⁰ Pendukung sekularisme radikal dianjurkan oleh ‘Ali ‘Abd al-Raziq⁷¹ dianggap sebagai ancaman bagi agama untuk

⁶⁸ Sanhoury, *Le Califat*, 596-604.

⁶⁹ Sanhoury, *Le Califat*, 605-607.

⁷⁰ ‘Abd al-Razzaq al-Sanhuri, “al-Islam wa al-Sharq,” *al-Siyasah*, proceeded to no. 2931 (14 October 1932): 16-17.

⁷¹ Untuk analisis yang komprehensif dari ‘Abd al-Ra argumen ziq dan kritik utama mereka, lihat diantaranya Leonard Binder, *Islamic Liberalism: A Critique of Development Ideologies* (Chicago: 1988), especially chapter 4; Mamduh Haqqi, *Al-Islam wa Usul al-Hukm: Ba‘th fi al-Khilafah wa al-Hukumah fi al-Islam: Naqd wa Ta‘liq* (Beirut, 1966); Albert Hourani, *Arab Thought in the Liberal Age, 1798-1939* (London, 1962), 183-192, memberikan ringkasan yang sangat baik dari argumen

tingkat yang lebih rendah atau lebih besar, oleh ulama agama yang menyebabkan reaksi kekerasan yang akibatnya memberikan kontribusi dikombinasikan dengan kondisi sosial deteriorating, munculnya kebangkitan gerakan-gerakan keagamaan akar rumput seperti yang Muslim persaudaraan, dan banyak lainnya yang muncul di Mesir dari akhir 1920-an dan seterusnya. Meskipun demikian, meskipun ditantang, upaya sekularisasi melanjutkan di daerah-daerah di mana di luar kendali langsung dari para pemimpin agama. Dengan demikian, ada dua yang sedang berlangsung bertentangan perubahan dalam masyarakat Arab, agama di satu sisi, dan sekuler di sisi lain.

Salah satu isu yang paling penting dikemukakan di Le Califat adalah pertanyaan tentang kewenangan baik sipil dan agama. Penghapusan lembaga kekhalifahan Maret 1924 oleh republik Turki, mengakibatkan dipotong perbedaan yang jelas antara agama dan masyarakat, ide yang kemudian dikembangkan oleh 'Ali' Abd al-Raziq dan pendukungnya.⁷² Berbeda dengan Raziq, yang menyatakan bahwa otoritas politik itu bukan merupakan bagian integral dari Islam, Sanhuri dilihat restorasi kekhalifahan keharusan, menandakan persatuan umat Islam dan dengan cara yang sama yang melestarikan hukum Islam.

Hal ini jelas kemudian, Sanhuri menegaskan bahwa ada kebingungan. Otoritas politik merupakan bagian integral dari Islam. Kebingungan masuk calipate tersebut, 'antara institusi itu sendiri dan penunjukan orang yang mengisinya. Secara historis, khalifah selalu dianggap perlu untuk menjamin eksekusi dari hukum Islam. Tentang orang yang memegang kantor, ada banyak dari perbedaan pendapat. Belum lembaga, kata Sanhuri, yang bertanggung jawab atas rezim tirani, tetapi eksploitasi karakter keagamaan caliphate oleh diktator-diktator; dan Muslim sendiri telah

utama *Al-Islam wa Usul al-Hukm* dan hubungannya dengan 'Abduh dan gerakan reformasi Islam di Mesir.

⁷²Abd al-Raziq itu dikutuk di Mesir dan di tempat lain karena paham sekularisme yang ia usung. Untuk mendapatkan gambaran yang lebih jelas lihat Sanhoury, *Le Califat*, 48; cf. Madjid Khadduri, *Political Trends*, 239; Farhat Ziadeh, *The Rule of Law and Liberalism*, 94-96.

ditoleransi rezim tirani yang berkuasa sepenuhnya bertentangan dengan hukum Islam.⁷³

Setelah berpendapat kasusnya bahwa Khilafah adalah kewajiban serta diinginkan dalam situasi saat ini, dan setelah membantah 'Ali al-Ra tesis ziq bahwa Islam tidak menyangkut kekuasaan politik, ia sts ide-ide sendiri. Karena tidak mungkin hari ini untuk membayangkan pembentukan kekhalifahan biasa (yaitu) bahwa dari empat khalifah pertama), kekhalifahan 'teratur' dibenarkan oleh kondisi dunia Islam yang sebenarnya di. Namun, rezim tersebut harus selalu dianggap sementara.⁷⁴ Kekhalifahan biasa di masa depan harus menjadi sistem yang fleksibel. Hukum Islam tidak memaksakan suatu bentuk tertentu pemerintahan; sehingga apa yang ia usulkan adalah sarana untuk memenuhi hukum sambil beradaptasi dengan kondisi yang sebenarnya, dengan memperhatikan pelajaran sejarah.

Sejarah mengajarkan kepada kita, kata Sanhuri, yang menggabungkan fungsi agama dan politik di tangan yang sama telah menyebabkan penyerapan bertahap hak prerogatif agama oleh orang-orang politik. Doktrin Islam mengajarkan bahwa htese dua hak prerogatif yang khas tanpa dipisahkan. Oleh karena itu ia menyarankan bahwa excercise dari prerogatives agama akan diberikan pada tubuh yang berbeda dan independen dari badan yang bertugas dengan excercise dari hak prerogatif politik. Kedua badan harus ditempatkan secara merata di bawah khalifah, yang reuni dalam dirinya dua hak prerogatif, memberikan keseimbangan yang mencegah penyerapan satu dengan lainnya.⁷⁵

Dengan mempertimbangkan dari kecenderungan nasionalis dan separatis, ia mengusulkan 'organisasi negara-negara oriental' awal dengan struktur (khalifah, perakitan umum, dan dewan tertinggi) yang akan mewujudkan fungsi agama saja. Kemudian, tubuh yang sama akan dibangun dengan fungsi exetive, bersatu di atas dalam pribadi khalifah.⁷⁶ Sebelum

⁷³ Sanhoury, *Le Califat*, 48.

⁷⁴ Sanhoury, *Le Califat*, 49.

⁷⁵ Sanhoury, *Le Califat*, 570-571.

⁷⁶ Sanhoury, *Le Califat*, 527-576.

eksekutif ini (atau politik) struktur dapat dibangun, namun, sebelum khalifah biasa dapat dibentuk dengan khalifah menyatukan dalam dirinya (dan secara simbolis struktur, seseorang memahami) fungsi politik dan agama, harus ada 'evolusi' dari hukum Islam. Khalifah, menjadi pelaksana dan wali hukum, harus memiliki hukum untuk mengeksekusi dan penjaga. "Namun, sistem hukum besar telah jatuh ke dalam keadaan stagnasi berdasarkan tidak memiliki mengalami evolusi yang diperlukan. Kita harus hal untuk mengembalikan penerapan prinsip-prinsip, menciptakan renaissance hukum Islam, membedakan antara bagian agama dan bagian duniawi."⁷⁷

Sanhuri kemudian mulai membahas secara rinci bagaimana renovasi ini dapat dicapai. Dengan demikian, ide-idenya pertama langsung mengenai revisi UU datang dalam konteks menghasilkan evolusi hukum Islam agar khalifah dalam versi modern 'biasa' yang akan didirikan. Diskusi sebenarnya precedural agak tahn substantif, tanpa terkait dengan negara tertentu atau konteks, tetapi merupakan procedure yang muncul kembali di kemudian bekerja, dan aspek-aspek tertentu, meskipun lebih sepenuhnya dikembangkan dalam tulisan-tulisan kemudian, masih mempertahankan karakteristik dasar rencana aslinya.

Sebelum ada kemungkinan untuk mengganti hukum Islam, perlu, dalam karya adaptasi kembali sistem hukum untuk kontinjensi dari organisasi sosial yang sebenarnya, melewati dua tahap berturut-turut: ilmiah stage and tahap legislatif. Dan ilmu pengetahuan adalah di dasar semua kemajuan. Sementara bersaing dalam kemampuan Bangsa Timur dibandingkan dengan yang di barat melembagakan kerjasama seperti yang ditemukan di liga yang disponsori Barat bangsa, Sanhuri mengusulkan pembentukan liga yang terdiri dari "negara-negara Oriental independen" yang akan mempromosikan perdamaian dan kerjasama antar anggotanya. Aspek utama yang terutama terlihat penting dalam lembaga ini adalah untuk mengkoordinasikan kerjasama praktis berkaitan dengan seperti ekonomi, bahasa dan aspek politik hukum tetapi aman bagi, menurut

⁷⁷ Sanhoury, *Le Califat*, 571.

Sanhuri itu tergantung pada stabilitas semua standar ini bahwa domain politik dapat melanjutkan.⁷⁸

Dari pembahasan di atas, jelas bahwa latar belakang pendidikan Sanhuri, lingkungan dan mulieu di mana ia tinggal, karirnya sebagai pengacara dan politikus, dan situasi politik di masanya, pada tataran tertentu menjadi faktor penentu yang memengaruhi masa pembentukan pemikirannya dan berlanjut ke era perkembangan berikutnya.

⁷⁸ Sanhoury, *Le Califat*, 596-604.

BAB III

PERKEMBANGAN PERBANDINGAN HUKUM

Munculnya Perbandingan Hukum atau *comparative law* di Timur Tengah tampaknya telah berjalan sejajar dengan kedatangan penjajahan di wilayah tersebut. Selama pertengahan abad ke-19, kebutuhan itu dirasakan di negara-negara Islam untuk mereformasi hukum Islam dan mengkodifikasikan untuk memudahkan akses ke aturan yang berlaku untuk situasi tertentu. Pemberlakuan *Majallat al-Ahkâm al-Adliyyah* (Kompedium Peraturan Kehakiman) Kerjaan Usmaniyah merupakan prekursor dari kebangkitan kembali minat akademik dalam hukum Islam. Ajaran itu tidak lagi terbatas pada lembaga keagamaan, yang paling penting di al-Azhr, melainkan universitas sekuler baru juga diajarkan mata kuliah syari'ah dan mendorong studi banding yang melibatkan subjek tersebut.¹

¹ Literatur yang berhubungan dengan era perkiraan dan asal studi hukum banding tersedia dalam bahasa Inggris terbatas. Mungkin yang paling penting dari mereka antara lain J. Heyworth-Dunne, *An Introduction to the History of Education in Modern Egypt*, 1st edition. (London, 1939); Donald M. Reid, *Lawyers and Politics in the Arab World*. (Minneapolis and Chicago: Bibliotheca Islamica, 1981); Nathan J. Brown, *The Rule of Law in the Arab World, Courts in Egypt and the Gulf* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998); Enid Hill, "Comparative and Historical Study of Modern Middle Eastern Law," *The American Journal of Comparative Law* 26 (1977-1978): 279-304; Ron D. Cannon, "Social Tensions and the Teaching of European Law in Egypt Before 1900," *History of Education Quarterly* (Fall) (1975).

Bab ini akan berusaha untuk membahas asal sejarah hukum Perbandingan di negara-negara Arab. Karena disertasi ini mengambil pendekatan inti studi di dasar perbandingan, bagian ini, maka akan terlebih dahulu membahas sifat, ruang lingkup dan metode perbandingan hukum pada umumnya. Hal ini juga akan mencoba untuk menganalisis perdebatan baru pada subjek dengan munculnya globalisasi. Pada saat ini, bab ini akan melanjutkan untuk menganalisis sejarah perkembangan perbandingan hukum di Timur Tengah. Dengan demikian, diskusi kemudian akan mengarah pada eksplorasi keadaan sejarah di mana perbandingan hukum berakar di Timur Tengah. Ini akan berpendapat bahwa ada keterkaitan erat antara kodifikasi dan perbandingan hukum, sehingga tak terbayangkan untuk tidak membahas tentang taqni proses n dalam kerangka sistem hukum Islam.

A. MENDEFINISIKAN PERBANDINGAN HUKUM

Dalam rangka untuk memiliki pemahaman yang lebih baik dari pengembangan dan penggunaan perbandingan hukum di dunia modern, perlu untuk memeriksa sifat, asal-usul dan ruang lingkup istilah itu sendiri. Untuk tujuan ini, pertanyaan utama yang akan ditanyakan adalah apa sifat dari perbandingan hukum, apakah subjek menyerupai cabang hukum lain seperti hukum keluarga atau hukum dagang, atau merupakan sebuah metode?² Comparatists memiliki pandangan yang berbeda dalam menetapkan hukum perbandingan. Beberapa dari mereka menolak istilah tersebut mempertahankan bahwa itu menjadi keliru, dan sebaliknya mereka mencari istilah baru seperti “Sejarah Komparatif Hukum“, Tradisi Perbandingan Hukum, “Perbandingan Sistem Hukum,“ “Fikih Perbandingan, “ yang “ Studi Perbandingan Hukum. “ “Perbandingan Legislasi“ oleh karena itu, Edwin Patterson lebih memilih untuk menggambarkan dengan setara Perancis - droit membandingkan. Istilah-istilah ini tidak hanya memenuhi syarat istilah “perbandingan hukum“ lebih banyak makna, tetapi mereka

² Informasi lebih detail lihat dalam Rudolf B. Schlesinger, et al. *Comparative Law: Cases, Texts, Materials* (6th ed.) (New York: Foundation Press, 1998), 1; K. Zweigert and H. Kotz, *An Introduction to Comparative Law* (1977), 1-10.

juga menunjuk yang bertujuan pada comparatists berangkat untuk mengejar. Menanggapi pertanyaan di atas, sebagai mengejar akademis, perbandingan hukum tidak memiliki kandungan inti bidang studi dan tidak menunjukkan cabang yang berbeda dari hukum substantif. Demikian seperti Zweigert dan Kotz meletakkannya, itu menggambarkan ‘kegiatan intelektual dengan hukum sebagai objeknya dan perbandingan sebagai proses..’³

Secara konvensional, perbandingan berbagai sistem hukum yang ada di dunia telah difokuskan pada tiga keluarga hukum utama, yaitu sistem hukum sipil, hukum umum dan sistem hukum lainnya.⁴ Oleh karena itu, hukum Perbandingan dapat didefinisikan untuk menggambarkan studi sistematis tradisi hukum tertentu dan aturan hukum secara komparatif. Untuk memenuhi syarat sebagai perusahaan perbandingan hukum yang benar, hal itu juga memerlukan perbandingan dua atau lebih sistem hukum, atau dua atau lebih hukum tradisi, atau aspek-aspek yang dipilih, lembaga atau cabang dari dua atau lebih sistem hukum. Jadi, dengan kata lain, perbandingan hukum pada dasarnya merupakan suatu metode studi dan bukan badan hukum dari aturan. Namun demikian, teori metode telah dianjurkan oleh seperti komentator terkemuka seperti Pollock, Gutteridge dan David. Namun, pandangan ini tidak berbagi dengan sejumlah komparativis terkemuka lainnya, seperti Salielles, Rabel, Rheinsein dan Balai yang berpendapat bahwa perbandingan hukum harus dilihat sebagai ilmu sosial, sehingga data yang diperoleh harus dilihat bukan hanya sebagai bagian dari metode, tetapi sebagai membentuk bagian dari tubuh yang terpisah dari pengetahuan. Ini akan muncul bahwa teori ilmu sosial ini telah melemah di masa yang lebih baru. Namun, pandangan lain telah menerima kedua interpretasi sehingga dapat dilihat baik sebagai ilmu dalam dirinya sendiri, dan sebagai metode.⁵

³ Lihat K. Zweigert and H. Kotz, *An Introduction to Comparative Law* (1977), 2.

⁴ Sistem hukum dari negara-negara di dunia merupakan tidak kurang dari 42. Sebelum istirahat dari Uni Soviet, sistem hukum sosialis telah diakui sebagai sistem hukum utama ketiga menambahkan hingga sistem hukum sipil dan umum. K. Zweigert and H. Kotz, *An Introduction to Comparative Law* (1977), 3.

⁵ Winterton, “Comparative Law Teaching,” *American Journal of Comparative Law* 23 (1975): 71.

Tidak ada kerangka kerja yang berlaku umum untuk perbandingan, meskipun kebanyakan penulis tampaknya berasumsi bahwa metode komparatif, yang harus digunakan, yang jelas. Konsep dasar, tujuan-tujuannya, dan *raison d'etre*, serta metodologi, telah menarik komentar kritis agak meremehkan. Rabel, misalnya, menyatakan bahwa "Perbandingan hukum dapat membebaskan kernel fenomena hukum dari kulit formula dan superstruktur mereka dan mempertahankan koherensi struktur hukum yang sama..."⁶ Dalam perkembangan selanjutnya di era modern, *comparatists* dimasukkan berbagai disiplin dalam mendekati perbandingan hukum, sehingga para sarjana seperti Alan Watson menyatakan bahwa itu adalah : "... studi tentang hubungan antara sistem hukum atau antara aturan lebih dari satu sistem... dalam konteks hubungan sejarah... [studi] sifat hukum dan sifat pembangunan hukum."⁷

Dari pernyataan ini bisa dimengerti bahwa perbandingan hukum modern yang mengakui pentingnya keterkaitan antara hukum, sejarah dan budaya yang berlaku dalam sistem hukum masing-masing, atau antara aturan lebih dari satu sistem. Dengan demikian, sejarah hukum dan 'langkah lebih ke hukum' dapat dianggap sebagai unsur penting dari perbandingan hukum sebagai disiplin akademis dalam dirinya sendiri, dan dengan demikian perbandingan hanya aturan per se bukan merupakan perbandingan hukum.⁸

B. FUNGSI DAN TUJUAN PERBANDINGAN HUKUM

1. Membantu Legislasi dan Pembaruan Hukum

Tampaknya pemanfaatan awal metode komparatif untuk tujuan

⁶ Grossfeld, *The Strength and Weakness of Comparative Law* (1990), 53.

⁷ Alan Watson, *Legal Transplant* (1974), 6-7.

⁸ Pentingnya sejarah hukum dalam aturan mendekati telah didukung oleh banyak sarjana seperti Dawson, Lawson, Marryman and Rene David. Peter de Cruse, *Comparative Law in a Changing World* (London: Cavendish Publishing, 1999), 6. Similarly, the need of sociological approach in comparative law has also been discussed by E.J.M. Feldbrugge, in his "Methods of Sociological Research in Comparative Law," *Netherlands Reports to the VIIIth International Congress of Comparative Law, Pescara 1970* (Deventer, The Netherlands: 1970), 61-71.

legislatif kembali sedini ketika Yunani dan Romawi mengunjungi kota, yang mereka anggap, bisa menyediakan mereka dengan model hukum yang layak memberlakukan di negara masing-masing. Kasus di mana legislator meminjam ide asing banyak, tapi itu sudah cukup untuk menyebutkan beberapa yang mungkin yang paling signifikan adalah : hukum perusahaan Prusia dari 1843 yang dibentuk mengambil setelah model Perancis Kode Komersial 1807 ; Internal Revenue Code Amerika Serikat telah mengilhami legislator Jerman dalam mengadopsi doktrin tunjangan yang tepat untuk urusan antara perusahaan terhubung. Sejumlah ide dalam UU Swiss Kewajiban 1881 ke tingkat yang lebih rendah atau lebih besar juga telah diadopsi dalam KUH Perdata Jerman.⁹

Terlebih lagi, selama rentang waktu paruh pertama sejarah abad kedua puluh negara-negara berkembang, adopsi dan beradaptasi dengan hukum Barat atau sosialis apakah sukarela atau dengan kekerasan terjadi. Salah satu alasan yang jelas untuk proses ini telah kolonialisme dan banyak perang, yang mengakibatkan sistem hybrid, hidup berdampingan dengan hukum adat asli. Alasan lain telah hubungan internasional yang telah dihasilkan dari pengaruh Barat yang telah menyebabkan akademisi Barat ekspatriat mendirikan perguruan, atau membantu dalam penyusunan undang-undang baru yang lebih cocok untuk perubahan kondisi sosial dan ekonomi masyarakat tertentu.

Mengingat pertumbuhan kebutuhan melakukan penelitian pada berbagai studi hukum banding, lembaga nasional yang dikenal sebagai lembaga hukum Amerika ditemukan pada tahun 1932, tugas utama yang untuk mengadakan pertemuan dan konferensi serta melakukan penelitian tentang berbagai aspek dari isu-isu terkait hukum.

2. Alat Rekonstruksi Hukum

Fungsi lain dari memperoleh pengetahuan tentang hukum positif dengan pendekatan komparatif sebagai instrumen pembangunan. Pada

⁹ For details on the subject, see generally Grossfeld, *The Strength and Weakness of Comparative Law* (1990), especially Chapter III.

tingkat praktis metode komparatif telah hal yang sangat penting untuk mengisi kekosongan dalam undang-undang atau hukum kasus pengadilan dan proses peradilan. Hal ini juga berfungsi sebagai alat dalam memperoleh usul sejarah dari aturan-aturan hukum tertentu dan konsep yang telah diwariskan atau ditransplantasikan dari yurisdiksi lain. Melalui metode ini, hal itu dirasakan bahwa itu akan throw cahaya dalam mencari solusi alternatif terhadap masalah yang muncul. Kasus Masyarakat Eropa menetapkan contoh terbaik, yang Pengadilan (ECJ) dengan afinitas sejarah hukum dan derivasi, hakim terikat untuk memanfaatkan pengalaman mereka sendiri sebagai pengacara dalam negara-negara anggota.¹⁰

Sehubungan dengan pentingnya perbandingan hukum sebagai sarana pembangunan Steiner menunjukkan bahwa apa yang jelas untuk satu orang, mungkin tidak jelas bagi yang lain. Namun, Pengadilan Eropa Kehakiman Masyarakat Eropa (ECJ) telah sangat berhati-hati untuk menunjukkan bahwa aspek yang berbeda harus dipertimbangkan dalam menilai apakah efek penyisihan jelas dan jelas ; berbagai versi bahasa dari ketentuan tersebut harus dibandingkan ; perbandingan konsep hukum harus diperiksa ; setiap ketentuan hukum Masyarakat harus ditempatkan dalam konteks dan ditafsirkan dalam terang ketentuan hukum Masyarakat secara keseluruhan, dalam terang tujuan hukum masyarakat dan negaranya evolusi pada tanggal ketentuan yang terlibat adalah menjadi diterapkan.

Berbeda dengan unifikasi, yang merenungkan substitusi dari dua atau lebih sistem hukum dengan satu sistem tunggal, harmonisasi hukum muncul secara eksklusif dalam literatur hukum perbandingan, dan terutama dalam hubungannya dengan yurisdiksi lain, transaksi pribadi. Harmonisasi berusaha untuk ‘ efek perkiraan atau koordinasi ketentuan hukum yang berbeda atau sistem dengan menghilangkan perbedaan besar dan membuat persyaratan minimum atau standar.’¹¹

Dengan demikian, perbandingan sebagai alat untuk rekonstruksi bantuan untuk mempromosikan klarifikasi dan simplication hukum dan

¹⁰ Lihat Peter de Cruz, *Comparative Law in the Changing World* (London: Cavendish Publishing, 1999), 21.

¹¹ Kamba, “Comparative Law: A Theoretical Framework,” *ICLQ* 23 (1974): 501.

adaptasi yang lebih baik untuk kebutuhan sosial, untuk mengamankan administrasi yang lebih baik dari keadilan, dan untuk mendorong dan melaksanakan pekerjaan hukum ilmiah dan ilmiah.

C. SURVEY METODE PERBANDINGAN HUKUM

Pertanyaan metode telah menjadi perhatian utama dari comparatists dan sumber untuk terus-menerus perdebatan hingga saat ini. Karena metodologi yang beragam yang muncul dari perspektif yang berbeda yang mendasari paradigma hukum perbandingan apa berikut akan difokuskan pada metodologi dominan.¹²

Selama rentang sejarah disiplin hukum perbandingan itu didirikan bahwa ada perbedaan yang jelas antara abad kesembilan belas pra-modernis dan munculnya modernisme pada awal abad kedua puluh. Tepatnya, studi perbandingan hukum di bekas belum tentu kosmopolitan di mana komparativis terlibat dalam tipologi yang mencurigakan dan tidak ilmiah sistem hukum dunia atas dasar jenis evolusi dasar pembangunan sosial dan hukum. Oleh karena itu, mereka bekerja dengan pengetahuan yang sebenarnya sedikit dari sistem hukum yang mereka pelajari.

Selain itu, tampak bahwa perbandingan hukum berfungsi sebagai sarana memperkuat otoritas kekuasaan kolonial sebagai produsen grand rasionalisasi untuk perluasan kepentingan Eropa-Amerika dan hukum di seluruh dunia. Akibatnya, pada tingkat metodologis, hukum ditandai dalam definisi yang sangat sempit “konsepsi terbatas hukum sebagai fatwa dari legislatif atau pengadilan saja yang terlalu sering menyebabkan kesimpulan bahwa mereka yang tidak memiliki lembaga seperti tidak memiliki hukum.”¹³ Oleh karena itu, tidak berlebihan untuk

¹² Most often than not, scholars would rather deal with paradigm than trying to provide the ultimate definition of comparative law. See generally Gunter Frankenberg, “Critical Comparison: Re-Thinking Comparative Law,” *Harvard International Law Journal* 26 (1985): 426-7; See also Annelise Riles, “Wigmore’s Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information,” *Harvard International Law Journal* 40 (1999): 221-2.

¹³ Karya yang membahas konteks dimana Orientalisme menginterferensi ranah

menyatakan bahwa studi banding hukum selama periode awal terdiri terutama dari “merpati holing” sistem hukum menjadi tradisi jelas dibedakan.

Pada abad kedua puluh, bagaimanapun, ia segera dirasakan bahwa metode ini pada dasarnya tidak memuaskan, rasa apa hukum yang sebenarnya adalah seperti dalam operasi dibutuhkan. Penelitian hukum banding sekarang mulai melampaui analisis formal belaka sistem hukum. Ini menjadi lebih “ilmiah” dan lebih “dinamis” dan meninggalkan kerangka evolusi dalam mendukung pemahaman yang lebih fungsionalis hukum. Dengan kata lain, fashion dinamis berarti dengan mempelajari penerimaan dan pinjaman luar negeri dari prinsip-prinsip hukum, pengaruh kekuatan politik dan ekonomi pada hukum, dampak hukum pada lembaga-lembaga sosial, dan penciptaan hukum melalui putusan pengadilan, undang-undang, dan tindakan eksekutif. Jenis penelitian hukum berusaha untuk memahami apa hukum yang berlaku dalam masyarakat.

Bertitik tolak dari sudut pandang ini, oleh karena itu, perdebatan metodologis dalam perbandingan hukum pada tahap ini hanyalah sebuah pertanyaan tentang jenis apa dan berapa banyak konteks kita termasuk, atau apa metode ilmiah yang kita pilih. Sejauh paradigma hukum perbandingan prihatin, comparatists telah mengembangkan berbagai metodologi sesuai dengan kebutuhan perubahan kondisi sosial, politik dan ekonomi. Di antara berbagai metodologi, mungkin yang paling dominan dari mereka adalah perbandingan ensiklopedis. Metode ini yang didasarkan pada proposisi desain Leibniz’ untuk *Theatrum Hukum mundi*, adalah

hukum di era modern sangat banyak, perhaps the most notable of which are Teemu Ruskola, “Legal Orientalism,” in *Michigan Law Review* 101 (2002): 179 *et seq.*; Wael B. Hallaq, “The Quest for Origins or Doctrine ? Islamic Legal Studies as Colonialist Discourse,” *UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law* 2 (2002): 1-31. In the latter article Hallaq sets forth a premise that while Orientalism (within or without the discipline of legal studies) is admittedly multifaceted and quite diverse in both its methodological approaches and positive findings, its constitutive tenets are by definition shared by the great majority of its exponents and, quite possibly by all of them. He further maintains that justification and rationalization underlie the tenor of Orientalist writings on the so-called modern reforms. The discussion about the mythic “close of the gate of ijtihad” is one of the colonialist enterprise to displace the shari’ah if not demolish it all together. Lihat halaman 5.

penggambaran komparatif atau representasi hukum semua orang, tempat dan waktu. John Henry Wigmore mengadopsi metode ini dan menerapkannya dalam praktek ilmiah. Demikian pula, menjelang akhir tahun 1980-an Encyclopedia internasional Hukum Perbandingan mengikuti jejak Wigmore yang.¹⁴

Metode kedua adalah Perbandingan Konstruktif, yang merupakan satu-satunya pendekatan preskriptif untuk perbandingan hukum. Metode perbandingan bervariasi dari spekulasi beralasan Aristoteles yang berkaitan dengan konstitusi yang ideal berdasarkan perbandingan konstitusi negara kota Yunani melalui Montesqieu De l' esprit des lois lebih usaha saat ini mengarah ke modernisasi, unifikasi dan perbaikan hukum internasional order melalui undang-undang komparatif.¹⁵

Metode ketiga adalah Perbandingan Sejarah Rekonstruksi tujuan utama yang adalah untuk mengungkap asal-usul dan perkembangan lembaga, bentuk dan kategori hukum modern dan prinsip-prinsip evolusi hukum. Selain itu, juga bertujuan untuk memberikan rekening komprehensif pluralisme hukum atau lebih tepatnya untuk mengetahui 'hukum yang tepat' yang memenuhi tuntutan budaya tahap tertentu perkembangan sosial manusia. Untuk kata lain, rekonstruksi sejarah Perbandingan kemudian adalah perusahaan dari etnolog hukum¹⁶ dan lebih filosofis berorientasi sekolah hukum sejarah¹⁷

Metode keempat adalah kombinasi -plus. Sebenarnya, itu bukan

¹⁴ *The International Encyclopedia of Comparative Law* is unquestionably the most ambitious and prestigious enterprise in global comparison. The contribution of hundreds of scholars up to 1980s amounts to more than fifteen volumes.

¹⁵ K. Zweigert and H. Kotz, *An Introduction to Comparative Law* (1977): 44-5, as quoted in Gunter Frankenberg, "Critical Comparison: Re-Thinking Comparative Law," *Harvard International Law Journal* 26 (1985): 427.

¹⁶ For an account of ethnological studies, see M.B. Hooker, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and New-Colonial Laws* (1975), 6-54. For a more recent studies on this genre see, Baudouin Dupret et. al. (eds.), *Legal Pluralism in the Arab World* (The Hague, The Netherlands: Kluwer Law International, 1999).

¹⁷ Gunter Frankenberg, "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law," *Harvard International Law Journal* 26 (1985): 427.

paradigma atau tipe ideal karena menarik dari dan luka di seluruh pendekatan lain untuk perbandingan hukum.¹⁸

Metode Kelima adalah fungsionalisme komparatif, yang mengklaim telah memecahkan masalah membangun rujukan netral untuk perbandingan.¹⁹ Sebuah gambaran yang lebih sistematis orientasi teoritis ini umumnya digambarkan dalam tabel berikut.²⁰

Berbeda dengan proposisi Frankenberg yang disebutkan di atas, Riles di sisi lain, membahas tiga posisi metodologis yang merupakan tiga kelompok ulama bekerja di bawah payung disiplin hukum perbandingan, yaitu sekolah Categories, Konteks dan Wacana masing-masing.²¹

Berkenaan dengan mantan, Kategori Sekolah, yang kadang-kadang ditunjuk sebagai “mainstream“ atau “tradisional,“ dicirikan dalam peran utama mereka dalam penulisan semua yang paling penting kasus - buku dan perjanjian dalam ranah hukum perbandingan.

Perhatian utama yang penting untuk kelompok ulama pertanyaan seperti bagaimana norma yang sama atau berbeda dari satu yurisdiksi yang lain, bagaimana norma-norma tersebut dipinjam atau ditransplantasikan, dan bagaimana mereka disajikan dalam bentuk yang berbeda-beda atau sama aturan. Bagaimana doktrin hukum kontrak yang sama atau berbeda dari satu yurisdiksi yang lain, misalnya ? Apa setara fungsional doktrin tertentu dalam yurisdiksi lain ?

Sejauh Kelahiran UU Perbandingan modern ini telah diterima secara luas bahwa Kongres Internasional Hukum Perbandingan diadakan pada tahun 1900 di Paris, menandai awal dari perbandingan hukum modern.

Lamberts menegaskan bahwa : “perbandingan hukum harus menyelesaikan perbedaan disengaja dan memecah belah dalam hukum masyarakat pada tahap pembangunan yang sama budaya dan ekonomi, dan mengurangi jumlah divergensi dalam hukum, disebabkan tidak kualitas politik, moral

¹⁸ Gunter Frankenberg, “Critical Comparisons,” 427.

¹⁹ Gunter Frankenberg, “Critical Comparisons,” 428.

²⁰ Gunter Frankenberg, “Critical Comparisons,” 428.

²¹ See Riles, “Wigmore’s Treasure Box,” 230-250.

atau sosial yang berbeda negara tetapi kecelakaan sejarah atau keadaan sementara atau kontingen.”²²

Pada pergantian abad ke-21 yang membawa dengan itu era globalisasi telah menjadi salah satu sumber untuk minat baru dalam perbandingan hukum. Hal ini dapat dilihat dari antusiasme baru sarjana hukum konstitusional dan orang lain untuk kasus komparatif dan bahan. Demikian pula, dalam proses pengambilan keputusan, pengadilan Amerika, misalnya, telah mulai mempertimbangkan nilai bahan perbandingan.²³ Selain itu, [generasi baru sarjana hukum yang satu dekade lalu mungkin telah ditarik ke hukum, studi interdisipliner hukum, atau hukum konstitusi, dan yang luar kepada masyarakat terorganisir sarjana hukum perbandingan, antusias mengklaim perbandingan hukum untuk mereka sendiri.²⁴ Namun, kecenderungan globalisasi, sebagai konsekuensinya, mengakibatkan efek masuk akal yang menyebabkan untuk tujuan dan metode perbandingan hukum.

D. PERKEMBANGAN HUKUM PERBANDINGAN DI TIMUR TENGAH

Munculnya gerakan kontemporer untuk mereformasi sistem hukum Islam di negara-negara Muslim dengan kodifikasi memberikan dorongan untuk kesadaran akan pentingnya studi banding. Untuk memberikan tanggal yang tepat mengenai asal usul perbandingan hukum di Timur

²² Eduard Lambert “Proces-verbaux des seances et documents, Congres international de droit compare (1905).

²³ See *inter alia* Roger Miner, “The Reception of Foreign Law in U.S. federal Courts,” *American Journal of Comparative Law* 43 (1985): 581 Di mana ia mengkritik rekan-rekannya di bangku Sirkuit Kedua dan seluruh pengadilan federal untuk ketakutan irasional mereka hukum asing ; Richard J. Cummins juga menganjurkan sentralitas perbandingan hukum dalam pendidikan hukum yang harus memberikan para siswa dengan pelatihan yang diperlukan untuk bekerja baik sebagai coucel perusahaan atau sebagai pengacara, in his “International Practice and Comparative Legal Studies,” *Journal of Legal Education* 35 (1985): 421.

²⁴ Marie-Claire Belleau, “The Juristes Inquiets’: Legal Classicism and Criticism in Early Twentieth-Century France,” *Utah Law Review* (1997): 379.

tengah adalah masalah dugaan. Namun, seperti yang telah ditegaskan, karena comparativism berjalan sejajar dengan seruan mendesak untuk proses kodifikasi, oleh karena tidak dapat dipungkiri bahwa diskusi harus diarahkan untuk kerangka konteks sejarah kodifikasi pada umumnya.

1. Ide awal dari Taqni/Kodifikasi

Dorongan untuk membuat hukum Islam baik lebih bersatu dan berlaku untuk cahaya hidup lemparan sebenarnya untuk kesadaran baru dari para sarjana hukum Islam untuk memperkenalkan kodifikasi, ide dari yang disangkal karena sangat banyak pemikiran Ibn Muqaffa'.²⁵

Ide ide Ibn Muqaffa pada taqni n juga diterapkan oleh Kekaisaran Ottoman dalam bentuk kodifikasi hukum Islam berdasarkan sekolah Hanafi meskipun terbatas pada hal-hal yang berkaitan dengan sipil dan tidak menutupi hukum agama dan pidana.²⁶

In his letter to the Caliph al-Mansur²⁷ regarding this matter, Ibn al-Muqaffa' wrote: Apa Amir al-Mu'minin melihat, mengenai soal kedua kota ; Basra dan Kufah dan kota-kota lain dan daerah, perbedaan ini putusan bertentangan yang telah mencapai proporsi yang besar tentang peraturan yang berkaitan dengan kehidupan, kesucian dan properti. Aturan tentang kehidupan dan kesucian diperbolehkan dalam Basra

²⁵ Bearing the full name Abu Muhammad ibn al-Muqaffa' (102 H/ 720 CE – 139 H/ 756 CE) he is a man of Arabic literature and played an important role in effort to translate various works in Persian and Indian Literatures into Arabic. Abu al-'Abbas Shams al-Din Ahmad Ibn Khallikan, *Wafayat al-A'yan wa Abna' Abna' al-Zaman*, vol. 2 (Qum, Iran: 1343 H), 151.

²⁶ Patut dicatat bahwa karya Ibn Muqaffa dalam ranah fiqh tidak dapat ditemukan karena dia bukan ahli fiqh (faqih). Hanya Pandangannya yang berkaitan dengan fiqh adalah bahwa taqni n, dan karena itu, meskipun suara pengikutnya untuk kebutuhan kodifikasi hukum Islam, dan tentu saja tidak menyangkal penguasaan dalam bahasa Arab, dia cocok untuk disebut seorang analis dari fiqh.

²⁷Abd Allah ibn Muhammad ibn 'Ali ibn al-'Abbas Abu Ja'far al-Mansur, the second Abbasid Caliph was born in Jami'ya near Ma'an in 714 CE. and died in Bi'r Maymun while performing pilgrimage in 775 CE. He is knowledgeable of *fiqh* and *adab*, leading in philosophy and monarchy, loving the learned persons/*ulama*. In addition, he is also responsible for establishing the city of Basra. Al-Tabari, *Tarikh al-Tabari*, vol. 9, 292.

dilarang di Kufah, perbedaan pendapat tersebut terjadi di jantung Kufah, sesuatu yang diperbolehkan dalam satu daerah tetapi tidak yang lain. Namun, al-Mansur tidak bertindak sesuai dengan surat ini meskipun ia dipengaruhi oleh itu. Pengaruhnya membuatnya untuk membuat fuqaha' dan muhadditsun untuk merekam apa yang telah mencapai mereka sampai orang memiliki referensi yang mereka bisa merujuk. Alasan al-Mansur untuk tidak bertindak atas pendapat Ibn al-Muqaffa' dalam meletakkan konstitusi dan kanon bagi negara, yang akan membawa orang bersama-sama pada putusan tertentu/ ahkam adalah apa yang terjadi antara dia dan Ma lik.

Lebih lanjut, Ibnu Sa'ad meriwayatkan di al-Tabaqat bahwa Malik bin Anas mengatakan : "ketika al-Mansur pergi berziarah dia berkata kepada saya : Saya telah memutuskan untuk memesan orang untuk mengikuti buku yang telah Anda tulis. Mereka akan disalin, maka saya akan mengirim salinan ke kota-kota penduduk Muslim dan saya akan memerintahkan mereka untuk bertindak sesuai dengan itu dan tidak mengacu pada karya-karya lain. Jadi, saya berkata o Amir al-Mu'minin! Jangan lakukan ini. Orang-orang sudah memegang pendapat, dan mereka telah mendengar h adi th laporan diriwayatkan, setiap orang mengambil apa yang telah mematuhi. Biarkan orang-orang dari masing-masing kabupaten memutuskan sendiri.

Akibatnya, sekolah, dan opini tidak bersatu dan orang-orang dieksekusi ijtihad dan pribadi penalaran (ra'y) sebagai alat untuk menemukan keputusan mereka dianggap benar. Dan pilihan tetap untuk hakim dan penguasa untuk menilai dengan apa yang mereka anggap sesuai, dan oleh karena itu setiap ima m sekolah memiliki siswa yang datang untuk mempelajari mantan pendapat dan menjelaskan sekolahnya. Selain itu, prospek terhadap perselisihan ini yang terjadi berubah dan menjadi ilmu tentang dirinya sendiri yang mereka sebut ilmu kontroversi (' ilm al-ikhtilaf).

2. Studi Perbandingan dalam Lingkup Hukum Islam

Tampaknya mungkin menunjukkan kepada waktu sebelum abad ke-19 yang belajar ulama Islam telah menjalani studi banding di berbagai

bidang pengetahuan.²⁸ Dalam ranah hukum, khususnya, ada banyak yang ahli hukum yang menulis risalah tentang hukum Islam sesuai dengan dasar perbandingan seperti itu dari Al-Fiqh ‘ala al-Madhahib al-Arba’ah. Genre ini bekerja bahwa comparativism mengandung arti umumnya disebut muqaranah atau muqa ranat al-Madhahib dan lain-lain. Para ahli hukum comparatist memberikan putusan atau hukm dari berbagai risalah hukum Islam klasik kasus tertentu. Dalam penanganan mereka pertanyaan ini sedang dibahas, ahli-ahli fiqh / fuqaha ‘ merujuk ke beberapa argumen normatif.

Sedemikian rupa, genre semacam ini penelitian menjelaskan pandangan berbeda dari ahli hukum atau fuqaha dari sekolah yang berbeda pemikiran untuk masalah yang diberikan. Hal ini juga memberikan penjelasan argumen yang digunakan dari putusan masing-masing atau hukm dan sementara membandingkan antara argumen, memberikan kritik, dan mengambil sikap dari pandangan yang paling menguntungkan berdasarkan keandalan dan kekuatan argumen, tujuan akhir dari yang untuk kebaikan masyarakat dan untuk menghindari bahaya.

Menariknya, dalam banyak kasus, ahli-ahli fiqh membahas rasional setiap tampilan, dan mengambil sikap berpendapat diterima paling banyak atau otoritatif. Ini bukan untuk menyangkal tentu kemungkinan sarjana yang hanya menggambarkan pendapat dan meninggalkan pembaca untuk memutuskan apa putusan yang paling disukai. Singkatnya, tampaknya, bahwa comparativism hukum dalam periode ini terbatas dalam bidang pendapat yang berbeda dari sekolah yang didirikan pemikiran hukum Islam.

Meskipun jenis comparativism telah ditemukan dalam karya-karya ahli hukum seperti besar seperti Syafi’i al-Umm, Sarakhsi al-Mabsut,²⁹ Ibn Rushd’s *Bidayat al-Mujtahid*, Ibn Qudama’s *al-Mughni*,³⁰ karya-karya

²⁸ In the field of theology or *kalam*, for instance, *al-Milal wa al-Nihl* of Shahrastani.

²⁹ Dalam bukunya, al-Sarakhsi systematically expounds al-Shaybani’s (d. 804) compilation of the legal doctrines of the two founders of the Hanafi school of law, Abu Hanifah (d. 767) and Abu Yusuf (d. 798). See Khalil al-Mays, *Faharis al-Mabsut* (Beirut: Dar al-Ma’rifah, 1980), 7-10.

³⁰ Muwaffaq al-Din Ibn Qudamah, *Al-Mughni ‘ala Mukhtasar Abi al-Qasim*

ini, bagaimanapun, tidak diakui sebagai semacam apa yang dimaksud dalam genre komparatif secara hukum. Alasannya adalah karena, itu hanya menyebutkan pendapat yang berbeda, mendiskusikannya sebagai sarana menegaskan keandalan pandangan master yang menulis buku.

Namun, gerakan kontemporer apa yang kemudian dikenal sebagai tren modern di perbandingan hukum antara kode sipil dan hukum Islam menjadi beton sebagai respon terhadap kebutuhan yang secara langsung menyentuh pada reformasi dalam bentuk kodifikasi, untuk mendorong gerakan kontemporer kodifikasi prinsip hukum Islam dan menunjukkan keuntungan dari hukum Islam dan keunggulannya atas sistem lain dan penegasan dari kemampuannya untuk mengaktualisasikan keseimbangan antara kepentingan individu dan komunal.

Perkembangan selanjutnya studi banding mungkin menyarankan untuk terjadi sebagai akibat dari kolonisasi di seluruh Timur Tengah. Penjajahan membawa serta perubahan yang luar biasa dengan subjek terjajah di sebagian besar jalan hidup dari pertanyaan otoritas, politik, ekonomi, hukum dan pendidikan. Gerakan reformasi yang paling penting dalam sejarah modern dunia Muslim mengakibatkan Tanzimat, yang diperkenalkan untuk seri pertama kali undang-undang yang diimpor dari Eropa yang akan dilaksanakan municipally di Kekaisaran. Di bawah program reformasi ini, itu sekaligus ditujukan untuk modernisasi dan upaya untuk mencegah disintegrasi kekaisaran majemuk dari segi agama dan etnis. Dengan demikian, itu juga merupakan upaya untuk mengimbangi ekstrem halus Ottoman, sebagian untuk mengesankan Powers capitulatory barat dan sebagian untuk mereformasi sistem hukum Kekaisaran itu. Dengan demikian, reformasi hukum di dunia Muslim mulai menjelang pertengahan abad kesembilan belas di Kekaisaran Ottoman di bawah enactments peraturan seri pf dikenal sebagai Tanzimat.

Beberapa kode sipil yang disusun, yang paling penting dari yang Majallat al-Ahkam al-'Adliyyah, singkat dikenal sebagai Majallah, atau Mejelleh, diumumkan pada tahun 1877. Hal ini telah diterima secara luas bahwa munculnya kodifikasi Majallat al-Ahkam selama abad ini menandai awal perkiraan studi banding meskipun masih terbatas dalam batas-batas sekolah Hanafi. Implikasi lebih lanjut dari tahap perkembangan

memberikan dorongan lebih pada mode ini studi untuk sarjana Muslim, terutama dari Azhar dalam mewujudkan studi banding sehingga telah mensponsori seminar dan kongres pada subjek.

Dalam kongres internasional perbandingan hukum yang diselenggarakan di Lahai tahun 1932 itu memberi ruang untuk hukum Islam kesiapan sebagai subjek diskusi mereka. Dalam pertemuan serupa pada tahun 1950, kongres dianggap hukum Islam sebagai unsur perbandingan yurisprudensi dan mengusulkan untuk membentuk seri mingguan hukum Islam.³¹

Dari sisi sumber, Majallah berasal dari ketentuan syariat risalah klasik banyak sekolah Hanafi yang telah sekolah resmi di kekaisaran sejak awal abad ke - enam belas. Dalam pandangan kasus pada masalah tertentu bervariasi, pandangan yang paling cocok untuk kebutuhan komersial kontemporer dan praktek umum diambil.³² In addition, it is characterized with modest language and confined to a single opinion in order for it to become easier for both reference and application.

Oleh karena itu Majallah dimaksudkan untuk menjadi hukum perdata umum suling dari putusan atau hukum dari risalah fuqaha itu. Itu adalah bentuk pendek dari kode sipil, berdasarkan hukum dari Isinya bagian umum yang luas dan set ketentuan berbagai kontrak, kewajiban non-kontrak, dan hal-hal prosedural tertentu. Majallah, maka, menandai awal dari kodifikasi dalam sejarah hukum Islam dalam arti sebenarnya dari kata.³³

Umar al-Khiraqi. Rashid Rida, ed., 12 vols. (Cairo: Dar al-Manar, 1341-48/ 1922-30).

³¹ Seri pertama diadakan di Paris pada tahun 1951, di mana hukum Islam ditandai sebagai sistem besar yurisprudensi dan bahwa nilai mata pelajaran yang berada di luar pertanyaan. Lihat 'Abd al-Nasir al-Attar, *Tatbiq al-Shari'ah al-Islamiyyah*, 52.

³² Sebuah contoh penting dari hal ini adalah pasal 207 dari Majallah, yang memvalidasi penjualan buah-buahan tidak ada. Artikel tersebut didasarkan pada pandangan terisolasi dari Muhammad Hasan al-Shaybani, yang menyimpang dari pandangan yang berlaku di kalangan para ahli hukum Hanafi. Lihat C.A. Hooper, *The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan*, vol. I (Jerusalem, 1933), 9.

³³ Mayoritas ilmuwan setuju dengan pendapat tersebut, lihat antara lain Subhi Mahmassani, *Falsafa al-Tashri'*, 64, 65; Mustafa al-Zarqa', *Al-Madkhal al-Fiqh al-'Am*, 199; Shafiq Shahatah, *Al-Ittijahat al-Tashri'iyyah*, 19; Muhammad Mustafa Shalabi, *Al-Madkhal fi al-Ta'rif bi al-Fiqh al-Islami*, 158.

Hasil terlihat dari kodifikasi seperti Majallah disediakan tidak hanya keseragaman atau standarisasi hukum karena hanya solusi tunggal untuk masalah tunggal, tetapi juga membuat referensi ke syariat relatif lebih mudah. Setelah disintegrasi kekaisaran, Majallah bertahan di berbagai wilayah yang baru merdeka di berbagai tingkat. Ini kemudian digantikan oleh Codes nasional masing-masing, tapi tetap saja itu ditandai sebagai batu penjuruk dalam pengembangan kode sipil Islam, bentuk yang disusun sepanjang garis dengan model Barat.

Namun, karena Majallah disusun sebagai sebuah insiden reformasi hukum umum di Turki yang dimulai dengan Hattı Şerif Gulhane pada tahun 1839. Kesulitan itu, seperti sekarang dalam konteks Arab umum, adalah untuk melestarikan “ lembaga-lembaga Islam, sementara Kekaisaran Ottoman berubah dari Islam ke masyarakat Barat.”³⁴

Memang, dalam proses kodifikasi Majallah, metode komparatif yang terlibat dalam memilih bahan dari berbagai risalah dari sekolah Hanafi. Meskipun, di utama, itu didasarkan pada berbagai keputusan, pandangan mazhab lain, pada tingkat lebih rendah juga dimasukkan. Selain itu, dalam hal prosedur dan gaya, dapat dilihat bahwa itu terstruktur sesuai dengan gaya kode pada umumnya, semua yang tidak dapat dipungkiri bahwa perbandingan adalah operasi pada setiap tahap pembuatannya.

Dengan mempertimbangkan penting dari Majallah, sejumlah ahli hukum menulis komentar dalam secara komprehensif. Kepala di antara ini adalah Ali Haidar Durar al-Hukkam Sharh Majallat al-Ahkam yang awalnya ditulis dalam bahasa Turki yang kemudian diterjemahkan ke dalam bahasa Arab oleh Fahmi al-Husayni ; sama, komentar oleh Salim Baz Rustam al-Lubnani, komentar oleh Syaikh Kha lid al-Atasi, seorang mufti Damaskus.

Pada tahun 1891 Muhammad Qadri Pa sha³⁵ made a similar attempt

³⁴Khadoury and Leibesny, *Law in the Middle East* (Washington: Middle East Institute, 1955), 292.

³⁵ Lihat Qadri Pasha’s unique career, which combined traditional training in Islamic law and modern legal studies in Europe, in Muhammad Husayn Haykal, *Tarajim Misriyyah wa Gharbiyyah* (Cairo, 1929), 109-18; cf. Tawfiq Askarus, “Muhammad Qadri Pasha,” *al-Muqtataf* 48 (1916): 253-63.

to push the reform ahead in which he individually produced *Murshid al-Hayran*,³⁶ a treatise in the form of code covering important areas of civil law such as contracts, land ownership, properties and agencies based on Hanafi school of law. In addition, he also wrote a code exclusively dealing with *waqf* or endowment *Qanun al-Adl wa al-insaf li al-Qada' Ala Mushkilat al-Awqaf*.

Menjadi dimaksudkan untuk menjadi sebagai pengingat nasionalistik keberadaan hukum Hanafi di bidang kontrak, meskipun tidak pernah dilaksanakan, itu dianggap sebagai buku teks otoritatif di sekolah-sekolah pemerintah. Meskipun karya-karya ini menjadi preseden untuk proses kodifikasi dalam hukum perdata dan komersial, secara substansial, bagaimanapun, tidak ada perubahan signifikan yang dibawa oleh salah satu Majallah atau kode Qadri Pasha.

Namun, Mesir dari 1875 dan seterusnya sudah lebih jauh daripada Ottoman dalam mengadopsi hukum Perancis di menyebarkan hukum pidana, komersial, dan maritim mereka, dan dalam mendirikan sebuah sistem hukum sekuler. Apa Mesir dikatakan telah diimpor dari Barat, sebenarnya dipinjam dari Mesir oleh Napoleon yang dengan bangga mengklaim untuk kode-nya, “kemuliaan yang sebenarnya saya bukan 40 pertempuran saya menang, kekalahan Waterloo akan menghancurkan mereka. Apa yang akan hidup selamanya adalah kode sipil saya.”³⁷

Kodifikasi yang paling penting dari hukum perdata di Timur Tengah datang setelah independen. Selama tahun 1940-an, itu adalah hasil

³⁶ The full title of this treatise is *Murshid al-Hayran ila Ma'rifat ahwal al-Insan* (*A Guide to the Confused leading to Knowledge of the Condition of Man*), the aim of which is an attempt to codify Islamic law for Egypt along the lines of the better known Ottoman Civil Code or the *Mecelle*. It remained in manuscript form only until 1889. By that date, Qadri had left government politics, and offered the work as a scholarly contribution only. See Ron D. Cannon, “Social Tensions and the Teaching of European Law in Egypt Before 1900,” *History of Education Quarterly* (Fall) (1975): 303.

³⁷ See Muzaffar Hussain, “Islamic Law and the Modern Age,” *Hamdard Islamicus* XXII(1) (1997): 1-2.

dari kerja disutradarai oleh Sanhuri yang maju proses reformasi langkah maju di mana kompromi antara syariat dan hukum sekuler dicapai.³⁸

Penekanan dari kebutuhan studi banding antara hukum Islam dan hukum sekuler terus disuarakan setelah kematian Sanhuri yang jelas dalam pertemuan pertama Dekan Fakultas Hukum Universitas Arab yang diadakan pada bulan April 1973 di University of Beirut.³⁹ Hal ini menyatakan bahwa pentingnya fakultas hukum di universitas Arab yang harus belajar hukum Islam dengan karakteristik yang berbeda sebagai sumber resmi untuk kodifikasi di sebagian besar negara-negara Arab, dan sebagai sumber sejarah untuk undang-undang di semua negara di kawasan itu.

Pada tahun berikutnya pertemuan kedua dewan ini diadakan di Baghdad, yang datang untuk rekomendasi yang sangat penting. Dari berbagai rekomendasi yang diajukan, yang paling signifikan antara lain : 1) untuk serius berkonsentrasi pada belajar hukum Islam sejak akhir dari identitas Arab mensyaratkan bahwa dari melihat kembali ke syariat dan memiliki penuh percaya diri di dalamnya sebagai sumber utama untuk undang-undang Arab bersatu, 2) sumber utama, 3) untuk mendirikan pusat atau lembaga yang akan berurusan dengan syariat standar dan kodifikasi di seluruh dunia Arab.⁴⁰

Forum ini bertujuan untuk menyiapkan kajian komprehensif dari kedua syari'at dan undang-undang yang akan berharga bagi legislator hukum positif. Selain itu tubuh ini juga diharapkan mampu menerobos tampilan yang dibutuhkan oleh negara-negara Arab dan komite resmi dan memberikan saran, dan sistematis mengatur pekerjaan pemeriksaan dekat papan untuk syari'at di dunia Arab. Sebagai soal fakta studi perbandingan hukum telah membuka jalan untuk seperti survei hukum daerah melalui pengetahuan yang lebih baik dan apresiasi yang lebih baik dari hukum asing oleh pengacara dari sistem hukum yang diberikan.

³⁸ The role played by Sanhuri in drafting the New Egyptian Civil Codes will be discussed in Chapter Six.

³⁹ M. Faruq Nabhan. *al-Madkhal li al-Tasyri' al-Islami* (Beirut: Dar al-Qalam, 1981), 361. Herein after quoted as Nabhan. *al-Madkhal*.

⁴⁰ Nabhan. *al-Madkhal*, 362.

Dari sudut pandang ini studi hukum Islam, hukum umum dari negara-negara Timur Tengah, adalah kepentingan khusus.

E. SANHURI DAN PERBANDINGAN HUKUM

Isu yang dibahas sejauh ini, telah dijelaskan sejarah perkembangan kodifikasi dalam sistem hukum Islam serta memeriksa sejauh mana perbandingan hukum sela ke seluruh proses, tapi metode komparatif yang digunakan masih terbatas pada ranah hukum Islam. Mengingat fakta bahwa pada paruh pertama abad ke-19, Mesir mencari undang-undang yang tepat, proses yang melibatkan dua kepentingan bertentangan, Islamis vis a vis sekuler. Selain itu, situasi menjadi semakin kompleks dengan kondisi politik dan ekonomi deteorating.

Perkembangan perbandingan hukum di Timur Tengah berutang terutama untuk peran yang dimainkan oleh Sanhuri.⁴¹ Penggunaan metode perbandingan hukum merupakan sarana penting untuk skema pembangunan hukum Sanhuri tentang reformasi sistem hukum di dunia Arab, yang juga merupakan batu penjurur dari asal historis dari perbandingan hukum di wilayah tersebut. Dalam rangka untuk memiliki pandangan yang lebih baik tentang bagaimana Sanhuri berkenalan dengan perbandingan hukum, pameran ini merupakan upaya untuk melihat asal-usul historis dari pengenalan hukum banding ke tanah Arab. Oleh karena itu, pada saat ini bahwa studi banding terwujud dalam konteks yang lebih luas pada masa 'Abd al-Razza q al-Sanhu ri.

Seperti yang telah disebutkan sebelumnya dalam bab dua Sanhuri, seperti kebanyakan sangat termotivasi lulusan sekolah menengah, mulai studi hukumnya di Madrasah al-huquq al-Khidiwiyyah di Kairo dari mana ia memperoleh izin en droit pada tahun 1917. Selama rentang sejarahnya Sekolah itu sendiri telah menjadi target sengketa antara pemerintah Perancis dan Inggris di Kairo.⁴²

⁴¹ See Nabil Saleh, "Civil Codes of Arab Countries: The Sanhuri Codes." *Arab Law Quarterly* IIX(ii) (1993): 161-7.

⁴² Reid, Donald M. *Lawyers and Politics in the Arab World* (Minneapolis and Chicago: Bibliotheca Islamica, 1981), 17.

Digerakkan oleh seorang tokoh yang bernama ‘Abd al-Rahman al-Tahtawi (1801-1873), Sekolah Administrasi dan Bahasa berubah menjadi sekolah hukum, yang juga menandai awal dari studi hukum di negeri ini. Namun, direktur itu segera dipercayakan kepada Victor Vidal (1833-1889) seorang Prancis yang telah memenangkan mendukung Perancis berorientasi Khedive Ismail.⁴³ Di bawah kendali Vidal, sekolah mengalami beberapa reorganisasi penting dari kurikulum dan memperluas program hukum yang ditawarkan sebanding dengan sekolah hukum Perancis. Pada tahun 1886 lembaga resmi menjadi sekolah hukum.⁴⁴ Namun, salah satu masalah dalam mengambil model Perancis untuk diberikan adalah bahwa sekolah-sekolah hukum Perancis waktu sempit menguraikan kode Napoleon dengan cara yang sangat teoritis tanpa berhubungan hukum kepada masyarakat baik melalui sejarah atau pendekatan analitis.

Di bawah tekanan dari oposisi Eropa, ‘Ali Mubarak, Menteri Pendidikan saat itu, membuat upaya dua kali untuk menunjuk Mesir untuk berhasil Victor Vidal setelah kematian yang terakhir pada tahun 1889. Namun, upaya Mubarak datang ke apa-apa untuk Perancis sekali lagi dijamin janji mereka dengan cara tekanan diplomatik pada tahun 1891. Saat itu Charles Testoud fakultas hukum Grenoble, yang menggantikan Vidal, dan yang diproyeksikan pikiran kreatif untuk kemajuan dan persepsi pergeseran dari pendidikan hukum kemudian mendapatkan tanah di Perancis.⁴⁵

Ketika Inggris konsolidasi cengkeraman mereka di urusan Mesir pada tahun 1890, mereka melancarkan pertempuran berlarut-larut melawan Perancis untuk mengontrol sekolah hukum. Perancis akhirnya kalah perang pada tahun 1907 ketika Edouard Lambert, sutradara Perancis sekolah,

⁴³Reid menyatakan bahwa alasan utama untuk janji Vidal adalah karena partisipasinya dalam tampilan Mesir di Paris eksposisi 1867 dan les Putra Mahkota Tawfiq dalam hukum administrasi. See Reid, *Lawyer and Politics*, 18.

⁴⁴Meskipun perubahan yang perlu dibuat oleh Vidal ke sekolah, namun, ada beberapa kelemahan dari model Perancis dalam bahwa “sekolah hukum Perancis waktu sempit menguraikan kode Napoleon dengan cara yang sangat teoritis tanpa berhubungan hukum kepada masyarakat baik melalui sejarah atau pendekatan analitis.” *Lawyer and Politics*, 18.

⁴⁵ Reid, *Lawyer and Politics*, 19.

bertengkar dengan penasihat Inggris untuk pelayanan pendidikan dan mengundurkan diri. Meskipun negosiasi bilateral menteri luar negeri kedua negara, WH Hill, seorang pemuda Inggris tidak ada perbedaan tertentu, menggantikan Lambert. Direktur British berlari sekolah sampai Mesir mengambil alih pada tahun 1929.⁴⁶

Dengan demikian, Lambert menjadi dekan Perancis terakhir Khedivial Law School, dan pengunduran dirinya dan keberangkatan untuk Perancis menyebabkan protes dari kedua nasionalis Perancis dan Mesir. Dalam tahun-tahun berikutnya, ia diikuti oleh Perancis dengan lebih dari lima puluh orang Mesir, membentuk inti dari apa yang Sanhuri kemudian memanggil “l’ecole Lambert Egyptienne.”⁴⁷

Sekembalinya ke Perancis, Lambert reassumed sekali lagi posting asli sebagai profesor hukum perdata di Universitas Lyon, dan membuat alasannya kembali seperti yang disebutkan oleh peringatan untuk mentoring keluarga mengadopsi besar mahasiswa Mesir yang mengikutinya ke Lyon. Mengajar Profesor Lambert pada siswa Mesir terus terganggu sampai dihentikan oleh Perang Dunia Pertama. Meskipun demikian, Lambert sangat bangga hubungannya dengan mahasiswa Mesir itu.

Hal ini patut dicatat bahwa Mesir yang mengikutinya ke Lyon tidak sembarang mahasiswa Mesir, mereka adalah masa depan elit penguasa negara mereka. Tidak ada yang menyadari fakta ini penting lebih dari Lambert, dan ia tidak mengambil ringan prospek mentoring elit. Mencerminkan tiga puluh tahun setelah Inggris telah memaksanya keluar dari Mesir, dia bersikeras bahwa dia selalu mengerti tanggung jawabnya terhadap siswa hukum Mesir sebagai salah satu mempersiapkan mereka untuk tugas-tugas sosial dan politik yang aktif, yang menunggu mereka sebagai elit penguasa masa depan negara mereka.

Dengan demikian, disiplin baru diciptakan disebut perbandingan hukum tiba-tiba diajukan sebagai alat berguna dalam perjuangan yang sebenarnya dari sebuah bangsa terjajah untuk memodernisasi negara

⁴⁶ Reid, *Lawyer and Politics*, 19-20.

⁴⁷ Amr Shalakany, “Sanhuri: the Historical Origins of Comparative Law in the Arab World,” 170.

mereka. Aktivisme politik sehingga bergabung dengan penginjilan intelektual, dan hukum perbandingan berubah di tangan Lambert dan murid-muridnya. Dikelilingi oleh Eager Mesir berikut di Lyon, langkah strategis pertama Lambert adalah untuk memberikan ruang dilembagakan di mana ia dan murid-muridnya bisa berafiliasi, dan di mana disiplin baru dari perbandingan hukum mungkin dikejar. Menjelang akhir ini, ia mengajukan proposal kepada Universitas Lyon untuk penggabungan lembaga hukum perbandingan di fakultas hukum.⁴⁸

Namun, hal itu ditolak oleh pemerintah karena upaya Lambert tampaknya mendukung anti kolonialisme yang dianggap bertentangan dengan kebijakan luar negeri pada saat itu, bukan di November 1907 Lambert diumumkan pembentukan *Seminaire Oriental d' Etudes et Juridiques Sociales* yang finansial independen dari universitas. Butuh Universitas Lyon tahun empat belas lain untuk mengubah *Seminaire* ke status status yang lebih senior dari lembaga hukum perbandingan. Pada tahun 1921, Lambert menjadi kepala Institut de Droit Bandingkan, yang pertama dari jenisnya yang akan didirikan di Perancis, posisi yang diberikan kepadanya reputasi *comparativist* terkemuka di negeri ini.⁴⁹

Bisa dibayangkan bahwa sementara mengejar studi lebih lanjut dalam Lyon di bawah pengawasan Lambert, orang Mesir yang dihasilkan perbandingan beasiswa hukum perdana berputar dua keprihatinan utama. Di satu sisi, beberapa disertasi doktor ditempati dengan modernisasi aspek-aspek tertentu dari hukum Islam seperti doktrin *abus de droit* (penyalahgunaan hak), struktur politik kekhalifahan atau daerah umum seperti hukum swasta sebagai sumber kewajiban dan hukum wasiat. Di sisi lain, satu set yang sangat berbeda dari disertasi ditangani dengan pertanyaan spesifik yurisprudensi Barat yang sibuk pemikir hukum progresif

⁴⁸ Reid, *Lawyer and Politics*, 19-21; Amr Shalakany, "Sanhuri: the Historical Origins of Comparative Law in the Arab World," 170-1.

⁴⁹ Amr Shalakany, "Sanhuri: the Historical Origins of Comparative Law in the Arab World," 172.

di Perancis pada waktu itu, terutama peran standar dalam sosialisasi hukum perdata Perancis.⁵⁰

Setelah kembali ke rumah mereka, sebagian besar siswa Lambert memang kembali ke Kairo untuk mengawasi “transfer Royal School of Law dari bahasa Inggris ke tangan nasional. Mesir menjadi monarki konstitusional independen pada tahun 1923, elit muda diasumsikan tempat mereka dalam birokrasi modern, dan oleh 1936 Lambert mahasiswa star Sanhuri berhasil mentor untuk deanship UU Khedieval Sekolah - sekarang Royal Fakultas Hukum. Dalam kapasitasnya sebagai dekan, Sanhuri membentuk lembaga hukum perbandingan di Kairo sebanding dengan yang di Lyon, dan mengundang mentor untuk memberikan kuliah perdana institut.⁵¹

Setelah meninggalkan Mesir di Juli 1907 setelah bentrok dengan pemerintah Inggris dalam pelayanan pendidikan, Lambert sehingga kemenangan kembali ke negara untuk pertama kalinya sejak kepergiannya tiga puluh tahun sebelumnya. Kuliah disampaikan Maret 1937, dan menyimpulkan mereka Lambert dimengerti menyatakan Sanhuri menjadi, “ dalam satu kata, pria ilmu paling siap untuk membangun di Kairo sebuah [lembaga hukum perbandingan] setara dengan yang saya didirikan di Lyon.

Kemudian pada tahun itu, kedua mahasiswa dan mentor yang ditunjuk sebagai satu-satunya dua anggota komite legislatif dipercayakan oleh pemerintah Mesir untuk menyusun Kode sipil yang baru Mesir. Rezim Pengadilan Campuran telah dihapus oleh 1937 International Treaty of Montreal, dan pembentukan hukum negara itu disita dengan semangat nasionalis di restorasi kedaulatan yudisial penuh.⁵² Lambert dan Sanhuri dengan demikian bertanggung jawab untuk menulis dokumen inti yang akan dikreditkan dengan menyatukan kembali alam semesta hukum

⁵⁰ Amr Shalakany, “Sanhuri: the Historical Origins of Comparative Law in the Arab World,” 172.

⁵¹ Lihat secara umum Faruq ‘Abd al-Barr, “Abd al-Razzaq al-Sanhuri Qadiyan li al-Hurriyat al-‘Ammah,” *Majallat al-Qanun wa al-Iqtisad* 30 (special edition, n.d.): 507-509.

⁵² M.H. Davis, *Business Law in Egypt*, (London: Kluwer Law and Taxation Publisher, 1984), 30.

swasta Mesir. Hukum perdata baru mereka diresmikan pada tahun 1949 dan segera diasumsikan karir terkenal tinggi sebagai bagian paling hegemonik satu undang-undang postkolonial dalam pengalaman modern sistem hukum Arab.⁵³

Kode itu harus disalin, biasanya verbatim, oleh banyak negara-negara Arab di belakang gerakan kemerdekaan mereka, dan Sanhuri al-Wasit, komentar tuannya pada kode dan Masnya adir al-HAQQ hari ini mungkin yang paling penting risalah hukum perdata, yang perpustakaan tidak menghargai diri sendiri pengacara bisa tanpa.

Jadi dapat ditegaskan bahwa studi banding memanifestasikan dirinya dalam bentuk yang sekarang pada masa 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri yang meletakkan dasar yang sangat di mana ia melakukan kajian menyeluruh mengenai berbagai pandangan tentang tertentu kasus dalam batas-batas hukum Islam, dan pada saat yang sama, dibandingkan dengan hukum sipil sekuler. Menariknya, studi banding wacana menjadi lebih intens dengan diperkenalkan pada pendidikan tinggi di tingkat universitas di seluruh dunia.⁵⁴

F. PERBANDINGAN HUKUM DALAM MODERNITAS *VIS-À-VIS* DISKURSUS TRADITSI

Tampaknya salah satu wacana yang paling melihat dalam kondisi pasca-kolonial Arab modern wacana tradisional vis-à-vis. Wacana tersebut secara konseptual disusun menjadi dua sisi yang berbeda dari koin. Di satu sisi, itu batas memiliki pra-kolonial "tradisi", dan pasca-kolonial "modernitas" di sisi lain. Di utama, sibuk dengan memahami dan mengevaluasi berbagai transformasi di bawah bendera modernisasi, yang memiliki dampak besar pada dunia Arab sejak pertengahan abad kesembilan belas.

⁵³ Lihat Nabil Saleh, "Civil Codes of Arab Countries: The Sanhuri Codes." *Arab Law Quarterly* IIX(ii) (1993): 161-7.

⁵⁴ Ever since, the comparative law method had become the subject of interest of many a scholar to acquire degrees at graduate level. See I'bani, *Al-Harakah al-Fiqhiyyah al-Islamiyyah*, 385.

Dampak dari wacana memiliki konsekuensi yang luas yang mencakup berbagai aspek kehidupan dari hukum dan ekonomi musik, puisi dan arsitektur. Dengan demikian, karena komitmen ideologis yang beragam, di bawah rubrik wacana ini, tidak dapat dipungkiri bahwa hal itu menimbulkan berbagai kerangka pemikiran dari Islam.⁵⁵ ke sekuler liberal, semua advokasi tentang bersaing pendekatan untuk menyelesaikan ketegangan antara tradisi modernitas.⁵⁶

Tidak diragukan lagi, ada dua faktor yang saling bertentangan antara mereka yang menolak modernisasi dalam totalitasnya dan mereka yang menganjurkan adopsi penuh dari segala sesuatu yang modern. Namun, meskipun cakupan penyelidikan wacana ini sangat luas, ambang batas utamanya adalah terutama berasal dari obsesi dengan pertanyaan identitas.

Singkatnya, dasar pertanyaan apakah orang-orang Arab saat ini

⁵⁵ Saya memilih menggunakan istilah Islam/Islamisme di sini untuk merujuk pada fenomena luas dikenal di Barat sebagai “Fundamentalisme Islam.” Istilah ‘fundamentalisme’ diciptakan dan self- diterapkan oleh pihak Protestan evangelis Amerika pada tahun 1920 yang disebut khusus untuk posisi teologis ketidaktunggalan Alkitab dikembangkan antara tahun 1910 dan 1915. Lihat James Barr, *fundamentalisme* (Philadelphia : Westminster Press, 1978), 2. dalam masa yang lebih baru, istilah telah longgar diterapkan pada berbagai kelompok agama atau gerakan, yang mencari otoritas kitab suci sebagai dasar untuk mobilisasi sosial-politik. Namun, kompleksitas dan meremehkan konotasi istilah tersebut sering mengakibatkan polemik. Lihat antara lain, J. Paul Rajashekar, “Fundamentalisme Islam,” *The Ecumenical Review* 41(i) (1989): 264-84; William Shepard, “Fundamentalism” *Christian and Islamic, Religion* 17(iv) (1987): 355-78. Namun, upaya Sheperd tidak pernah menjelaskan apa kategori menyiratkan, dalam hal meningkatkan pemahaman suatu pemahaman tentang apa yang secara budaya, geografis dan historis, fenomena yang berbeda. Oleh karena itu, ia dikritik oleh Bruce Lawrence dan Azim Nanji, dalam *Agama* 19 (1989): 275-80, 281-4, masing-masing. Lihat juga respon dari Shepard untuk kritik tersebut di halaman jurnal yang sama 285-92. Perdebatan berlanjut, bagaimanapun, dalam komentar Shepard di Lawrence 1989 *Pembela Allah*, yang muncul, bersama-sama dengan jawabannya, dalam *Religion* 22 (1992): 279-85; 284-5.

⁵⁶ Untuk pembahasan lebih lanjut berbagai aspek wacana, dari budaya hukum dan pertanyaan pembangunan lihat al-Sayyid Yasin et. al. (eds), *Al-Turath wa Tahadiyyat al-Asr fi al-Watn al-Arabi aw al-Asalah Wal-Mu’asarah* (Beirut: 1985), yang mungkin koleksi paling komprehensif dari artikel yang ditulis oleh beberapa intelektual Arab paling bergengsi saat ini. Lihat juga Albert Hourani, *Arabic Thought in the Liberal Age 1798-1939* (Cambridge, 1995), dimana dia mendekati persoalan tersebut dari perspektif historis intelektual yang lebih humanis.

dapat menyebabkan eksistensi, yang baik “modern” dan “asli”. Pertanyaannya adalah jelas didasarkan pada gagasan bahwa “modernisasi” yang selalu agen “keterasingan.” Harus tepat, “modernisasi” sering disamakan dengan “Westernisasi” dan dengan demikian dipandang sebagai proses anorganik dipaksakan dunia Arab sebagai akibatnya dari pertemuan kolonial, yang terakhir hilang. “Modernisasi demikian berarti hilangnya “keaslian” mendukung struktur sosial, pertunjukan budaya, sistem nilai, dan lembaga-lembaga politik, yaitu dari alien (baca Barat) ekstraksi.”⁵⁷

Berkenaan dengan pertanyaan hukum khususnya, istilah abstrak di atas mengambil kekhawatiran relatif lebih konkret “reformasi hukum. “Seperti yang telah dibahas dalam bab sebelumnya bahwa sejak awal karirnya sebagai akademisi dan praktisi, Sanhuri memiliki menunjukkan keyakinannya, seluruh tulisan-tulisannya, kemampuan hukum Islam untuk diterapkan dalam situasi yang modern sehingga memerlukan revitalisasi. Ia melihat bahwa hal ini dapat dicapai dengan kajian komprehensif dan dengan pendekatan perbandingan.

⁵⁷ Amr Shalakani, “The Historical Origins of Comparative Law in the Arab World,” dalam *Annalis Riles*, 156.

BAB IV

***MASHÂDIR AL-HAQ* DAN PERBANDINGAN HUKUM**

Dalam bab sebelumnya telah jelas bahwa latar belakang Sanhuri dan lingkungan tempat ia tinggal berkontribusi pada pembentukan kehidupan dan kariernya, secara intelektual, politik dan psikologis dan pengaruh faktor-faktor mendasar ini, tidak terkecuali dalam produksi *Mashâdir al-Haq*. Juga telah dinyatakan bahwa *Mashâdir al-Haq* bukanlah sebuah risalah dari yurisprudensi dalam pengertian umum sebagaimana dipahami dalam genre fikih. Bahkan, karya ini memiliki diskursus yang unik yang menyandingkan antara kuno dan modern. Pembahasan berikut akan berusaha untuk memberikan pengantar terhadap *Mashâdir al-Haq* dengan terlebih dahulu menelusuri latar belakang historis munculnya serta menganalisis komposisi dan struktur penulisannya. Selain itu, diskusi akan diikuti dengan menganalisis metodologi tentang bagaimana komparatifisme beroperasi dalam karya ini. Dengan demikian, signifikansi dari *Mashâdir al-Haq* sebagai karya khas dari risalah fikih abad ke-19 dapat dihargai dengan benar dan proporsional.

A. PENGENALAN UMUM

Seperti judul buku yang dibicarakan menunjukkan bahwa *Mashâdir al-Haq fî al-Fiqh al-Islâmî: Dirâsah Muqâranah bi al-Fiqh al-Gharbî* adalah sebuah risalah hukum Islam yang membahas sumber hak atau kewajiban

dibandingkan dengan yurisprudensi Barat kontemporer. Ini berasal dari kursus yang diberikan oleh Sanhuri di departemen Studi Hukum di Institut Kajian Arab, Kairo selama periode rentang 1953-1958 ketika ia telah ditarik dari kehidupan politik.¹ Karena sifatnya ini, ditambah dengan pengalaman hidupnya yang panjang sebagai pengacara legislator dan praktisi, hal ini menunjukkan bahwa pekerjaan ini dapat dianggap sebagai produk matang dan matang dalam karirnya, objek inti dari diskusinya yang berputar kontrak atau kewajiban.

Untuk menempatkan *Mashâdir al-Haq* dalam spektrum yang lebih luas, perlu untuk membahas pengembangan kontrak dalam genre fikih pada umumnya. Secara historis, teori kontrak dan kewajiban umum tidak dikenal dalam hukum Islam klasik. Sumber-sumber utama untuk struktur hukum perjanjian yang lebih sederhana diatur oleh ajaran-ajaran umum yang diabadikan dalam beberapa ayat di luar Al-Qur'an² dan hadis-hadis Nabi Saw.³ Landasan kontrak lainnya adalah hukum perjanjian klasik di mana setiap 'kontrak' biasanya dibahas secara terpisah dan terperinci. Konsep 'kontrak' diuraikan sedemikian rupa dalam risalah dan manual para ahli hukum periode awal, atau apa yang disebut sebagai kontrak bernama (nominat) seperti jual beli atau *bay'* yang kemudian menjadi dasar model dalam perkembangan selanjutnya .

Selain komentar-komentar ini, risalah fikih juga dapat berurusan dengan model-model kontraktual yang biasanya dibahas dalam literatur *syurûth* yang secara harfiah mengartikan 'kondisi'. Genre *syurûth* adalah formularium legal yang hakim dan spesialis hukum telah ikuti selama

¹ Emad Eldin Shahin. "Abd al-Razzaq al-Sanhuri (1895-1971)," dalam J. Esposito (ed.) *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World* 1 (Oxford: Oxford University Press, 1995): 7-8.

² Many verses of the Qur'an were quoted to show that Muslims have been commanded to fulfill their contracts and undertakings being free from *riba*, speculation, in just, and fair manner. Among others are: "O you who believe, fulfill your undertakings," (V:1); "and fulfil the covenants of Allah," (VI: 153); and keep the covenants. Lo ! of the covenants it will be asked," (XVII: 34).

³ Among notable Prophetic tradition that support this is the narration that he was reported to have said that an imposter has four characteristics, one of which is that he does not fulfill his undertakings.

masa jabatan mereka, dan dapat dibuktikan bahwa itu berubah sesuai dengan ruang dan waktu.⁴ Dari diskusi ini, jelas bahwa tidak ada buku yang berhubungan dengan teori umum kontrak dalam risalah utama genre ini.

Namun, sistem kontrak yang komprehensif hanya dilakukan pada periode modern sebagai konsekuensi logis dari pengakuan hukum sebagai disiplin yang terpisah. Hal ini juga berutang pada pertumbuhan panduan hukum fikih di abad ke-9 pasca vis a vis yurisprudensi hukum umum sepanjang abad. Pada titik inilah *Mashâdir al-Haq* yang berhubungan dengan teori kewajiban dan kontrak dalam risalah yang dibuat dengan baik diproduksi oleh Sanhuri.⁵ Dalam mengemukakan gagasan reformasinya Sanhuri berusaha untuk memecahkan genre klasik risalah fikih mu'alah. Berasal dari titik berdiri undang-undang modern, ia berpendapat bahwa hukum Islam tidak memiliki klasifikasi geometrik dari kontrak, yang sebagai konsekuensinya, mengarah pada penegasan bahwa hukum Islam tidak mengakui teori kontrak umum dalam arti yang dipahami dalam yurisprudensi Barat.⁶

Dia mengkritisi struktur tidak sistematis dari manual yang ada dari para ahli hukum klasik di mana setiap kontrak menerima pemeriksaan terpisah dan difus. Sedangkan, kata 'aqd yang secara harafiah berarti mengikat secara kiasan digunakan untuk menandakan jenis-jenis transaksi. Para ahli hukum Islam tidak membuat pembedaan yang jelas dari kategori kontrak atau mereka tidak memberikan alasan urutan kepentingan dan keterkaitan satu dengan yang lain.

⁴ For more elaborated discussion on *syurûth* work, see generally Jeneatte A. Wakin, *The Function of Document in Islamic Law* (Albany: State University of New York Press, 1972).

⁵ Apart from Sanhuri, other modern scholars who wrote on systematic *fiqh* treatise, although with different emphasis and perspective among others are Subhi Mahmasani; Shafiq Shihatah, *Nazariyyat al-Iltizamat fi al-Shari'ah al-Islamiyyah*; Abu Zahrah *Al-Milkiyya wa Nazariyyat al-'Aqd (Ownership and the Theory of Contract)*; Mustafa Ahmad Zarqa', *Al-Fiqh al-Islami fi al-Tsaubihi al-Jadidah (Islamic Law in its Modern Cloak)* (Damascus: 1958-1959). Different volumes have different editions.

⁶ *Mashâdir al-Haq*, vol. 1, 78

Untuk mendukung pandangannya, ia memilih untuk memilih contoh karya yang ditandai Bada Kasani,⁷ seorang ahli hukum Hanafi di mana dia membahas 'aqd dalam urutan berikut: 1. al-ijarah (menyewa), 2. al-istisna' (kontrak pembuatan), 3. al-bay' (penjualan), 4. al-kafalah (jaminan), 5. al-hawalah (transfer utang), 6. al-wakalah (agen), 7. al-s ulh (kompromi/konsiliasi), 8. al-sharikah (kemitraan), 9. al-mudarabah (kemitraan terbatas), 10. al-hibah (hadiah), 11. al-rahn (janji), 12. al-muza ra'ah (sharecropping sementara), 13. al-mu'amalah (transaksi), 14. al-wadi'ah (deposito), 15. al-'ariyah (pinjaman bahan yang dapat digantikan), 16. al-qismah (pembagian partisi / pembagian adil), 17. al-was a ya (warisan), 18. al-qard (pinjaman).⁸

Dengan urutan ini, Sanhuri mengajukan dua pertanyaan, yaitu, pertama, bagaimana kontrak ini dikategorikan secara logis, dan kedua apakah ada jenis kontrak lain selain dari yang disebutkan oleh Kasani, atau secara umum apakah hukum Islam mengakui prinsip kebebasan kontrak, sehingga dapat diterima dan diterima, kontrak dengan cara tidak bertentangan dengan ketertiban umum dan moral. Pandangan ini adalah sebagai hasil dari refleksinya terhadap kategori kontrak yang semakin meningkat yang dikembangkan dalam yurisprudensi Barat.

Seperti biasa dalam genre fikih untuk menangani masalah tertentu pada hal-hal yang berkaitan dengan 'ibadat, munakahat dan mu'amalat, *Mashâdir al-Haq*, di sisi lain, adalah treties yang berkonsentrasi secara eksklusif pada al-huquq dhat al-qimah al-maliyah atau hak yang memiliki nilai moneter, yaitu hak pribadi dan material yang dilindungi oleh hukum sebagai dikenal dalam sistem hukum barat.⁹

⁷Abu Bakr al-Kasani, *Kitab Bada'i' al-Sana'i' fi Tartib al-Shara'i'*, (Cairo: 1327-48 A.H.) cited in *Mashâdir al-Haq*, vol. 1, 78.

⁸Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri, *Mashâdir al-Haq fi al-Fiqh al-Islami, Dirasah Muqaranah bi al-Fiqh al-Gharbi*, I (Cairo, 1954-9), 78.

⁹Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, Vol. I, 1.

و ينحصر البحث في الحقوق ذات القيمة المالية، وهى الحقوق الشخصية والحقوق العينية كما تسمى في لغة الفقه الغربي،

B. PENYUSUNAN DAN STRUKTUR

Sebelum membahas secara panjang lebar tentang metode buku ini, adalah tepat untuk memberikan ringkasan yang cukup terperinci tentang isinya. *Mashâdir al-Haq* terdiri dari enam volume. Dilihat dari perspektif genre fikih, sistematasinya tidak sama dengan tipe arketipe tipikal mu'amalat yang ditemukan dalam buku pedoman hukum Islam secara umum. Ini mungkin sejalan dengan niat Sanhuri untuk mensistematisasi dengan cara yang dapat lebih mudah untuk dirujuk oleh pembaca kontemporer.

Dengan demikian risalah memiliki pengantar singkat di bagian satu,¹⁰ yang menjabarkan ruang lingkup dan tujuan utama dari buku tersebut. Penulis juga memberikan pengenalan umum sebagai pedoman umum dalam mendekati masalah yang dibahas di seluruh *ouvre*. Dalam buku ini Sanhuri mulai dengan mendiskusikan apa yang dia sebut sebagai hak pribadi dan material/ nyata. asas persatuan sesi kontraktual atau teori tempat pertemuan *majlis al-'aqd*, serta kesepakatan penawaran dan penerimaan.

Volume kedua membahas terutama pada pertanyaan tentang pembentukan kontrak. Ini menjawab pertanyaan-pertanyaan bagaimana kontrak harus disingkirkan dan dengan demikian berurusan dengan kesesuaian niat atau kesepakatan di tempat pertemuan atau majlis al-'aqd. Dengan demikian, ia menganalisis teori umum dari sesi yang mencakup batasan, tujuan dan kesimpulan yang muncul dari dari sesi. Ini juga membahas hak opsi yang berada di bawah lingkup misrepresentasi yang sangat luas.

Volume ketiga memperlakukan secara eksklusif pada objek atau subyek kewajiban/mahal al-'aqd.¹¹ Objek kewajiban adalah sesuatu yang kreditur bertanggung jawab untuk melakukan. Jelaslah bahwa objek tersebut merupakan elemen penting dalam kewajiban tetapi tidak dalam kontrak. Namun, kepentingannya tidak dapat diidentifikasi secara jelas

¹⁰ Untuk memastika keakuratan karya yang dikaji, edisi *Masadir al-Haq* yang digunakan dalam penelitian ini adalah versi yang diterbitkan oleh Jami'ah al-Duwal al-'Arabiyyah, Cairo, 1954-9, 6 jilid dalam 2 (dua) bagian buku.

¹¹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. III (Cairo: Dâr al-Nahdlah al-'Arabiyyah 1956).

kecuali dalam kewajiban yang berasal dari kontrak. Dengan demikian, objek kewajiban yang tidak kontraktual berada di bawah otoritas pengadilan untuk menentukan, sedangkan dalam hal objek kontrak kewajiban akan diputuskan oleh kedua pihak yang berkontrak, baik yang berada di bawah kewajiban untuk tetap dalam konfirmasi dengan dan mematuhi ketentuan yang disyaratkan oleh hukum. Jika demikian maka, biasanya, menyebutkan harus dilakukan bersamaan dengan 'aqd.

Volume ini kemudian menganalisis elemen-elemen penting dari objek kewajiban kontraktual yang menyertakan setidaknya tiga persyaratan, yaitu: pertama, objek harus ada atau mungkin ada jika itu adalah tindakan atau menahan diri dari melakukan sesuatu; kedua itu harus didefinisikan dengan baik atau mampu didefinisikan dan, ketiga adalah mungkin untuk dikontrak. Selain itu, hampir setengah volume membahas gagasan riba yang secara langsung terkait dengan status objek kewajiban dan akibatnya pada sistem ekonomi dan sosial. Sanhuri menelusuri gagasan riba dalam sistem hukum Islam dan Barat. Dengan melakukan hal itu, ia mampu menyatukan evolusinya dan dari mana ia memulai pada jawaban untuk masalah yang tidak jelas.

Dalam jilid empat, penulis memberi kita eksposisi di bawah rubrik penyebab teori dan nol atau frustrasi (tetapi lan atau ibtal).¹² Ini dimulai dengan mendiskusikan gagasan subjek yang dibahas dalam konteks sejarah dalam hukum barat. Dengan demikian, kemudian diikuti dengan menelusuri konsep dalam yurisprudensi Islam.

Buku lima mencakup dua diskusi utama tentang pengaruh kontrak pertama dalam hal orang dan kedua dalam hal subjek.¹³ Alasan yang mendasari untuk struktur ini berasal dari fakta bahwa hukum Islam, tidak seperti hukum barat, tidak berusaha untuk menempatkan masalah bersama dalam satu tema, tetapi lebih tersebar dalam manual hukum yang beragam dari para yurispruden.

Buku enam membahas pengaruh kontrak yang berkaitan dengan

¹² Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. IV (Cairo: Dâr al-Nahdlah al-'Arabiyyah, 1957).

¹³ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. V (Cairo, Dâr al-Nahdlah al-'Arabiyyah 1958).

materi pelajaran.¹⁴ Penulis merangkum efek kontrak mengenai subjek menjadi dua divisi yang berbeda; Pertama, kedua pihak yang berkontrak bertanggung jawab atas apa yang disebutkan dalam kontrak, dan kedua, pihak dalam kontrak gagal mematuhi oligasinya yang berasal dari kontrak, itu menjadi tanggung jawab. Inilah yang disebut pertanyaan atau masalah kontrak. Pertanyaan-pertanyaan kontrak ini tersebar di berbagai yurisprudensi Islam dan tidak diperlakukan secara sistematis dalam satu bab. Berdasarkan alasan ini pola yang harus diikuti sebagai model untuk subjek ini adalah sistem hukum Barat.

C. SUMBER YANG DIGUNAKAN

Dengan melihat lebih dekat pada teks Masadir al-Haqq, jelas bahwa setiap bagian analisis menggunakan dua tingkat perbandingan. Pertama, Ini membuat perbandingan masalah tertentu dalam batas-batas hukum Islam dari berbagai aliran pemikiran hukum termasuk Shi'ah dan Zahiri tetapi sebagian besar dari Sunni. Kedua, membandingkan masalah tertentu di antara sistem hukum Barat yang berbeda, dan ini adalah hasil dari dua perbandingan ini yang Sanhuri membuat semua upaya untuk menganalisis.

Namun, dalam analisis terakhir ia akan mengambil pandangan yang lebih tepat dan sesuai dengan kebutuhan kontemporer. Memang, metode penafsiran hukum Sanhuri bukanlah dengan melakukan penyelidikan langsung terhadap ketentuan sumber-sumber utama, seperti yang biasa dipraktikkan oleh para sarjana Islam awal (mujtahid), tetapi lebih mengandalkan karya para ahli hukum klasik. Ini barangkali sebagai konsekuensi logis dari tujuan utama perusahaan komparatifnya.¹⁵ Namun, karya-karya para ahli hukum ini tidak hanya diterima begitu saja olehnya, tetapi lebih kepada dia menganalisa setiap alasan dibalik pertanyaan mengapa

¹⁴ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. VI (Cairo, Dâr al-Nahdlah al-'Arabiyah 1959).

¹⁵ Sanhuri provide a concise general guideline on which the whole studies to be based at the very beginning of his work in book one. See his *Mashâdir al-Haq* vol. 1, 1-3.

keputusan khusus dibuat untuk kasus tertentu, dan dalam hal ini adalah arti penting dari kebohongan kerjanya.

Dengan demikian, Sanhuri memanfaatkan referensi untuk karya yang ia cirikan sebagai al-ummahat al-kutub al-mu'tamadah atau sumber otoritatif. Dalam membangun ide-idenya di seluruh buku, dia menggunakan buku-buku dari kedua penulis klasik dan modern. Seseorang tidak dapat memprediksi tingkat kesulitan mengidentifikasi hubungan antara dua arus utama pemikiran. Dengan demikian kita akan menemukan referensi dibuat untuk risalah awal dari sekolah yang berbeda seperti dari para ahli hukum terkemuka Maliki Shiha b al-Din al-Qara fi (s. 1285), Al-Furuq¹⁶ dan al-Hattab's (d. 1547), *Muwahib al-Jalil Sharh Sidi al-Khalil*.¹⁷

Adapun para ahli hukum Syafi'i yang paling sering disebut termasuk karya Muh ammad al-Khatib al-Shirbini (d. 977 A.H.) *Mughni al-Muhtaj ila Ma'rifat Al-faz al-Minhaj*;¹⁸ Jalal al-Din al-Suyuti (d. 1505), *Al-Ashbah wa al-Naza'ir*;¹⁹ Ramli's *Nihayat al-Muhtaj ila Sharh al-Minhaj*; *Al-Sharqawi ala al-Tahrir*. Karya-karya para ahli hukum Hanafi yang digunakan juga banyak, yang paling penting di antaranya adalah: al-Mabsut, sebuah karya ensiklopedis yang menyintesis sumber-sumber utama Hahahah sastra yang ditulis oleh seorang ahli hukum Hanafi terkemuka dari abad ke-5 H dalam Bukhara, Shams al-Din al-Sarakhsi;²⁰ *Kitab Bada'i' al-Sana'i' fi Tartib al-Shara'i'*²¹ yang merupakan pernyataan historis yang paling asli dari Hukum Hanafi ditulis oleh Abu Bakr al-Kasani (d. 1189), salah seorang ahli hukum terkemuka mazhab Hanafi abad ke 6 H.; *Al-Ashbah*

¹⁶ Shihab al-Din al-Qara fi, *Al-Furuq*, 4 vols. (Cairo, 1344-46 A.H.)

¹⁷ Six vols. (Cairo: Sa'adah Press, 1928).

¹⁸ Beirut: Dar al-Fikr, n.d.).

¹⁹ (Cairo: Mustafa Muhammad Press, 1936).

²⁰ He died in 1090. In his book, al-Sarakhsi systematically expounds al-Shaybani's (d. 804) compilation of the legal doctrines of the two founders of the Hanafi school of law, Abu Hanifah (d. 767) and Abu Yusuf (d. 798). See Khalil al-Mays, *Faharis al-Mabsut* (Beirut: Dar al-Ma'rifah, 1980), 7-10.

²¹ 7 vols. (Cairo: 1327-48 A.H.). Al-Kasani studied under 'Ala' al-Din al-Samarqandi (d. 1144) and was instructed in the latter's *Tuhfat al-Fuqaha'*, an authoritative exposition of Hanafi legal doctrine. W. Heffning and Y. Linant de Bellefonds, *Encyclopaedia of Islam*, 2nd ed., s.v. "Kasani,"

*wa al-Naza'ir*²² ditulis oleh Ibn Nujaym (d. 1563) yang memiliki judul yang sama dengan *Al-Ashbah wa al-Naza'ir* karya al-Suyuthy tapi muatannya mengadopsi ajaran mazhab Hanafi; dan 'Alamkir's *Al-Fatawa al-Hindiyyah*.²³

Risalah dari para ahli hukum Hanbali paling sering dikutip dalam Mashâdir al-Haqantara lain meliputi: juru masak ahli hukum dari Muwaffaq al-Din ibn Qudamah (w. 1223) al-Mughni,²⁴ isi yang memberikan perbandingan dengan doktrin-doktrin dari aliran-aliran fikih lainnya - dan penyajian yang terperinci dari hukum Hanbali tentang garis-garis Hanbali al-Khiraqi (d. 945) merayakan pencabutan hukum, al-Mukhtas ar. Muwaffaq al-Din juga penulis al-Muqni', ringkasan al-Mughni; al-Sharh al-Kabir 'ala al-Muqni' - diterbitkan pada margin Muwaffaq al-Din, al-Mughni - sebuah komentar terkenal tentang risalah yang ditulis oleh Shams al-Din ibn Qudamah (d. 1284);²⁵ Taqi al-Din Ahmad ibn Taymiyyah's (d. 1328) multi-volume treatise of jurisprudence, *Fatawa ibn Taymiyyah*;²⁶ *Ilam al-Muwaqqi'in 'an Rabb al-'Alamin* membahas legal methodology²⁷ dan ditulis oleh Ibn Qayyim al-Jawziyyah (w. 1350), murid luar biasa dari Ibn Taymiyyah dan yang mengejar renovasi masternya terhadap Hanbalisme di kedua domain hukum privat dan publik (konstitusional).

²² (Cairo: al-Husayniyyah Press, 1322 A.H.). In his treatment of of the principal maxim of the Shari'ah Ibn Nujaym incorporates similar maxim used by al-Suyuti.

²³ 6 vols. (Cairo: al-Maymaniyyah Press, 1323 A.H.).

²⁴ 12 vols. (Cairo: 1341- 48 A.H.). For detail on this see Abu Shamah, *Tarajim Rijal al-Qarnayn*, (Cairo, 1366 A.H.), 139-42.

²⁵ Shams al-Din was the first Hanbali legist to become a chief judge, *qadi al-qudat*, of Damascus. He studied under Muwaffaq al-Din ibn Qudamah, and Ibn Taymiyyah is among his promenant disciples. See Ibn Kathir, *al-Bidayah wa al-Nihayah fi al-Tarikh*, 14 vols. (Cairo: Sa'adah Press, 1932), 13: 302.

²⁶ 5 vols. (Cairo: Kurdistan Press, 1326-29 A.H.) Ibn Taymiyyah lived in Cairo and Damascus under the early Mamluks. In his legal thought, Hanbali law attains the culmination of its development, which had made a fresh start with the Damascene legist Muwaffaq al-Din ibn Qudamah (d. 1223). He is also the author of *Al-Siyasah al-Shar'iyyah fi Islah al-Ra'i wa al-Ra'iyyah* (Cairo, 1322 A.H.), a fundamental work that deals with the principles of Islamic government.

²⁷ 4 vols. (Cairo: al-Muniriyyah Press, n.d.). His other important treatise is *Al-Turuq al-Hikmiyyah fi al-Siyasah al-Shar'iyyah* (Cairo, 1317 A.H.) on the theory of constitutional government. See Henry Laoust, *Le Traité de Droit Public d'Ibn Taymiya* (Beirut: Institute Français de Damas, 1948), Introduction, xl.

Selain itu, referensi sesekali juga dibuat untuk karya-karya jurisprudensi dan sarjana kontemporer. Sanhuri berpendapat bahwa pentingnya fitur sumber ini setidaknya ada dua alasan utama yaitu, pertama pengaturan penyajiannya lebih sistematis, dan kedua bahasa yang digunakan lebih dekat dengan pemahaman pembaca dalam beberapa waktu terakhir. Yang paling menonjol dari karya semacam ini antara lain adalah: Mustafa Zarqa, *Al-Fiqh al-Islami fi al-Thaubihi al-Jadid* (Hukum Islam dalam Jubah Modern); 'Ali al-Khafif, *al-H aqq wa al-Zimmah wa Ta'thir al-Mawt Fi ha*; idem, *Ahkam al-Mu'amalat al-Shar'iyyah*; Shafiq Shahatah, *Nazariyyat al-Iltizamat fi al-Shariah al-Islamiyyah*. Muhammad Abu Zahrah, *Al-Milkiyyah wa Naz ariyyah al-'Aqd Kepemilikan dan dan teori Kontrak*,²⁸ Shaykh Siddiq al-Darir, *Al-Gharar wa Atharuh fi al-Uqud fi al-Fiqh al-Islami*.²⁹

Dalam menjelaskan konsep atau terminologi yang asing bagi sistem hukum Islam disajikan sebagaimana mestinya di tempat asalnya. Menariknya, Sanhuri menerjemahkan konsep ini di bawah pengawasan sedekat mungkin dengan istilah hukum Islam yang sesuai. Ketika ia melihat relevan dengan diskusi tertentu, istilah-istilah seperti *akte juridique et fait juridique*, *pacta sur sunvanda*, *caveat emptor* dll, jelas dijelaskan dan aplikasi mereka dalam dua sistem, yaitu *vis a vis a vis* sistem hukum barat dibandingkan.

Selain panduan hukum para yurisprudensi Islam awal, Sanhuri juga sering merujuk pada kompilasi dan kodifikasi yang ada. Dengan demikian, *Majallah al-Ah ka m al-'Adaliyyah* sering disebut yang mungkin berasal dari fakta bahwa secara universal diterima bahwa ini adalah satu-satunya undang-undang dalam sistem hukum Islam. Alasan lain adalah karena telah diakui oleh sebagian besar negara-negara Islam selama era independen sebagai kode paling otentik serta paling komprehensif yang pernah ada di mana semua aspek dari hukum perdata Islam tercakup.³⁰ Dengan demikian, secara historis banyak negara Islam telah mengadopsi *Majallah al-Ahkam*

²⁸ (Cairo: Dar al-Fikr al-'Arabi, 1939).

²⁹ (Cairo: Dar al-Nashr al-Thaqafah, n.d.).

³⁰ Enacted in 1876 during the reign of the Ottoman Empire, *the Majallat al-ahkam al'Adaliyyah* was arranged in line with western law pattern.

dalam kodenya dengan berbagai tingkat modifikasi. Sanhuri juga merujuk pada kompilasi kecil lain Murshid al-Hayran.

Meskipun tidak pernah memiliki kekuatan hukum, hal ini merupakan kodifikasi perintis dalam sejarah hukum Islam yang secara luas digunakan di berbagai lembaga pendidikan tinggi sebagai pekerjaan teoretis. Demikian pula, Sanhuri menggunakan kode sipil Arab kontemporer seperti Mesir, Syria, Irak, Yordania dan Kode Sipil Kuwait untuk menyebutkan beberapa.³¹ Hal ini sangat menarik karena menganalisis Mashâdir al-Haq dalam spektrum yang lebih luas, ia membahas bagaimana teori diuraikan untuk dipraktikkan. Singkatnya, cukuplah untuk mengatakan bahwa perbedaan dalam metode presentasi dan organisasi tergantung pada masalah yang dihadapi. Terlebih lagi, dia juga menggunakan multi-volumesnya sendiri al-Wasit dan Nazariyyat al-'Aqd saat mereka mengkompresifikasi Kode Sipil Baru Mesir.

Dengan demikian, penggunaan pandangan kuno dan awal sebagai komponen perbandingan dalam Mashâdir al-Haq juga jelas dalam sumber-sumber hukum dan etika, yang paling terlihat adalah: Code of Roman Law/Qanun Aquilia al-Rumani.³² Sebuah pertanyaan dapat muncul apa yang signifikan dari menggabungkan hukum Romawi dalam skema pemasukan hukum perbandingan Sanhuri. Tampaknya peran yang dimainkan oleh hukum Romawi dalam perkembangan historis hukum Barat tidak dapat disangkal.

Ada beberapa alasan mengapa hukum Romawi disukai pada Abad Pertengahan, yaitu pertama mengatur perlindungan hukum properti dan persamaan subjek hukum dan kehendak mereka, dan kedua itu menetapkan kemungkinan bahwa subyek hukum dapat membuang properti mereka melalui wasiat. Meskipun hukum Romawi tidak lagi diterapkan dalam

³¹ Of numerous reference to Iraqi Civil Code in *Mashâdir al-Haq*, see *inter alia* Sanhuri's discussion on consent, I, 133-34, on *nazariyat al-butlan*, IV, 286-88, *taqum al-manafi' wa wujub al-ta'wid*, VI, 189-90; as to Egyptian Civil Code, his discussion on *riba'* or interest, III, 272-75, on transfer of inherited debt? V, 94-113, on the system of categorizing of bequest in the New Egyptian Civil Code, V, 113-118.

³² The first reference to the Code of Aquilia appeared in the *Mashâdir al-Haq*, vol. 1: 55.

praktik hukum kontemporer sebagai digantikan oleh kode modern seperti Kode Sipil Perancis tahun 1804, dapat dibayangkan bahwa banyak aturan yang berasal dari hukum Romawi berlaku. Dengan kata lain, tidak ada kode yang benar-benar pecah dengan tradisi Romawi. Namun lebih kepada, sebagian besar, aturan hukum Romawi yang telah dikirimkan dan diekspresikan dalam bahasa nasional, digantikan dalam kerangka hukum yang memberikan tatanan modern dan sistematis. Untuk alasan ini, pengetahuan tentang hukum Romawi sangat diperlukan untuk memahami sistem hukum saat ini.³³ Dengan demikian, secara logis Sanhuri memiliki alasan yang masuk akal untuk mengambil hukum Romawi ke dalam pertimbangannya sebagai aspek perbandingan hukumnya.

Karya lain yang layak disebutkan adalah *Lois civiles dans leur ordre naturel*³⁴ ditulis oleh Jean Domat (1625-1696) seorang ahli hukum Perancis. Karya ini adalah salah satu karya paling penting dalam ilmu hukum yang diproduksi Perancis, di mana Domat berusaha keras untuk menemukan semua hukum atas prinsip-prinsip etis atau agama, mottonya adalah "Thomme est fait par Dieu et pour Dieu". Sebuah risalah hukum sipil yang sangat dihormati *Traité des kewajiban* yang ditulis oleh Robert Joseph Pothier (1699-1722) seorang ahli hukum dan sarjana hukum Perancis yang mengkhususkan diri dalam hukum Perancis dan Romawi, juga sering dikonsultasikan dalam *Mashâdir al-Haq*.

Mengikuti jejak ayah dan kakeknya Pothier ditakdirkan untuk menjadi

³³ Patricia Crone dalam bukunya *Roman, Provincial and Islamic Law* argues that Roman law had influenced the formation of Islamic legal system based on her findings through historical evidence. However, this view has been dismissed by Wael Hallaq, see his article "Use and Abuse of Evidence: The Question of Roman and Provincial Influences on Early Islamic Law," *Journal of the American Oriental Society*, 110 (1989): 79-91; reproduced in W. Hallaq, *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam* (Aldershot: Variorum, 1994), article IX, 30-41.

³⁴ Jean Domat dilahirkan di Clermont Auvergne pada tahun 1625 dan meninggal di Paris pada tahun 1696. Domat is principally known from this elaborate legal digest *Lois civiles dans leur ordre naturel* published in 1689 in three volumes. In addition to *Lois Civiles*, Domat made in Latin a selection of the most common laws in the collections of Justinian I, under the title of *Legum delectus* (Paris, 1700; Amsterdam, 1703); it was subsequently appended to the *Lois civiles*. Most of these works have been translated into English. See: http://en.wikipedia.org/wiki/Jean_Domat.

ahli hukum baik dalam teori maupun praktek. Pada 1720 ia diangkat sebagai hakim di istana presidial Orléan di mana ia dilahirkan dan meninggal. Karyanya *Traité des obligations* (1761) telah diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris oleh William David Evans (1767-1821) sebagai Risalah tentang Hukum Pertanggung (Philadelphie: Robert H. Small, 1826) dalam dua jilid. Beberapa edisi terjemahan segera setelah muncul yang menurut ahli hukum terjemahan tersebut memperkenalkan Pothier kepada pengacara Inggris, yang “melakukan banyak pelayanan terhadap pengembangan hukum kontrak Inggris.”

Pothier bertanggung jawab atas penyuntingan dan koordinasi teks *Pandect, Pandectae Justinianae di novum ordinem digestae* (Paris dan Chartres, 1748-1752) dikenal sebagai studi klasik hukum Romawi. Dia menulis banyak monografi yang dipelajari tentang hukum Perancis, dan sebagian besar karyanya dimasukkan hampir secara tekstual dalam *French Code Civil*. Dia juga menemukan aturan membatasi pemulihan dalam kasus kinerja yang tidak tepat dari kewajiban kontrak untuk kerusakan yang dapat diduga. Karena pencapaian besar ini, teorinya tentang hukum kontrak berpengaruh di Inggris dan juga di AS.³⁵ Karya kontemporer yang sangat populer termasuk diantaranya buah karya Francois Geny dan Salleil juga menjadi bahan rujukan dalam *Mashâdir al-Haq*.

Berkenaan dengan yurisprudensi Barat, Sanhuri mempertimbangkan ide-ide para filsuf terkemuka seperti Immanuel Kant, terutama dengan karya-karyanya dalam konteks ini adalah *Metaphysics of Morals* and *The Science of Right*,³⁶ David Hume and J.J. Rousseau.³⁷ The primary reason for the inclusion of their thought in the former's scheme appears to have stemmed from the fact that their thought have shaped the legal development in West.

³⁵ Lihat karya terpenting diantaranya, Cohen, *Bibliography of Early American Law* 3657; Holdsworth, *A History of English Law* XIII: 467. Pothier's other treatises include: *Du Contrat de vente* (1762); *Du Contrat de bail* (1764); *Du Contrat de société* (1765); *Des Contrats de prêt de consommation* (1766); *Du Contrat de depot et de mandat* (1766); *Du Contrat de nantissement* (1767).

³⁶ Karya ini telah diterjemahkan ke dalam Bahasa Inggris oleh W. Hastie (Britannica Great Book Series, 1952), vol. 49.

³⁷ J.J. Rousseau, *Contract Social* (first published in 1762).

Selain itu, referensi juga dibuat untuk buku-buku yurisprudensi Islam kontemporer dan diskusi mereka, yaitu pengeluaran hukum Islam saat ini yang menulis tentang yurisprudensi Islam, menggunakan metode dan bahasa terbaru yang mungkin berfungsi serta sesuai dengan pemahaman pembaca saat ini. Kelompok ulama ini adalah para yurispruden yang mendedikasikan hidup mereka dan berkontribusi pada pengembangan hukum Islam. Sanhuri menunjuk nama sebagai Muhammad Qadri Pasha yang dalam pandangannya adalah pionir dalam tren ini.³⁸

Menariknya, ketika dianggap perlu, Sanhuri bahkan menggunakan bahan yang ditulis oleh sarjana barat. Namun, tampaknya dia sangat selektif dalam merujuk pada materi ini karena menurutnya meskipun ada banyak sarjana Barat dalam hukum Islam, mereka kebanyakan orientalis tetapi bukan ahli hukum atau pengacara, dan hanya sedikit dari mereka yang ahli hukum tetapi bukan seorang orientalis, dan jarang sekali kita bisa menemukan pengacara orientalis.³⁹ Karena itu, dia sangat kritis terhadap kaum orientalis seperti Schacht dan Ignaz Goldziher yang keduanya belajar syari 'ah dalam perspektif sejarawan ketimbang sebagai para ahli hukum.

Mengingat bahwa Sanhuri hidup di awal abad ke-20 sintesisnya mungkin merupakan nilai yang sangat besar untuk pengembangan reformasi hukum. Meskipun demikian, meskipun orang mungkin berpendapat bahwa temuannya bertentangan dengan prinsip dasar proses pembentukan hukum (teori Hukum Islam), sintesisnya tampaknya lebih adil dan bahwa mereka lebih diterima secara luas dan yang kompatibel dengan masyarakat modern. Dengan demikian, bukanlah suatu eksagraasi untuk mempertimbangkan sintesis Sanhuri dalam mereformasi kode sipil atau komersial suatu negara terhadap reformasi.

Singkatnya, dari sumber-sumber yang dikonsultasikan apakah yurisprudensi Islam atau Barat baik klasik atau modern, dapat dikemukakan bahwa *Mashâdir al-Haq* karya Sanhuri menyajikan teori pluralisme yang mempertimbangkan totalitas kosmik. Visinya tentang hukum begitu komprehensif.

³⁸ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, 2.

³⁹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, 2.

Sanhuri berupaya menyeimbangkan dan menjelaskan interaksi antara satu sama lain. Dia bertujuan untuk menyeimbangkan dan menjelaskan interaksi dan saling ketergantungan dan saling mempercayai (*mutual reliance*).

D. METODE PERBANDINGAN

Untuk memahami pentingnya yurisprudensi Sanhuri, penting untuk membahas tentang pertanyaan metode. Alasan yang mendasari pentingnya metode dalam rencananya, pertama tampaknya adalah fakta bahwa karena berbagai perjalanan teoretisnya ke dalam sistem beragam dari tradisi hukum Islam dan Barat. Metode analisis komparatif seperti ini terbukti digunakan dalam enam jilid *Mashâdir al-Haqdan* dua belas jilidnya *al-Wasit fi Sharh al-Qanun al-Madani al-Jadid*.⁴⁰ Alasan kedua untuk keunggulan metode dalam karya sanhuri lebih penting daripada alasan yang disebutkan di atas adalah pada pertanyaan penerapan dan relevansi dengan norma dan praktik hukum kontemporer.

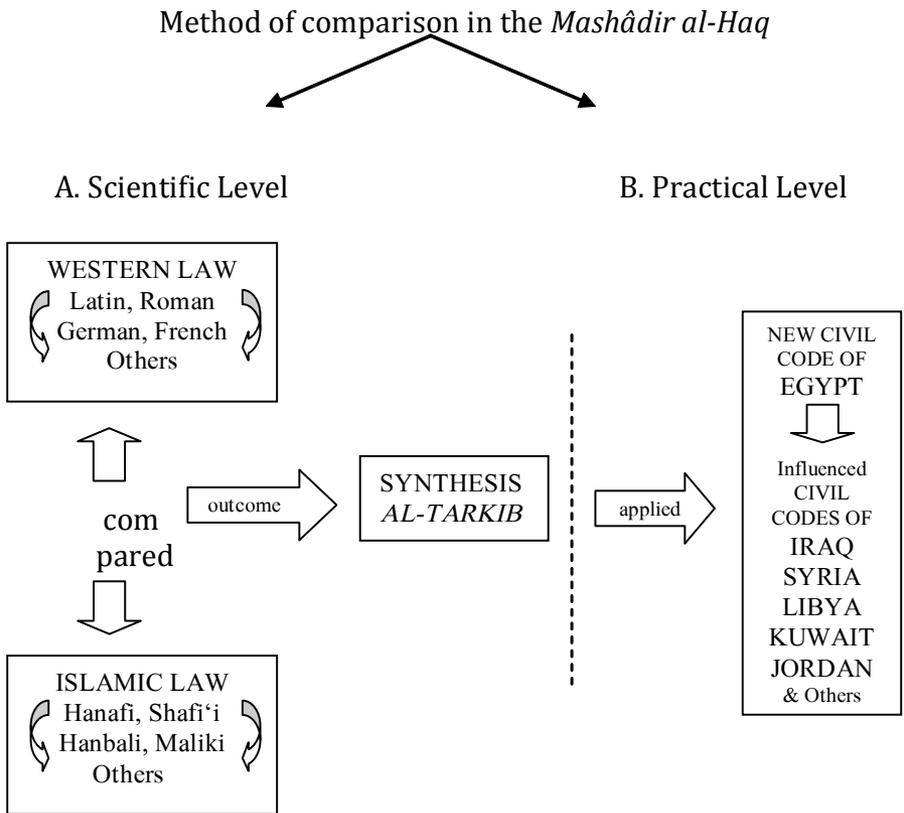
Muqaranah yang diterjemahkan dalam bahasa Inggris sebagai perbandingan, dalam genre fikih konvensional, perbandingan hukum Islam memperkenalkan sudut pandang berbagai yurisprudents dari berbagai aliran pemikiran di dalam domain dari empat sekolah sunni yang didirikan. Dalam beberapa contoh, penulis mencoba untuk melihat keterkaitan dengan memanfaatkan tarjih sebagai sarana menyortir dengan jawaban atau putusan terbaik yang mungkin untuk masalah yang diberikan.⁴¹

Berbeda dengan metode komparativisme ini, beberapa komparativis hanya memberikan satu keputusan tentang masalah di tangan saja tanpa berusaha menganalisisnya tetapi sebaliknya para pembaca ditinggalkan untuk menentukan argumen mana dari para ulama yang dianggap paling dapat diterima menurut standar. norma-norma hukum Islam.

⁴⁰ In terms of content, *al-Wasit fi Sharh al-Qanun al-Madani al-Jadid*, (Cairo: 1952-1970) is a commentary to Egyptian Civil Code of 1949. For further discussion on the relation of the theory expounded in the *Mashâdir al-Haq* and the New Code, see *infra* chapter six.

⁴¹ The best example for this category is *Al-Fiqh 'ala al-Madhahib al-Arba'ah*.

Tujuan utama dari skema reformasinya kemudian secara eksplisit disebutkan kemudian: “untuk memperlakukan hukum Islam menggunakan metode hukum Barat.”⁴² Metode perbandingan yang digunakan dalam Mashâdir al-Haq pada tingkat ilmiah dapat diamati dalam bagan berikut.



Dengan pemeriksaan yang teliti terhadap Mashâdir al-Haq dalam cara menyajikan berbagai sumber, mungkin dipertahankan bahwa metode interpretasi hukum Sanhuri didekati dengan menerapkan takhayyur

⁴² The Arabic text reads, “*wa nu’alij al-fiqh al-Islami bi’ asalib al-fiqh al-gharbi*”, Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, I, 1. His use of Western law conception in dealing with Islamic law was not free from criticism especially from traditional muslim scholars, and thus it requires not only proficiency of the subject of both legal system but also a high commitment for legal reform.

atau eklektik, salah satu metode yang biasa digunakan oleh sarjana dalam reformasi hukum.⁴³ Klaim serupa juga telah dikemukakan oleh beberapa ahli dalam mengomentari aplikasi Sanhuri dari metode semacam itu dalam Kode Sipil Mesir Baru yang menurut mereka menyebabkan kebingungan.⁴⁴ Namun, sebagai tanggapan terhadap pernyataan ini, Sanhuri berpendapat bahwa rujukannya pada kata Arab takhayyur, yang membuat arti *éclectique* dalam istilah hukum, sering digunakan untuk berurusan dengan yurisprudensi Eropa. Dalam melakukannya, ia menggunakan pendekatan relatif antara Latin dan Kode Jerman, dan dengan demikian, baginya takhayyur dimaksudkan untuk berarti sintesis yang akan menghilangkan kekacauan dan menyediakan keselarasan antara modernitas dan tradisi, dan antara Timur dan Barat, sesuai untuk Mesir masyarakat.

Secara umum, ada dua elemen utama dalam metode Sanhuri dalam memperlakukan doktrin hukum Islam: (1) dimensi deskriptif, objektivis, (2) dimensi normatif, historis. Tidak perlu dicatat bahwa latar belakang Sanhuri sebagai pengacara praktis menambahkan komitmennya pada profesinya sebagai ahli hukum dan pembuat hukum Mesir modern menggantikan dimensi deskriptif murni. Selain itu, sama menariknya untuk mengamati bahwa komitmennya pada yurisprudensi Perancis modern khususnya dan hukum Barat secara umum, serta kebutuhan transaksi moneter kontemporer yang diwujudkannya, mempengaruhi perlakuan sanhuri terhadap pemikiran hukum Islam.

Pendekatan yang diusulkan mungkin muncul untuk dua implikasi penting, di satu sisi untuk menjalani studi banding antara berbagai sistem hukum, membutuhkan penguasaan semua pengetahuan yang diperlukan dari sistem *respective*, apalagi antara yang Islam dan Barat, untuk perbedaan yang melekat di dalamnya terlalu jelas ; dan komparativis dalam situasi

⁴³ See Fazlur Rahman; J.N.D. Anderson. As for Indonesian context on the thought of the possibility of applying eclecticism in legal reform discourse see generally, Qadri Azizi. *Eklektisisme Hukum Nasional* (Yogyakarta: Gama Media, 2002).

⁴⁴ For detail on this issue, see Natan Brown, "Shari'a and State in the Modern Muslim Middle East", *International Journal of Middle East Studies* 29 (1997): 359-76; J.N.D. Anderson, *Law Reform in the Muslim World* (University of London, 1976), 88-9.

politik seperti itu, di sisi lain, dalam hal ini Sanhuri mungkin ditantang oleh mereka yang mendukung dan menentang reformasi.⁴⁵

Berbeda dengan genre fikih konvensional, dalam hal pendekatan dan metode, Mashâdir al-Haqberfokus pada eksposisi penyelidikan yang telah menarik perhatian para ahli hukum zaman modern. Secara metodologis, ia mencoba untuk mengekstrak teori umum tindakan hukum dari unsur-unsur yang tersebar dalam perjanjian-perjanjian klasik besar yang berusaha untuk mensintesis.⁴⁶ Dalam aspek inilah yang membedakan karya Sanhuri dari orang lain adalah cara kerja pendekatan. Berkat pengalamannya yang panjang dalam yurisprudensi Barat, ia memiliki kemampuan, kurang dalam penulis lain, untuk memberikan kepada fenomena hukum, termasuk hukum Muslim, karakter universal dan permanen, yang dianggap oleh sebagian orang hilang dari hukum muslim.

Al-Sanhuri telah mempertahankan seluruh tulisannya, mungkin ada prinsip keadilan dalam Islam yang dapat dianggap lebih adil daripada prinsip-prinsip dalam bidang hukum yang sesuai dalam hukum Barat. Dia mengatakan: 'Pembangunan para ahli hukum Islam di bidang agensi ini - yang merupakan volume kelima dalam memperlakukan sebagian dari tanggal, ingat, dari abad ke-10. tidak hanya lebih maju daripada tahap terakhir hukum Romawi, tetapi dalam banyak hal mereka menunjukkan diri mereka lebih unggul daripada sistem yang sampai sekarang telah berlaku di Barat.

Untuk memahami daya dorong utama dari buku yang sedang dibahas, perlu untuk memperhatikan pengenalan volume pertama, di mana Sanhuri menjelaskan skema hak atau kewajibannya yang harus dibatasi hanya

⁴⁵ For further information on the political circumstances that time, see Majid Khadduri, *Political Trends in the Arab World* (Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1970), 240-1.

⁴⁶ The claim of the absent of the existence of the general theory in Islamic law has been a common phenomenon amongst the Islamic legal scholars. Among the few are M.E. Hamid, "Islamic Law of Contract or Contracts? *Journal of Islamic and Comparative Law* (1969): 1-10; Mohamad Ali Baharum, *Misrepresentation: A Study of English and Islamic Contract Law* (Kuala Lumpur: Al-Rahmaniyah, 1988).

untuk orang-orang yang memiliki nilai moneter. Dia lebih lanjut menjelaskan di kata pengantar bahwa:

“Mashâdir al-Haq adalah basis dari mana hak, secara hukum berbicara, diturunkan; hak ini adalah manfaat yang memiliki nilai moneter (*qîmah maîliyah*) yang dilindungi oleh hukum. Kami tidak peduli di sini dengan hak publik atau hak yang terkait dengan status pribadi karena, secara hukum, mereka tidak memiliki nilai moneter. Hak seperti itu bersifat pribadi dan material, karena mereka didominasi oleh yurisprudensi Barat.”⁴⁷

Perbedaan antara hak pribadi dan hak material sangat penting dalam Hukum Barat; perbedaan ini adalah tulang belakang hukum Barat yang berasal dari hukum Romawi. Dasar-dasar hak, baik pribadi maupun materi, adalah yang paling kritis dan paling ambigu dalam Hukum Barat. Oleh karena itu kami berurusan dengan salah satu subyek hukum Barat yang paling penting dan paling penting, mencoba untuk memperlakukannya dalam hukum Islam. Dalam melakukan ini, kami menempatkan hukum Islam berdampingan dengan hukum Barat dalam apa yang pada dasarnya penting dan dalam apa yang kritis meskipun tersembunyi. Kami memperlakukan hukum Islam dengan menggunakan metode hukum Barat, menyelidiki apakah ada dalam hukum Islam hak-hak pribadi dan hak-hak material seperti ini dipahami dalam hukum Barat yang berasal dari hukum Romawi.⁴⁸

⁴⁷Sanhuri, *Mashâdir al-Haq* I (Cairo, 1954-9), 1. The text read as follows: مصادر الحق هي الأسباب التي تنشئ الحق قانونا. والحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون. فلا يدخل في بحثنا إذن لا الحقوق العامة ولا الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية، لأنها، وإن كانت حقوقا، ليست بذات قيمة مالية، و ينحصر البحث في الحقوق ذات القيمة المالية، وهي الحقوق الشخصية والحقوق العينية كما تسمى في لغة الفقه الغربي، ... فالتمييز بين الحق الشخص والحق العيني تمييز جوهرى في الفقه الغربي، بل هو بمثابة العمود الفقرى فى القوانين الغربية التي اشتقت من القانون الرومانى ... وبذلك نضع الفقه الإسلامى إلى جانب الفقه الغربى فيما هو هام جوهرى، وفيما هو دقيق خفى. ونعالج الفقه الإسلامى بأساليب الفقه الغربى...

⁴⁸ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq* I (Cairo, 1954-9), 1.

Harus diingat bahwa wacana Mashâdir al-Haq dapat dilihat sebagai memiliki satu tema umum, dialektika antara tradisionalisme dan modernitas di dunia yang sedang berubah, antara sistem hukum Timur dan Barat, yang berhadapan dengan ke genre fikih klasik dan abad pertengahan. Membaca buku-buku yang mungkin menemukan pilihan bahasa yang digunakan tampaknya berbeda dari yang ditulis oleh para ahli hukum klasik dalam arti bahwa itu jauh lebih dekat dengan pola pikir pembaca kontemporer.

Catatan kaki juga disediakan untuk mendukung teks tubuh. Tampaknya catatan kaki ini sering lebih dari sekadar mengutip sumber-sumber yang disebut Sanhuri. Dalam beberapa kasus ia bahkan melangkah lebih jauh dalam data dengan memberikan penjelasan atau memberikan komentar tentang suatu masalah, dan terkadang ia menggabungkan keduanya secara bersamaan.⁴⁹

Secara metodologis, sejauh mana bahan yang digunakan untuk analisis komparatif bervariasi dari satu kasus ke kasus lainnya, dan tampaknya ada organisasi yang cukup konsisten untuk setiap eksposisi. Dalam banyak kasus, sebagian besar bab dimulai dengan diskusi tentang hukum Barat yang mencakup materi hukum Latin, Romawi, Jerman, dan Perancis. Ini kemudian diikuti oleh diskusi tentang hukum Islam. Organisasi semacam ini dapat dimengerti dari tujuan utama dari *oeuvre* sebagaimana telah dikemukakan oleh Sanhuri, “kami memperlakukan hukum Islam dengan menggunakan metode hukum Barat.”⁵⁰

Perbedaan metodologis seperti itu dapat dibedakan berdasarkan masalah yang ada. Untuk memberikan ilustrasi, dalam kasus di mana ada sejumlah materi yang kaya dalam hukum Barat untuk diskusi, dan jumlah yang jauh lebih kecil dalam hukum Islam, yang pertama akan dianalisis pertama, dan sebaliknya. Dalam contoh lain, bagaimanapun, kedua undang-undang disajikan secara bersamaan ketika kedua sistem

⁴⁹ In many instances the footnotes exceed half a page in length, see generally, vol. I, 18-19, 21, 23, 25, 34, 40, 43, 54, 76; III, 52-55, 177, 184; IV, 52-53, 64, 77, 182, 183-186, 234, 239, 240, 244-245, 249, 257, V, 82, 167-68, 260.

⁵⁰ Sanhuri, *Masadir al-Haqq*, I, 1.

hukum memiliki kesepakatan tentang masalah yang dibahas. Selain itu, di beberapa tempat hukum Barat dikedepankan di awal diskusi yang berfungsi sebagai titik keberangkatan, dan kemudian dia melanjutkan dengan mempertimbangkan kasus tersebut dalam terang hukum Islam yang relevan sebagai upaya untuk membuat perbandingan lebih jelas di titik tertentu. Di mana pun pandangan sekolah atau ahli hukum disebutkan dalam diskusi, itu mewakili pandangan Islam, karena Islam menerima pandangan apa pun yang dipegang oleh ahli hukum yang berkualitas.

Sebuah penilaian menyeluruh dari buku ini, adalah sebuah risalah yang membuat semua usaha karena menjembatani dikotomi tradisionalisme dan modernisme. Berkenaan dengan desain diskusi dijelaskan secara singkat tetapi tampaknya sangat penting karena mendasari totalitas keseluruhan pekerjaan, sebagai berikut:

Pertama, metode ilmiah yang tepat.⁵¹ Dalam membahas informasi fiqh yurisprudensi dan undang-undang, mereka akan delt dengan benar secara ilmiah. Menampilkan sebagian besar pendekatan modern untuk isu-isu kontemporer, itu bertujuan, Sanhuri berpendapat, pada pendirian studi yang sistematis dan lebih obyektif.

Kedua, wacana yang harus diikuti dalam buku adalah metode atau gaya yurisprudensi barat.⁵² Metode pendekatan masalah ini berbeda dengan yang biasa digunakan oleh para ahli hukum. Sumber-sumber yang akan digunakan untuk mendukung diskusi adalah sumber-sumber utama dalam yurisprudensi Islam. Referensi akan dibuat untuk berbagai buku otoritatif (mu'tabar) dari berbagai pemikiran yang berbeda, dan mereka akan dikutip tepat seperti yang muncul dalam karya-karya itu. Presisi mungkin merupakan fitur terpenting dari karya-karyanya untuk seluruh buku yang ia gunakan untuk membedakan secara jelas apa yang menjadi gagasannya sendiri dari gagasan orang lain.

Ketiga, objektivitas juga mencirikan Mashâdir al-Haq dalam menganalisis konsep yang diberikan ke sistem masing-masing.⁵³ Sanhuri mengklaim

⁵¹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. I (Cairo, 1954-9), 2.

⁵² Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. I, 2.

⁵³ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. I, 2.

untuk mengungkapkan konsep, gaya dan formasi dari kedua sistem hukum Islam dan barat secara adil, tanpa memihak salah satunya, tetapi akan menunjukkan bahwa perbedaan sejauh bahwa hukum Islam memiliki karakteristiknya sendiri. Dengan demikian, ia mampu melihat hubungan pikiran hukum dalam satu konsep dan yang lainnya dengan cara yang lebih obyektif.

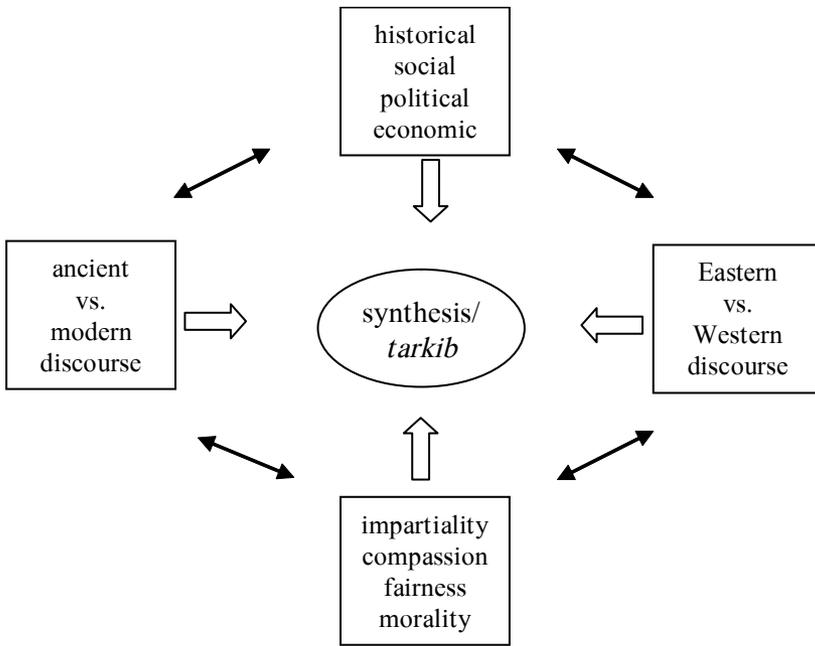
Selain itu, ia juga berpendapat bahwa buku itu tidak bertujuan untuk menciptakan keselarasan antara sistem Islam dan Barat dalam sebuah analisis imajiner dan kesalahan. Karena, Sanhuri menekankan bahwa, hukum Islam adalah sistem hukum besar dengan formulasi uniknya dibandingkan dengan sistem hukum lain yang ada di dunia. Oleh karena itu, ia berpendapat lebih lanjut bahwa diperlukan integritas intelektual yang tulus untuk mempertahankan yurisprudensi penting dari nilai-nilai dan fitur-fiturnya.⁵⁴

Selain itu interpretasi hukum Sanhuri tidak terbatas pada sekolah tertentu dalam hukum Islam tetapi lebih memilih pandangan yang paling sesuai dengan situasi saat ini, karena baginya itu dapat dipegang untuk berpegang pada pandangan dari setiap sekolah pemikiran hukum Islam,⁵⁵ dengan mempertimbangkan kondisi sosial dan keadaan kebutuhan saat ini. Dengan demikian, dapat ditegaskan bahwa ada sejumlah dimensi dan faktor-faktor penentu yang menampilkan komparatif Sanhuri sebagaimana dirumuskan dalam diagram di bawah ini. Dengan demikian, skemanya ditampilkan oleh ketidakberpihakan dan keadilan, atau dengan kata lain tidak terbatas pada setiap aliran pemikiran hukum tertentu, melainkan

⁵⁴ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. I, 3.

⁵⁵ The reformists in the Muslim world signify the phenomenon of Islamic legal reform as *la madhhabi* not being confined to any school, the most notable of which is the call for the creation of Indonesian *madhhab* echoed by such scholars as Hasbi Ash Shiddiqy and Ibrahim Hosen. Whether there is a direct influence of Sanhuri's idea on the creation of Indonesian school or not, which is beyond the scope of the context of discussion, would be of interest for further study. Lihat Mohamad Atho Mudhhar, *Islam and Islamic law in Indonesia* (Jakarta: Religious Research and Development and Training, 2003), 184-186. In this book Mudhhar further maintains that the discussion of Islamic law in Muslim societies is more to do with socio-historical factor than religio-doctrinal.

mengambil berbagai dimensi seperti sosial, politik, ekonomi dan moral, yang semuanya menurut dia di bawah keseluruhan proses memutuskan putusan yang tepat untuk kepentingan terbaik masyarakat.



Dapat diprediksi, bagaimanapun, bahwa bagi sebagian ulama metode distilasi hukum ini bertentangan dengan pandangan yang berlaku di sebagian besar ahli hukum, karena ia mengumpulkan bersama (talfiq) pendapat dari berbagai sekolah. Namun, dapat dikatakan bahwa metode distilasi hukum Sanhuri mengakomodasi prinsip-prinsip akhir dari hukum itu sendiri, yaitu kepentingan publik, atau apa yang dikenal sebagai masalah dalam hukum Islam.⁵⁶ *Mashâdir al-Haq*

Tujuan akhir dari skema reformasi hukum Sanhuri bertujuan untuk menentukan arah masa depan ijtihad, yaitu kebutuhan untuk menghidupkan kembali hukum Islam seperti yang telah lazim dilakukan di antara

⁵⁶ See as an example about Sanhuri's handling of *riba* and interest in *Mashâdir al-Haq*, 269-77.

beberapa ahli yang telah menjadi fosil.⁵⁷ Namun, jika metode penafsiran hukumnya diterima berarti ijihad dalam pengertian umum sebagaimana diuraikan dalam *Mashadir al-Haq*, tentu tidak sama dengan prosedur penafsiran individual yang dipaksakan oleh para ahli hukum terpelajar yang langsung berkonsultasi dengan sumber asli yang diabadikan dalam Alquran dan Tradisi Nabi. Namun sebaliknya, ketika mempertimbangkan risalah para ahli hukum di sekolah tertentu, Sanhuri mengajukan alasannya dengan melakukan semua upaya untuk menganalisis argumen yang terakhir.

Dengan demikian, ia mengacu pada pandangan para ahli hukum yang berbeda di sekolah tertentu dengan memberikan kutipan seperti yang muncul dalam risalah masing-masing. Prosedur yang sama diterapkan untuk memeriksa pandangan dari sekolah lain. Dengan demikian, posisi masing-masing sekolah dan keputusan mereka pada masalah tertentu menjadi jelas. Dengan demikian, dengan tujuan yang mendasari ini diharapkan dapat membuka jalan untuk meletakkan orientasi masa depan dari ijihad di ranah fikih pada fase berkelanjutan, sehingga akan mengeksplorasi para ahli hukum yang memegang garis pandang ini, perkembangan yang akan dilacak sampai tahap akhir. Selain itu, Sanhuri juga menegaskan bahwa ia ingin memastikan arah perkembangan yang dituju.

⁵⁷ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. 1, 3; Nadia Sanhuri and Tawfiq al-Shawi (eds.) *‘Abd al-Razzaq al-Sanhuri min Khilal awraqih al-Shakhsyah* (Cairo: al-Zahra’ li al-‘Ilam al-‘Arabi, 1988), 190.

BAB V

GAGASAN PRINSIP PERBANDINGAN DALAM *MASHÂDIR AL-HAQ FÎ AL-FIQH AL-ISLÂMÎ*

Pengembangan aturan hukum, prinsip dan norma dalam masyarakat Muslim, ke tingkat yang lebih besar atau lebih kecil, di satu sisi, membangkitkan dari dialog berkelanjutan antara aturan dan prinsip syariah Islam, dengan norma-norma sosial dan perkembangan kontemporer, di sisi lain.¹ Bab ini akan mencoba membahas bagaimana para ahli hukum dan ulama Muslim seperti Sanhuri memulai dan mengembangkan teorinya dalam perlakuannya terhadap bidang hukum Islam kontrak dalam menanggapi kebutuhan yang muncul dari perkembangan modern.

Karena lingkup kasus yang ditangani oleh Sanhuri di *Mashâdir al-Haq* sangat luas, untuk tujuan diskusi akan terbatas pada yang pertama,

¹ Kajian yang berfokus pada hukum Islam dan diskursus sosial sebagai objek kajiannya sangat beragam, yang terpenting diantaranya, lihat Ahmad, Ali. "The Role of Islamic Law in the Contemporary World Order." *Journal of Islamic Law and Culture* 6 (2001): 157-71; J.N.D. Anderson, "The Shari'a and Civil Law," *Islamic Quarterly* (1954): 29-46; idem, "Law as a Social Force in Islamic Culture and History." *Bulletin of the School of Oriental and African Studies* 20(1/3) (1957): 13-40; Guy Beachor, "The Egyptian Civil Code: In Search of Social Order, 1933-1949" (Ph.D. dissertation, Tel Aviv University, 1998); Amr Shalakani, "The Analytics of the Social in Private Law Theory" (Unpublished S.J.D. dissertation, Harvard University Law School, 2000).

hukum perjanjian Islam dan prinsip-prinsipnya; kedua, hak nyata versus hak individu; ketiga, unsur subyektif dari niat/ niyah dan teori sebab; sebagainya, riba/ riba dan bunga; Ketidakpastian kelima/ *gharar* dan teori risiko dan; keenam, perubahan keadaan dan kinerja kontrak yang frustrasi. Pemilihan kasus-kasus itu mungkin tampak sewenang-wenang tetapi bagaimanapun juga, mereka mewakili ciri-ciri yang menonjol dari perlakuan kompleks dari yurisprudensi Islam di masa lalu dan bahwa mereka sekarang menjadi pusat dalam hukum Islam dan mungkin tetap demikian di masa depan yang akan datang.

A. HUKUM KONTRAK DAN PRINSIP-PRINSIPNYA

1. Sejarah Pengembangan Hukum Kontrak

Berasal dari fakta fitur khas dalam hal latar belakang sejarah, ide-ide dasar, karakterisasi kontrak pada dasarnya berbeda pada ranah pembahasan hukum Romawi, Prancis maupun Islam. Sebagai konsekuensinya, di masing-masing negara perlakuan subjek kontraktual pada tingkat teoritis berbeda dengan tingkat tertinggi dari penerapan praktis dari kesimpulan kontrak. Pada istilah yang sangat umum, hukum kontrak dalam hukum Romawi dan Prancis termasuk dalam lingkup kewajiban. Namun, konsep ini belum tentu diterapkan pada hukum Islam dan Inggris dengan alasan bahwa kategori kewajiban umum dalam kedua sistem ini tidak ada.

Istilah Latin *obligatio* adalah kata generik dari *ligare* yang dalam bahasa aslinya menasikan berkonotasi “menjembatani” tetapi secara bertahap berarti bersatu, bersatu, mengikat, atau mengikat.² Namun, dalam tambahan ini berarti juga menunjukkan beban, utang, yang diasumsikan atau dikenakan pada seseorang. Arti etimologisnya terkait erat dengan istilah bahasa Arab ‘*aqd* (kontrak) dalam hukum Islam yang berarti dasi, atau simpul, yang mengikat semua pihak bersama-sama.³

² Parviz Owsia, *Formation of Contract: A Comparative Study under English, French, Islamic and Iranian Law* (London: Graham and Trotman, 1994), 155.

³ Hans Wehr, *A Dictionary of Modern Written Arabic*, ed. J. Milton Cowan (Beirut: Librairie du Liban, 1980), 627.

Kodifikasi The Justinian, yang terdiri dari *ex contractu*, *ex delicto*, quasi *ex contractu* atau quasi *ex delicto*, telah diadopsi oleh hukum Perancis dengan kategorisasi yang sama yang akibatnya mengembangkan teori kewajiban umum.

Namun, teori kewajiban ini telah direvisi dengan influnece dari BGB dan diperkenalkan ke dalamnya konsep 'tindakan yuridis' atau 'bertindak dalam hukum' atau 'transaksi hukum atau yuridis' yang diistilahkan dalam bahasa Perancis sebagai *akte juridique*. Kontras dengan itu adalah *fait juridique*, menjadi peristiwa apa pun, baik yang sengaja diciptakan, tidak sengaja terjadi, atau sebaliknya terjadi.⁴

Perlu dicatat dari awal bahwa pembahasan Sanhuri tentang kontrak ditangani di bawah sepi tindakan hukum, konsep ini berasal dari pengertian Perancis tentang *juridis akte*. Konsep *akte juridique* mencakup 'aqd/kewajiban dan otonomi kemauan/ al-iradah munfaridah. Setiap prinsip dalam kontrak harus sesuai dengan otonomi kehendak kecuali dalam kasus di mana ia hanya membutuhkan satu unit kehendak, bukan dua kehendak konfirmasi. Yurisprudensi Islam tidak mempersepsikan pentingnya membuat perbedaan antara 'aqd dan otonomi kemauan seperti halnya dalam hukum Barat.

Namun, dalam hukum Barat, khususnya di Prancis, belum ada teori komprehensif untuk *tas arruf al-qanuni (acte juridique)* dan *al-wa qi'ah al-qanuniyyah (fait juridique)* ke mana sumber-sumber hak secara umum akan tiba. Sanhuri mendefinisikan yang pertama sebagai niat murni yang menyebabkan efek yuridis tertentu yang disediakan oleh hukum. Yang terakhir di sisi lain didefinisikan sebagai tindakan fisik yang terjadi dengan atau tanpa fakultas manusia, seperti penjualan.⁵

Sudah menjadi hal yang diterima secara luas di kalangan sarjana hukum modern bahwa hukum Islam tidak mengakui teori kontrak umum tetapi setiap transaksi sosial dalam risalah *jurisprudents tradisional* diprelakukan secara terpisah dalam rincian besar. Meskipun definisi kontrak

⁴ Owsia, *Formation of Contract*, 156.

⁵ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. I, 70-134.

yang tepat tidak ada, namun, kata Arab “‘aqada” yang secara harfiah berarti “untuk mengikat”, “untuk bergabung” telah digunakan untuk menunjukkan kontrak yang memiliki ide yang mendasari konjungsi karena bergabung dengan niat dan deklarasi dari dua pihak.⁶ Konsep tersebut paling konsisten terkait dengan al-bay ‘atau transaksi yang disimpulkan dengan penawaran dan penerimaan, baik dari satu sisi atau kedua sisi.

Dalam mendefinisikan ‘aqd Sanhuri mengadopsi terminologi yang dirumuskan dalam *al-Mursyid al-Hayran* untuk efek bahwa kontrak adalah suatu keadaan di mana tawaran dari satu pihak dan penerimaan dari pihak lain terpenuhi yang mana yang berdampak pada pokok bahasan.⁷ Dari defenisi ini, dapat disimpulkan bahwa pertama, ‘aqd yang harus berdiri akan jatuh dalam kategori acte juridique; bahwa kedua itu secara khusus termasuk dalam *tasharruf al-qanuniyyah* karena itu merupakan wasiat dari dua pihak; dan ketiga, pembenahan ini mengklarifikasi tendensi aliran subjektifis hukum Islam.

Dalam penggunaan bahasa Arab, istilah mithaq dan ahd juga memiliki arti yang sama dengan kata generik ‘aqd dan menyampaikan rasa tanggung jawab dan kewajiban. Hal yang penting di antara insiden kontrak (prinsip yang mengatur) adalah aturan dasar yang ditetapkan oleh para yurisprudents (fuqaha’), yang menyatakan bahwa penawaran dan akseleratif saja sudah cukup untuk membuat kontrak: hal yang menakjubkan di sini adalah bahwa, untuk semua kesederhanaan aturan ini, karena semua menjadi salah satu aksioma hukum modern, tidak pernah ditetapkan sebagai aturan umum oleh hukum Romawi, untuk semua sejarah panjangnya, bahkan pada tahap terakhir perkembangan hukum itu.

Itu sudah cukup, untuk membuat pandangan ini membawa, bagi kita untuk mengingat bahwa kontrak di Eropa hanya menjadi konsensus di bawah pengaruh berbagai faktor, yang paling penting adalah agama

⁶ The use of such term is found in the Qur’an *inter alia* in Surah 5: 1, God Almighty said: “Oh you who believe: “Fulfil your commitment, for you are answerable therefor.”

⁷ Article 262 of *al-Murshid al-Hayran* as quoted in *Mashâdir al-Haq*, Vol. I, 73, stipulates that: “‘al-‘aqd ‘ibarah ‘an irtibat al-ijab al-sadir min ahad al-‘aqidayn biqabul al-akhar ‘ala wajh yathbut athruh fi al-ma‘qud ‘alayh.”

Kristen dan hukum Gereja, yang memerintahkan pemenuhan komitmen (kesetiaan kepada perjanjian), sehingga (prinsip) seseorang yang terikat oleh firman-Nya datang sesuai dengan adat istiadat agama: ... Syariat Islam, dan legalitas (menurut hukum?) dari kontrak tergantung biasanya (biasanya) pada Qur'an dan Hadis. "Peliharalah ikatan (perjanjian) Allah jika Anda masuk ke dalamnya, dan jangan meninggalkan iman setelah mengukuhkannya, karena Anda telah menjadikan Tuhan sebagai jaminan Anda (sponsor)"; dan Nabi berkata: "Tidak ada perlindungan (perlindungan) untuk dia yang tidak dapat dipercaya, dan tidak ada hutang berutang (agama) dia yang belum mengikat dirinya sendiri (masuk ke dalam perjanjian, tidak dapat diandalkan). Dari penjelasan di atas dapat disimpulkan bahwa konsep kontrak dalam hukum Perancis mengikuti teori yang diperluas dan sebaliknya dalam hukum Inggris mengikuti teori terbatas. Dibandingkan dengan kecenderungan ini, hukum Islam, bagaimanapun, keduanya sempit di satu sisi tetapi lebih luas di sisi lain. Konsep dasar tidak hanya menentukan 'kondisi penting' untuk pembentukan kontrak tetapi juga mempengaruhi pendekatan masing-masing sistem hukum terhadap masalah sifat kontrak.

2. Perkembangan Modern

Perkembangan modern dari hukum barat dapat ditelusuri kembali ke awal abad ketujuh belas. Secara historis, dalam perkembangan hukum Romawi, para ahli hukum gereja memainkan peran penting dalam menggunakan moral dan agama sebagai pertimbangan untuk dimasukkan ke dalam proses reformasi hukum. Dengan demikian, menjadi sangat berpengaruh dalam membentuk pola pikir mereka sehingga mereka mencapai pepatah umum yang seharusnya setiap kontrak yang diberikan disimpulkan untuk tujuan ilegal harus dibatalkan, terutama karena melakukan sesuatu yang melanggar hukum dianggap sebagai dosa. Faktanya, dosa terletak pada melakukan diri sendiri pada kontrak gelap, meskipun itu bukan dosa yang menjauhkan diri dari kewajiban itu. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa penemuan teori sebab dalam apa yang kemudian dikenal dalam pemahamannya yang luas dan modern sangat bergantung pada zaman Ecclesiastics.

Dalam perkembangannya yang sukses, peradilan dan yurisprudensi di Perancis mengikuti jejak dan penyebabnya kemudian dipahami sebagai motif pendorong untuk mengakhiri kontrak: dengan demikian kontrak-kontrak yang mengarah pada penggunaan pengaruh ilegal dibatalkan; hutang untuk tujuan perjudian tidak diakui karena ilegalitasnya; dan motif mempengaruhi donations dan wasiat, sehingga motif terlarang membuat mereka batal dan batal.⁸

B. HAK KEBENDAAN VERSUS HAK PERSONAL

Sebelum membahas lebih lanjut tentang hak sebagaimana dijelaskan dalam Masadir al-H aqq, yang dikategorikan menjadi nyata dan individual, dipandang perlu untuk menganalisis penggunaannya yang tepat dalam domain hukum. Yurisprudensi Barat membuat perbedaan yang jelas antara 'hak' (haqq) dan 'kebebasan menyeluruh' (rukhsah). Yang pertama didefinisikan sebagai "manfaat yang memiliki nilai materi yang dilindungi oleh hukum" dan yang terakhir adalah "hak untuk melaksanakan salah satu kebebasan umum atau izin yang dibayangkan oleh hukum sehubungan dengan kebebasan umum."⁹ Oleh karena itu, seseorang dapat, dalam batas-batas hukum, pekerjaan, perubahan tempat tinggal, melakukan kontrak, memiliki property, dll. Dalam pengertian ini, dengan mengacu pada kebebasan kepemilikan dapat dibedakan bahwa rukhsah adalah jenderal kebebasan untuk memiliki property; sedangkan right (h aqq) adalah kepemilikan property.

Selain itu, hukum Barat mengakui posisi tengah antara rukhsah dan h aqq. Konsep seperti ini disebut oleh ahli hukum Von Tuhr sebagai hak formatif (*droit formateur*) yang menunjuknya sebagai "posisi yang memberi kepada seseorang berdasarkan situasi hukum khusus, hak untuk menciptakan efek hukum dengan kemauannya sendiri."¹⁰ Posisi tengah karena itu, seperti kepemilikan, adalah hak seseorang untuk memper-

⁸ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. IV, 13.

⁹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, I, 4.

¹⁰ Von Tuhr is prominent western jurist, vol. 1, 19-21. Quoted in *Mashâdir al-Haq*, I, 5.

oleh kepemilikan. Untuk memperjelas kasusnya, contoh yang dikemukakan dalam Masadir al-Haqq layak untuk dikutip secara lengkap:

“Seorang lelaki melihat sebuah rumah dan ingin membelinya. Sebelum penjual mengeluarkan tawaran kepadanya, dia memiliki hak kepemilikan dalam abstrak di rumah, seperti yang dilakukannya dalam segala hal lain - ini hanyalah rukhsah. Setelah dia menerima tawaran penjual, dia memiliki properti di rumah, hak. Sebelum menerima dan setelah tawaran itu, dia berada di posisi tengah antara rukhsah dan haqq berkaitan dengan rumah. Dia tidak memiliki rukhsah hanya untuk mendapatkan rumah seperti semua hal lain - tetapi dia belum memiliki kepemilikan di rumah. Ini lebih dari rukhsah dan kurang dari haqq. Dengan penerimaan, yaitu .. dengan kehendaknya sendiri, dia bisa menjadi pemilik rumah.”¹¹

Namun, hukum barat tidak mencapai sejauh itu dapat memperjelas pengertian posisi tengah. Seperti Sanhuri menunjukkan bahwa yurisprudensi Barat hanya dalam bentuk yang lebih emansipasi telah berurusan dengan ini, dan mengacu pada hukum Jerman modern. Sekali lagi, contoh utama yang diberikan adalah di mana seseorang menerima tawaran.

1. Posisi Tengah dikenal dalam Hukum Islam (Shari’ah)

Shihata dalam karyanya, ‘Teori Umum Kewajiban dalam Syariah Islam’, memberikan contoh utang bersama, yaitu untuk mengatakan hutang karena lebih dari satu kreditur - jika salah satu kreditur mengambil sesuatu dari itu, yang lain memiliki hak dalam hal-hal yang diambil, yang merupakan posisi tengah ini.

“Hal yang diambil adalah milik pemiliknya secara pribadi, tetapi kreditur mitranya memiliki hak yang mapan dalam hal yang diambil, berdasarkan mana kreditur mitra memiliki hak untuk sebagian dari apa yang diambil rekannya, bahkan jika ia tidak dapat mengikuti hal yang dibawa ke tangan pihak ketiga. Pemilik hak tersebut, tidak memiliki hak kepemilikan, tetapi hak untuk memperoleh kepemilikan.”¹²

¹¹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haqq*, I, 4.

¹² Shihata, ‘General Theory of Obligations in the Islamic Shari’a’ (*Al-Nazariyyah*

Shihata dalam karyanya, 'Teori Umum Kewajiban dalam Syariah Islam', memberikan contoh utang bersama, yaitu untuk mengatakan hutang karena lebih dari satu kreditur - jika salah satu kreditur mengambil sesuatu dari itu, yang lain memiliki hak dalam hal-hal yang diambil, yang merupakan posisi tengah ini.

"Hal yang diambil adalah milik pemiliknya secara pribadi, tetapi kreditur mitranya memiliki hak yang mapan dalam hal yang diambil, berdasarkan mana kreditur mitra memiliki hak untuk sebagian dari apa yang diambil rekannya, bahkan jika ia tidak dapat mengikuti hal yang dibawa ke tangan pihak ketiga. Pemilik hak tersebut, tidak memiliki hak kepemilikan, tetapi hak untuk memperoleh kepemilikan."¹³

Al-Qarafi menyangkal sepenuhnya bahwa pemilik rukhs ah adalah pemilik apa pun, dan mengatakan bahwa yang kedua, yaitu pemilik formatif droit, tunduk pada perdebatan. Mengenai rukhs ah, contoh-contohnya terlalu jelas untuk dipahami - hak umum semata untuk memiliki jelas tidak dapat memberikan kepemilikan atau minat yang lebih rendah dalam hal tertentu kecuali ada sesuatu yang dilakukan tentang hal itu. Shariah sendiri tidak mengenali di sini, tetapi formatif droit, posisi tengah, berbeda. Dalam membahas masalah ini, beberapa aspeknya mengarah pada kontroversi apakah hak menganugerahkan kepemilikan dalam situasi di mana seseorang memiliki penyebab yang memberikan hak untuk menuntut kepemilikan?¹⁴

Untuk membuat diskusi lebih jelas, perlu untuk memberikan contoh yang diberikan dalam syariah Islam'ah. Contoh pertama adalah di mana barang rampasan diambil (haizat) sehingga memberi para prajurit (mujahidin) penyebab untuk menuntut pembagian dan mendapatkan kepemilikan. Pertanyaan yang muncul dari kasus ini adalah apakah mereka dianggap pemilik atau tidak. Setidaknya ada dua teori yang layak disebutkan dalam

al-'Ammah li al-Iltizamat fi al-Shari'ah al-Islamiyyah), 265-7 quoted in Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol 1, 5.

¹³ Al-Qarafi, *Al-Furuq*, vol. 3, 20-1, quoted in Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. 1, 8.

¹⁴ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. I, 5-7.

hal ini. Menurut Shaff'i yurisprudensi 'mereka dimiliki oleh kepemilikan dan mengambil', sedangkan dalam pandangan Ma seperti 'mereka hanya memiliki setelah pembagian harta rampasan perang'.¹⁵ Contoh lain adalah kasus pasangan dalam shuyu '(kepemilikan bersama) di mana pasangannya menjual, maka ia memiliki hak untuk menuntut hal tersebut dengan pra-pengajuan. Mengakses pandangan mayoritas komunitas ilmiah shari'ah tidak ada perselisihan dalam hal ini, atau dengan kata lain dia bukan pemilik.

Contoh terakhir yang patut dicatat adalah kasus di mana seorang pria miskin telah datang untuk menuntut kepemilikan dari perbendaharaan (bayt al-mal) berdasarkan kemiskinan atau alasan hukum lainnya dll. Jika dia mencuri dari perbendaharaan, apakah dia dianggap pemilik dan, pada prinsip bahwa pemilik tidak dapat mencuri miliknya sendiri, tidak tunduk pada hadd, karena dia memiliki alasan untuk menuntut kepemilikan: atau tangannya dipotong karena dia tidak dianggap sebagai pemilik?¹⁶

Setidaknya ada dua teori dalam hal ini yaitu bahwa menurut hukum Islam itu dapat diperdebatkan dua arah. Teori pertama adalah bahwa dia yang memiliki kebebasan umum atau hak untuk memiliki (rukhsah) tidak memilikinya. Teori kedua adalah dia yang memiliki alasan yang memberinya hak untuk menuntut kepemilikan - perbedaan perbedaan teori dan doktrin - secara umum posisi ini tidak memberikan kepemilikan sampai transaksi selesai. Atas dasar ini, orang miskin tidak memiliki dari perbendaharaan sampai dia diberikan, dan jika dia mencuri dia bertanggung jawab atas h menambahkan.¹⁷ Namun, sulit untuk mengekstrak prinsip umum karena ada dua banyak kontroversi dan pandangan yang berbeda dari yurisprudnts.

Apa yang menjadi perhatian kita dalam syari'ah adalah hak (haqq) bukan rukhs ah, atau memang formatif droit (al-haqq al-munshi'/ posisi tengah). Di Shari'a, hak dibagi menjadi hak pribadi dan hak nyata, tetapi tidak dalam hal-hal itu - dayn (pribadi) dan 'ain (realty). Perbedaannya sulit,

¹⁵ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. I, 7.

¹⁶ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. I, 7.

¹⁷ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. I, 7.

dan hanya akan dibahas secara dangkal dalam disertasi ini, dan sekarang kita harus melanjutkan diskusi tentang hak.

2. Teori *Dhimmah* (Legal Personality) dalam Hukum Islam

Dalam hukum Barat, hak berasal dari hukum Romawi baik pribadi maupun material. Hak pribadi atau kewajiban adalah ikatan antara kreditor dan debitor, dalam arti bahwa kreditor dapat meminta debitor untuk memberikan sesuatu atau melakukan sesuatu atau menahan diri dari melakukan sesuatu untuk yang pertama. Hak materi, di sisi lain, adalah kewenangan yang diberikan oleh hukum untuk dimiliki seseorang. Dalam membahas hukum Islam yang benar istilah yang paling penting untuk diperhitungkan adalah *dzimmi*. Kata *dhimmi* dalam *fiqh* menyampaikan gagasan tentang kepribadian hukum sebagaimana yang dipahami dalam hukum modern. Pemahaman yang tepat tentang kesamaan ini terbukti dari pemeriksaan beberapa istilah dalam fikih maupun hukum.

3. Hak Personal atau Obligation/ *iltizâm*

Secara umum diterima bahwa konsep hak dalam hukum Barat baik pribadi atau material / nyata berasal dari hukum Romawi. Karena hukum Islam dalam istilah umum tidak merekonstruksi konsep tersebut, Sanhuri berusaha untuk mendekati masalah ini dari perspektif hukum Barat. Hukum personal didefinisikan sebagai ikatan antara dua pihak kreditor dan debitor yang mana yang pertama akan memiliki hak melawan yang terakhir untuk menyampaikan sesuatu untuk dilakukan atau tidak melakukan sesuatu. Hak riil/ material di sisi lain adalah kapasitas yang disediakan oleh hukum untuk seseorang untuk suatu hal. Firma hukum komplementer Sanhuri dalam edisi ini berputar sekitar dua pertanyaan mendasar, yaitu untuk menganalisis apakah hukum Islam berkaitan dengan hak pribadi dan nyata/ material sebagaimana dipahami dalam hukum Barat.

Sanhuri berpendapat bahwa alasan utama untuk tidak adanya konsep tersebut dalam hukum Islam adalah karena apa yang disebut hak pribadi/ *iltizâm* dalam hukum Islam biasanya mencakup banyak transaksi hukum

yang dapat dibedakan satu dari yang lain. Selain itu, para ahli hukum Islam tidak melakukan upaya yang cukup untuk memperkenalkan hubungan ini secara sistematis seperti apa yang disebut hak pribadi / iltizam. Penggunaan yang tidak konsisten dari istilah benar atau al-haqq juga berkontribusi pada ketidakjelasan konsep ini dalam hukum Islam. Pada satu waktu digunakan untuk menandakan benar dalam istilah umum menjadi materi dan non-material dan dalam kategori yang termasuk baik hak Allah dan manusia. Di sisi lain, beberapa waktu lain itu juga digunakan untuk menunjuk hak irtafaq, dan itu juga dapat merujuk ke iltizam atau kewajiban sebagai konsekuensi dari kontrak yang dianggap sebagai efek kontrak/ hukm al-'aqd. Dengan demikian, efek kontrak / hukm al-'aqd seperti penjualan adalah pengalihan kepemilikan barang-barang yang dijual, di mana sebagai kewajibannya/ huquq al-'aqd adalah untuk mengirimkan objek dan bayar harganya.

Dalam contoh lain, para ahli hukum juga menggunakan istilah “al-iltizam” untuk mengartikan situasi di mana seseorang membuat komitmen untuk kewajiban atas kebebasan kehendaknya, dan jarang digunakan untuk kewajiban sebagai akibat dari kontrak. Namun, jika ada kewajiban yang timbul selain dari tanggung jawab kontrak atau kontrak atau kewajiban sebagai efek tanggung jawab secara umum, hal ini disebut damanat/liabilitas atas kerugian. Dengan demikian, dari diskusi di atas jelas bahwa setidaknya ada dua konsep hukum yang secara erat mewakili kewajiban jangka dalam hukum Wsetern yaitu iltizam dan daman. Namun, untuk tujuan diskusi, untuk alasan praktis dan untuk menghindari kebingungan istilah iltizam/ kewajiban dalam konsep Baratnya akan digunakan secara konsisten. Dalam hukum Islam iltizam yang merupakan beberapa ikatan yang berbeda dapat dibedakan satu sama lain terdiri dari setidaknya empat kategori, yaitu kewajiban utang, objek, pekerjaan dan jaminan.

Dalam hukum Islam kapasitas hukum/ dhimah dimulai sejak lahirnya kehidupan manusia yaitu tahap embrio. Meskipun pada titik ini dia memiliki posisi hukum, tetapi dia tidak memiliki kekuatan untuk memegang tanggung jawab sebagai transaksi. Namun, ia dianggap mampu memegang hak untuk kepentingannya sendiri seperti warisan, menerima warisan dan amal. Karena sifat kapasitas terbatas semacam itu sehingga para ahli

hukum menyebutnya kapasitas hukum reseptif yang lemah / dhimmah qasirah / naqisah.¹⁸

Ketika seseorang dilahirkan hidupnya kemudian mengalami beberapa tahapan sampai akhirnya ia mencapai kematangan intelektual. Secara bersamaan, dalam proses yang semestinya dhimmi secara bertahap selesai sehingga dia memiliki kapasitas dan tanggung jawab dalam urusan sosial, ketaatan beragama dan hukum pidana. Selain itu, kepribadian hukum seseorang akan tetap selama dia masih hidup dan secara otomatis akan berhenti dengan kematiannya. Namun, ahli hukum memiliki pandangan yang berbeda tentang penghentian dhimmi karena kematian. Maliki dan beberapa ahli hukum Hanbali berpendapat bahwa dhimmi secara otomatis akan berhenti dengan kematian, dan dalam keadaan di mana orang yang tertipu pergi setelah warisan, jika dia memiliki kewajiban akan bergantung padanya, jika tidak dia akan dilepaskan.

Syafi'i dan beberapa orang Hanbali menegaskan bahwa dhimmi seseorang berlanjut setelah kematiannya selama dia belum memenuhi hutang atau kewajibannya. Berdasarkan argumen di atas para ahli hukum ini menyatakan bahwa almarhum akan wajib untuk melakukan hutang/liabilitasnya bahkan setelah kematiannya. Contoh penting yang diberikan adalah dalam kasus ketika seseorang selama hidupnya menjual sesuatu, tetapi kemudian dikembalikan karena cacat setelah kematiannya, dan karenanya dia bertanggung jawab / dalam dhimmi karena mengembalikan nilai counter barang yang dijual. Demikian pula, ketika seseorang menggali lubang di jalan umum dan setelah kematiannya, seseorang dilemparkan ke dalamnya yang menyebabkan hilangnya harta yang terakhir, maka dzimmi yang meninggal adalah tanggung jawab bagi yang terhilang. Selain itu, para ahli hukum ini juga menegaskan bahwa kewajiban almarhum

¹⁸ In Islamic law treatise the jurists have categorized the legal personality into four different stages which constitute 1) embryonic/ *marhalah al-janin*, 2) childhood/ *marhalah al-saba*, 3) discernment/ *marhalah al-tamyiz* and 4) puberty/ *marhalah al-bulugh*. See 'Abd al-Hamid Mahmud al-Ba'li, *Dawabit al-'Uqud fi al-Fiqh al-Islami*, vol. 1. (Cairo: Matabi' al-Ittihad al-Dawli li al-Bunuk al-Islamiyyah, n.d.), 77; Wahbah al-Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh* (Damascus: Dar al-Fikr, 3rd ed., 1989), 123-5; Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. 1, 16.

akan tetap bergantung pada dzimun meskipun ia tidak meninggalkan sesuatu di belakang dan juga tidak ada pihak yang akan menjamin pertanggungjawaban sebelumnya. Namun, dalam keadaan ini, diperbolehkan untuk menjamin kewajiban setelah kematian.

Para ahli hukum Hanafi di sisi lain mempertahankan bahwa dhimya akan berakhir dengan kematian yang jelas dari kemungkinan orang yang ditinggalkan yang ditinggalkannya baik properti atau jaminan atas kewajibannya. Dalam kasus ketika almarhum tidak meninggalkan properti atau penjamin kewajibannya, kewajiban untuk memenuhi kewajiban tersebut akan dilepaskan darinya. Berbeda dengan pandangan ahli hukum yang disebutkan di atas, menurut para ahli hukum Hanafi itu tidak dapat diterima untuk menjamin utang setelah kematian. Haruskah ada al-tarikah al-mustaghriqah akan dihukum berdasarkan keputusan kepemilikan almarhum.¹⁹

Dari uraian di atas, jelaslah bahwa konsep dzimmi dalam hukum Islam berbeda dari konsep yang dipahami dalam hukum Barat dalam aspek-aspek berikut. Pertama, dalam hukum Islam dhimmah adalah atribut yang memungkinkan manusia untuk memperoleh hak dan kewajiban baik secara material maupun non-material. Namun, dalam hukum Barat, ini hanya berkaitan dengan hak dan kewajiban material. Kedua, bahkan di ranah material, zhimmi dalam hukum Islam dimulai dengan pribadi dan berakhir dalam materi, sedangkan dalam hukum Barat justru sebaliknya. Ketiga, zhimmi dalam hukum Islam tidak menjadikan materi menjadi kolektif yang menghilangkan aspek-aspeknya seperti dalam hukum Barat. Demikian pula, materi tidak menjadi kolektif dalam hukum Islam bahkan dalam kasus penahanan dan kematian-penyakit dan bahkan setelah kematian.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa perbedaan penting dari dzimmi dalam hukum Islam dan Barat adalah bahwa pada yang pertama itu dilihat sebagai kepribadian hukum dan bukan sebagai kolektivitas materi. Ini adalah alasan utama yang oleh para ahli hukum Islam kontemporer mendasarkan karakterisasi dzimmi mereka menurut konsep kepribadian hukum seperti yang ditemukan dalam hukum Barat. Dan dengan demikian,

¹⁹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. 1, 17.

mereka berpendapat bahwa dhimya itu hanya orang yang ditugasi, dan bahwa satu orang hanya memiliki dhimmi.

3. The Real/ Material Rights

Dalam hukum Islam posisi hak-hak nyata/ material lebih jelas bahwa posisi dari hak-hak pribadi. Seperti telah disebutkan di atas bahwa hak pribadi atau iltizam mencakup transaksi yuridis yang berbeda yang dirumuskan oleh para ahli hukum dan membuat perbedaan dari satu sama lain, tanpa berusaha untuk memasukkan mereka ke dalam sistem tunggal dari apa yang disebut iltizam. Penggunaan istilah al-haqq al-'alliy/ hak nyata adalah baru untuk genre fiqh. Namun, beberapa ahli hukum kontemporer memperlakukan semua hak dasar yang nyata / al-huquq al-'ainiyyah al-asliyyah di tempat yang sama dan kemudian membagi ke dalam hak kepemilikan. Beberapa ahli hukum di sisi lain, menunjuk mereka dengan al-huquq al-'ainiyyah mengikuti istilah yang digunakan dalam hukum Barat. Selain itu, hak asli-asli/ al-huquq al-'ainiyyah al-as liyyah dan hak kontingen nyata/ al-huquq al-'ainiyyah al-tab'iyah yang disistematisasi dalam konsep yang dikenal sebagai 'hak dalam materi' atau 'hak yang diperoleh pada properti'. Dalam hal berikut akan dibahas tentang apakah mungkin dalam hukum Islam untuk menarik garis pembatas antara hak asli-asli/ al-huquq al-'ainiyyah al-asliyyah dan hak kontingen nyata/ al-huquq al-'ainiyyah al-tab'iyah sebagaimana ditemukan dalam hukum Barat.

Sebuah Al-huquq al-'ainiyyah al-asliyyah

- 1) Hak kepemilikan
- 2) Hak kepemilikan lengkap

Untuk menggambarkan hak kepemilikan lengkap Sanhuri mengambil defenisi diformulasikan dalam Murshid al-Hayran untuk menyatakan bahwa: Ini adalah keadaan di mana pemilik memiliki hak mutlak untuk melakukan olah raga atas apa yang ia miliki sebagai kekayaan, manfaat atau layanan, dan dengan demikian ia dapat mengambil keuntungan dari hal-hal, buah-

buahan, keturunan yang dimiliki, serta bertransaksi dengan benda itu. dalam semua transaksi yang dapat diterima.”²⁰

Dari defenisi di atas dapat disimpulkan bahwa hak kepemilikan dalam hukum Islam serta hukum Barat merupakan tiga aspek yaitu, pertama manfaat dari hal-hal yang dimiliki, manfaat kedua dari buah dan kemampuan ketiga untuk bertransaksi dengan kekayaan. Namun, Sanhuri berpendapat bahwa hak kepemilikan tidak mutlak sebagaimana diindikasikan dalam *Murshid al-Hayran* tetapi agak tergantung pada fakta bahwa itu tidak menyebabkan kerugian bagi tetangga. Ketentuan mengenai hal ini dapat ditemukan dalam pasal 57 *Murshid al-Hayran* sendiri yang menyatakan bahwa “Adalah hak pemilik untuk memanfaatkan apa yang dia miliki dengan cara apa pun yang dia inginkan selama orang lain tidak memiliki hak di atasnya. Dan dengan demikian, seseorang dapat membangun tembok yang tinggi, membangun sesuai keinginannya, selama tidak menyebabkan bahaya serius bagi tetangga.”²¹

Selain itu, bergabung dengan kepemilikan juga dikenal dengan hukum Islam. Contoh penting sekali lagi dijelaskan dalam *Murshid al-Hayran* yang menyatakan bahwa:

“Jika kekayaan dimiliki oleh dua atau lebih pihak masing-masing memiliki hak mengambil manfaat sesuai bagiannya, dan penggunaannya tidak boleh membahayakan mitra lain, dan dia berhak atas penjualan, untung selama jumlahnya diketahui bahkan tanpa persetujuan dari para mitra.”²²

4. Hak Manfaat

Dalam penjelasannya tentang masalah *haqq al-manfa’ah* Sanhuri mengacu pada pasal 13 *Murshid al-Hayran* yang menyatakan bahwa “manfaat yang diterima adalah hak-hak pakai dalam menggunakan dan mengeksploitasi objek selama ia tetap dalam keadaan keberadaannya

²⁰ *Murshid al-Hayran*, article 11 quoted in Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. 1, 27.

²¹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. 1, 27.

²² Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. 1, 27.

meskipun ruqbah tidak dimiliki.²³ Berdasarkan definisi ini, dapat disimpulkan bahwa hak-hak pakai ditandai dengan dua dari tiga aspek kepemilikan, yaitu hak untuk menggunakan dan menempati. Ada tiga syarat kepemilikan hak pakai, yaitu kontrak/ 'aqd, wasiat, dan sumbangan amal.

- 1) Hak Ruqbah
- 2) Hak Irtifaq
- 3) Konsekuensi Hak dalam Hak Asli Asli
- 4) al-huquq al-Hainiyyah al-tabiyyah

Dalam hukum Islam mengakui al-huquq al-'ainiyyah al-tabiyyah. Dari pembahasan di atas, terbukti bahwa hukum Islam mengakui sejumlah hak kontingensi nyata yang dikenal oleh hukum Barat. Dan apa yang tersisa tidak lain dari janji formal dan hak khusus yang keduanya tidak diakui dalam hukum Islam. Menariknya, bagaimanapun, hukum Islam mengakui suatu jenis hak material yang secara fundamental dikategorikan sebagai hak pribadi tetapi kemudian ternyata menjadi hak material/ nyata. Keadaan ini terbukti dalam keadaan ditahan, maut dan kematian itu sendiri. Untuk menguraikan, jika seorang debitor ditahan atau sedang sakit maut atau sekarat dan ia memiliki kekayaan, maka tugas/ kewajibannya akan tergantung pada kesengsaraan ini, dan bentuk hak ini akibatnya berubah dari pribadi menjadi hak materi, dalam pandangan bahwa mengarah ke totalitas spesialisasi materi benar atau tepatnya spesialisasi hak ikrar semua yang berpusat di sekitar kekayaan para debitor, dan itu tergantung pada pengertian abstrak kekayaan dan bukan dengan nyata/ material itu sendiri. Para kreditor kemudian memiliki hak atas kekayaan semacam itu kepada siapa pun yang pernah menjadi pihaknya. Selain itu, meskipun ada beberapa pihak yang memenuhi syarat untuk kekayaan seperti warisan dan mewariskan tetapi untuk memenuhi hak kreditor menjadi prioritas. Hanya dalam kasus di mana ada hak ikrar atau untuk melindungi hal tertentu, hak ini dapat dilakukan terlebih dahulu selain kreditor.²⁴

Berdasarkan penjelasan di atas, dapat disimpulkan bahwa paling

²³ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. 1, 28.

²⁴ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. 1, 33.

tidak ada dua hak mengenai kekayaan si pelaku yang sedang ditahan, mual atau kematian, keduanya adalah: pertama hak al-ghurama 'objek dari yang merupakan pengertian abstrak kekayaan, dan kedua hak baik obligator atau ahli warisnya pada objek kekayaan itu sendiri. Yang pertama adalah hak nyata/ material kontingen yang sebanding dengan hak ikrar dimana yang terakhir adalah hak asli yang asli yang merupakan hak kepemilikan yang tersisa bagi kreditur selama dia hidup atau ditransfer ke ahli warisnya jika dia telah meninggal.

Dengan demikian, dapat disimpulkan kemudian bahwa hak dalam hukum Islam dari perspektif hubungannya dengan yang nyata/ material atau dhimya terdiri dari lima tingkatan, yaitu: pertama, benar berkaitan dengan yang nyata atau objek itu sendiri, yaitu prinsip hak nyata seperti seperti kepemilikan dan irtifaq; hak kedua terkait dengan yang nyata atau objek itu sendiri, tetapi tidak selalu berarti prinsip hak yang sesungguhnya seperti al-iltizam bi al-'ayn; hak ketiga yang terkait dengan pengertian abstrak kekayaan debitur dan tidak selalu terhubung dengan esensi dari, dan ini adalah jenis hak kreditor terhadap kekayaan mereka yang sedang sekarat, kematian-sakit atau para debitor yang ditahan ; kelima, hak yang bergantung pada dzimme dan bukan pada hal dalam arti bahwa itu adalah kewajiban/ kewajiban yang terkait dengan dhimya dari kreditur selama masa hidupnya jika dalam keadaan kesehatannya yang baik dan dia tidak ditahan.²⁵

C. SUBJECTIVE ELEMENT OF INTENTION/ *MAYA* AND THEORY OF CAUSE

Dalam bab sebelumnya telah dibahas bahwa dalam skema analisis Sanhuri ada dua tingkat perbandingan, yaitu perbandingan dalam berbagai mazhab pemikiran hukum Islam, dan perbandingan dengan sistem hukum lainnya. Dalam berurusan dengan niat, Sanhuri membuat upaya untuk menganalisis teori Perancis kontemporer tentang penyebab motivasi atau penyebab dalam struktur kontrak modern.

²⁵ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. 1, 34-35.

Meskipun telah ditetapkan bahwa niat atau niat sangat sentral dalam hukum Islam, bagaimanapun, dalam istilah praktis tidak dapat dipungkiri lebih menekankan pada *iba da t* atau hukum ritual daripada untuk *mu'a mala t* atau urusan sosial duniawi. Mengingat fakta bahwa *niyyah* adalah syarat penting untuk validitas hukum ritual, sebaliknya, dalam ranah niat dan motif *mu'a mala t* kurang dihargai.²⁶

“Will” - Dalam presentasi hukum Sunni, ‘will’ (*ira dah*) sering digunakan sebagai kompas dari tiga elemen ‘niat’, ‘izin’, dan ‘pilihan’. “Akankah dalam hukum Islam”, kata Sanhuri dengan mengacu pada sekolah-sekolah Sunni, “terdiri dari dua elemen: *ikhtiyar* (pilihan) dan *menyingkirkan a* (persetujuan). Jika kehendak itu binasa, kedua unsur itu binasa bersama ... Dalam paksaan ..., menurut hukum Islam, unsur *menyingkirkan a* kurang tetapi unsur *ikhtiyar* ada ... “. *Ikhtiya*, dalam konteks ini, dapat disamakan dengan, atau diambil untuk berkompromi, gagasan niat *Shi'ah* (*qasd*).

Komposisi konsep - Unsur persetujuan (*rid a*) dapat dianggap sama dalam hukum Syiah dan Sunni, tetapi unsur *ikhtiya r* memiliki makna yang lebih luas dalam Sunni daripada dalam hukum Syiah, merangkul Faktanya baik unsur-unsur Syiah dari ‘niat’ dan ‘pilihan’. “*Ikhtiyar*”, menurut perkataan Sunni yang sering dikutip, adalah niat untuk memilih salah satu dari dua sisi yang mungkin dari suatu hal yang beresilasi antara keberadaan dan tidak ada ... ‘, yaitu, niat untuk memilih antara melakukan dan tidak melakukan apapun. “Karena itu, jika orang itu independen dalam niatnya, ‘pilihannya’ sah; tetapi jika tidak, itu korup.”²⁷ Dengan kata lain, jika seseorang independen, bebas dari paksaan, karena niatnya dia memiliki ‘pilihan’ dan akibatnya kontraknya sah dan mengikat, tetapi jika dia tidak independen dan bebas dari tekanan eksternal material, maka elemen ‘pilihan’ kurang dan kontraknya bisa dibatalkan.

²⁶For the latter point, it is true in the Hanafi School of legal thought as has been investigated by Chefik Chehata who come to the conclusion that “motive is so little taken into consideration that the sale of an object is clearly considered to be valid even if the ends it serves are illegal. See Chefik Chehata, *Théorie Générale l’Obligation en Droit Musulman Hanéfite* (Paris Editions Sirey, 1969), 70. Cf. Oussama Arabi, “Intention and Method in Sanhuri’s Fiqh: Cause as Ulterior Motive,” in *Islamic Law and Society*, 4 (2) (June 1997): 201.

²⁷ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. II, 202.

1. The Subjective Theory of Cause in Western Law

Dalam eksposisi teori penyebabnya, Sanhuri menggali asal-usul historis dan pengembangan konsep yang diuraikan di Roma, Gereja, jurisprudensi Jerman dan Perancis kontemporer dalam panjang lebar. Dari berbagai dimensi analisis, dalam konteks penelitian ini, sudah cukup untuk mempertimbangkan dua teori kunci sebagai titik tolak untuk menganalisis perlakuan Sanhuri terhadap hukum Islam; yaitu, pertama, gagasan modern tentang sebab sebagai motif subyektif untuk kontrak dalam hukum Perancis Modern, dan kedua, sumber gagasan itu dalam hukum Gerejawi mediajaman Churchman. Kenyataannya, kedua teori ini ternyata memiliki peran utama dalam analisis Sanhuri tentang konsep hukum Islmic.

2. Posisi Teori Penyebab dalam Hukum Romawi

Dari diskusi sebelumnya, terbukti bahwa selama waktu skolastik konsep penyebab dikenal dalam beberapa jenis kontrak dalam batas tertentu. Kontrak-kontrak ini adalah kontrak dimana kemauan memanasifasikan dirinya sebagai faktor dari berbagai motif yang membentuk kontrak. Konsekuensinya, kapan pun niat itu nyata, penyebabnya juga muncul. Namun, konsep sebab dalam hukum Romawi disajikan dalam konsep obyektif daripada motif subyektif, dan dengan demikian mempertahankan bahwa penyebab mewujudkan dalam kontrak itu sendiri dan extraneous itu. Dengan kata lain, kontrak dan motif diikat bersama dalam satu kontrak terlepas dari apa pun motif berkendaranya. Parallel to this development also occurred in contemporary French law ...

Seperti halnya juga dalam hukum [Perancis] modern di mana formalisme praktis tidak ada, dan di mana teori penyebab berkembang dan berkembang ... Teori tradisional [berdasarkan hukum Romawi kuno] gagal menghadapi kehidupan praktis Dan peradilan Prancis secara tegas melampaui itu, memecahkan rintangan yang didirikan oleh teori ini antara sebab dan motif Demikianlah peradilan yang diberikan pada teori penyebab fleksibilitas yang sebelumnya tidak dinikmati, menggunakan teori itu menjadi teori yang produktif dan tak dapat ditawarkan. Penyebabnya, dari sudut pandang yudisial, adalah motif di balik kewajiban pihak kontraktor.

Mengingat bahwa kehendak telah menjadi bebas untuk menetapkan kewajiban yang diinginkannya, dan mengingat bahwa kehendak itu harus didorong oleh motif, adalah wajar bahwa tujuan yang akan merenungkan menyadari adalah sesuatu yang tidak dilarang oleh hukum dan tidak melanggar ketertiban umum [*ordre public*] dan moralitas [*bonnes moeurs*].²⁸

Untuk menghargai lebih baik perusahaan komparatif Sanhuri yang luas di satu sisi, dan perhatiannya untuk memodernisasi hukum Islam di sisi lain, mengharuskannya dipahami dalam kerangka persepsinya tentang memodernkan Mesir dan Perancis selama paruh pertama dari Abad ke-20, bahwa perlu menyesuaikan dengan praktik hukum saat ini, teori sosial kontemporer dan praktik peradilan. Dengan cara yang sama, ia berpendapat bahwa perumusan yurisprudensi dan pemikiran hukum harus dapat disesuaikan dengan putusan dan prinsip yang diterapkan oleh para hakim dan hakim yang bekerja. Untuk tujuan ini, Sanhuri menjadikan adaptabilitas ini sebagai metodologinya.

Pada tingkat praktis, contoh terbaik dari metode ini adalah jelas dalam penyisipan Sanhuri tentang teori Perancis kontemporer penyebab atau la ke dalam Kode Sipil Mesir Baru tahun 1949 membenarkan dengan mempertimbangkan baik proses undang-undang sipil saat ini dan prakteknya. struktur yuridis di negara ini. Dalam hal ini komentar Sanhuri layak untuk dikutip sepenuhnya:

“Undang-undang Sipil Mesir Baru mengadopsi teori modern penyebab sebagai warisan dari hukum Perdata sebelumnya dan dari praktek pengadilan Mesir. The yurisprudensi dan peradilan di Mesir, sebelum pengundangan Undang-undang Sipil Baru, sudah menyiapkan tanah untuk ... mengakui teori subur baru.”²⁹

Untuk membuat perusahaan komparatif Sanhuri yang luas dan perhatiannya yang besar untuk memperbaiki hukum Islam, penting untuk memahaminya dalam praktik jurisprudensial modern. Gagal menjawab mereka dalam perspektif ini materi perbandingan jangkauan yang terekspos

²⁸ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. IV, 5, 23-24.

²⁹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. IV, 28. Compare with Oussama Arabi, 204.

di Mashâdir al-Haq tidak akan bernilai. Pada titik ini, dapat diteruskan bahwa di sini menyisipkan wacana tradisi dan modernitas.

Defenisi

Hukum Islam tidak meletakkan teori umum penyebab atau motivasi (sabab) dalam salah satu panduan hukumnya dari mazhab-mazhab yang sudah mapan (madzhab) tetapi lebih sesuai dengan prinsip dasar penggunaan kreatif. Teori sebab (sabab) dalam sistem hukum Islam diperlakukan berbeda-beda oleh para ahli hukum dari masing-masing aliran pemikiran (madha hib).

Yurisprudensi Islam yang dihadapi teori sabab bertentangan dengan motif yang berlawanan. Pertama, dalam hal ini lebih dekat ke Jerman dari pada ke yurisprudensi Latin. Kedua, dari perspektif yang berbeda, hukum Islam adalah pemahaman di mana elemen-elemen moral yang baik.

Secara harfiah, istilah al-sabab diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris ke dalam berbagai makna di antaranya adalah alasan, alasan, motif dan kesempatan. Penggunaan teknisnya dalam bahasa Arab modern dapat menandakan konotasi yang berbeda sebagai “motif subyektif” seperti dalam contoh al-'alam sabab al-s ura kh (melambatkan bendera adalah penyebab teriakan). Dalam penggunaan Sanhuri, itu juga bisa berarti motif subyektif di balik suatu tindakan dalam contoh seperti t alab al-'ilm sabab al-safr (keinginan untuk memperoleh pengetahuan adalah penyebab perjalanan).³⁰

Sementara berusaha keras untuk membahas bagaimana para ahli hukum klasik berurusan dengan isu-isu penyebab dalam risalah mereka, maka, Sanhuri mencoba untuk menunjukkan bagaimana gagasan modern tentang kasus dalam perundang-undangan sipil Arab ditanamkan dalam cara-cara untuk sejalan dengan konsep jurisprudensi Perancis modern. Contohnya adalah sebagaimana yang diberikan dalam pasal 136 yang menyatakan bahwa “Jika kewajiban tidak memiliki sebab (idha lam yakun

³⁰ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. IV, 29.

līl-iltiza mi sabab) atau jika penyebabnya melanggar moral bijih orde publik, maka kontrak tersebut tidak sah.”

Untuk memiliki pemahaman yang lebih baik tentang bagaimana al-sabab atau motif tersembunyi ditangani dalam hukum Islam, patut dicatat bahwa ada dua kecenderungan dalam hal ini. Pertama, hukum Islam adalah hukum dengan kecenderungan obyektif yang nyata, memberi bobot pada ekspresi kehendak dan bukan kehendak seperti itu, yaitu lebih memilih yang jelas, bukan laten. Jadi, dari sudut pandang ini, ia lebih dekat dengan Jerman daripada hukum Latin. Kedua, hukum Islam, di sisi lain, adalah hukum di mana faktor etika, moral dan agama mendominasi, menyiratkan pentingnya motivasi, karena yang terakhir adalah ukuran kejujuran dan kemurnian niat.³¹

Sanhuri menyebutkan sejumlah contoh penting penerapan prinsip ini oleh pengadilan Mesir dan Prancis: [Di Mesir] Pengadilan Banding Campuran (27 Januari 1909 ...) memutuskan penjualan senjata, yang penting untuk Mesir dilarang, tidak sah karena ilegalitas penyebabnya, jika penjual tahu tentang larangan ini; itu juga memutuskan (5 Mei 1929 ...) bahwa kontrak pinjaman tidak valid ketika peminjam bermaksud menggunakan pinjaman untuk perjudian, jika pihak yang meminjamkan mengetahui niat ini ... [Di Prancis] jika penjualan atau sewa kontrak disimpulkan untuk sebuah rumah yang pembeli atau lesee ingin mencalonkan diri untuk prostitusi, dan vendor atau pemilik mengetahui niatnya, maka kontrak tersebut tidak sah (Pengadilan Banding Paris, 26 Desember 1899).³²

3. The Hanafi-Shafi'i Marginalization of Ulterior Motive

Prinsip yang saya ikuti adalah setiap kontrak yang valid dalam penampilan, saya tidak membatalkan (anna kull 'aqd kana sahih sebuah fi'-zahir lam ubt ilhu) atas dasar mencurigai para pihak: Saya memvalidasinya dengan validitas penampilannya; Saya mengambil niat mereka untuk menjadi tercela (akrah lahuma al-niya) jika-itu dibuat eksplisit-niat

³¹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. IV, 52.

³² Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. IV, 29-30.

itu akan membatalkan penjualan. Jadi saya mencabut pembelian pedang oleh seorang pria jika dia berencana untuk membunuh dengan itu. Namun penjualannya oleh penjual kepada orang yang membunuh secara tidak adil dengan itu tidak dilarang, karena dia mungkin tidak membunuh dengan itu; akibatnya, saya tidak membatalkan penjualan. Demikian pula saya mencabut penjualan buah anggur oleh penjual kepada orang yang dia lihat sedang membuat anggur darinya; tetapi saya tidak membatalkan penjualan buah anggur, karena mereka dijual secara legal (halalan). Sama seperti pembeli pedang mungkin tidak membunuh siapa pun dengan itu, maka pembeli anggur mungkin tidak membuat anggur.³³

Teori Sebab dalam Mazhab Hanbali dan Maliki

Seperti telah disebutkan, dalam pandangan Sanhuri teori sebab dalam yurisprudensi Hanbali dan Maliki, khususnya dalam Hanbali's, sangat mirip dengan yurisprudensi Latin yang kemudian dikembangkan oleh yurisprudensi Perancis modern. Menurut yurisprudensi ini penyebab menunjuk motif dominan dari kontrak apakah atau tidak itu diidentifikasi dalam kontrak seperti itu dengan syarat bahwa hal itu diketahui kepada pihak lain. Berdasarkan kondisi ini, asalkan tujuan utama dari kontrak adalah legal, kontrak itu sah. Namun, jika itu karena penyebab ilegal, maka kontrak itu tidak valid.³⁴

Kenyataan bahwa sekolah Hanbali adalah tradisi sentris, ia memberi bobot lebih pada kesalehan religius dan aspek etis sebagai prasyarat untuk menentukan validitas atau ketidakabsahan dari setiap tindakan hukum. Oleh karena itu, Sanhuri berpendapat bahwa Hanbali yurisprudensi bersandar pada tendensi subjektif yang mungkin disamakan dengan hati nurani para ahli hukum Gereja Abad Pertengahan yang nyatanya merupakan inisiatif lahirnya hukum Perancis modern. Batasan umum yang mendasari perhatian mereka terletak pada hukum Ilahi yang menjadi sebagai parameter untuk memastikan kemurnian spiritual individu. Untuk

³³ Al-Shafi'i, *al-Umm*, vol. III, 65; quoted by Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. IV, 57-58.

³⁴ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, 71.

mendukung pandangannya, Sanhuri mengutip para ahli hukum Hanbali, Ibn Qayyim al-Jawziyyah yang menyatakan bahwa:

Haruskah hukum memperhitungkan hanya makna manifestasi ekspresi dan kontrak bahkan ketika tujuan dan maksud (al-maqasid wa al-niyyat) tampak sebaliknya? Atau apakah tujuan dan maksud (al-qusud wa al-niyyat) memiliki efek yang mengharuskan mereka memperhatikan dan mempertimbangkannya? Bukti hukum (adillat al-shar‘) dan aturannya sependapat bahwa niat dalam kontrak memang dihitung dan bahwa mereka mempengaruhi validitas dan ketidakabsahan kontrak, menentukan apakah kontrak itu legal atau ilegal.³⁵

Dari pembahasan di atas, terbukti bahwa Sanhuri sedang mencoba untuk membuat upaya untuk merumuskan motif hukum Perancis yang subyektif dari penyebab la dan menerapkan istilah Arab al-sabab dalam Mashâdir al-Haq tentang groud yang konsep semacam itu tidak belum tentu memberikan arti yang sama seperti di mitra Perancisnya. Dengan kata lain, wacana Sanhuri dalam hal ini adalah bahwa pembacaannya terhadap para pengarang klasik, membawa gagasan yang asing bagi pemikiran mereka.

Memanfaatkan sentralitas niat (niyyah) di ranah ibadah-aspek mendasar pengalaman religius Muslim yang dilambangkan dalam hukum - sebagai pijakan utamanya, Sanhuri menyatakan bahwa tidak dapat dibayangkan bahwa desakan pada kesungguhan niat akan memiliki efek hukum dalam aspek kehidupan lainnya, yaitu dalam transaksi sosial dan transaksi biasa atau mu‘a mala t di antara manusia. Meskipun dalam analisis, Shafi‘i dan Hanafi meminggirkan motif tersembunyi dalam hukum kontrak, Sanhuri dengan meyakinkan menunjukkan bahwa dua aliran pemikiran Sunni lainnya mengambil motif sebagai fitur yang diperlukan dari validitas kontrak.

³⁵Ibn Qayyim al-Jawziyyah, *Ilam al-Muwaqqi‘in ‘an Rabb al-‘Alamin*, 4 vols. (Cairo: al-Muniriyyah Press), vol. 3, 96-98; quoted in Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, 76-77.

D. KETIDAKJELASAN/ *GHARAR* DAN TEORI RISIKO

Salah satu hambatan untuk berkontraksi dalam hukum Islam yang benar-benar menjijikkan bagi syariat adalah gharar. Meskipun tidak ada render yang tepat dari kata dalam bahasa Inggris itu mungkin secara kasar diterjemahkan sebagai risiko atau ketidakpastian. Sanhuri memperlakukan gharar dalam kerangka tema materi pokok kontrak *mahal al'aqd*.³⁶ Mengikuti struktur umum perbandingannya, Sanhuri memulai pembahasannya dengan menjelaskan gagasan tentang pokok masalah kontrak dalam sistem barat. Ada tiga syarat subjek kewajiban kontraktual, yaitu 1) harus ada jika hal itu pada saat kontrak dihentikan, 2) harus ditentukan, atau mungkin untuk ditentukan dan 3) harus siap digunakan / transaksi.³⁷

Istilah “keberadaan” dari subyek dalam hukum barat menandakan bahwa, jika kewajiban mentransfer hak atas objek yang terkait dengan sesuatu yang ditentukan, itu harus ada. Dari dua hal ini dapat dibedakan: 1) kedua pihak yang berkontrak telah bermaksud untuk mengakhiri kontrak pada sesuatu yang ada pada saat sesi kontraktual dan, 2) mereka telah sepakat untuk menyimpulkan sesuatu yang belum ada tetapi mungkin ada di masa depan.³⁸ Dalam undang-undang Modern negara-negara Arab seperti yang ada dalam Undang-Undang Sipil Irak menetapkan bahwa subyek kewajiban tidak ada pada saat kontrak, asalkan keberadaan masa depannya adalah mungkin, dan asalkan ditentukan dengan cara yang menghilangkan keinginan akan pengetahuan (*jaahl*) dan risiko (*gharar*).³⁹

1. Defenisi *Gharar*

Al-Sarakhsi telah menyatakan bahwa gharar dalam kontrak atau transaksi ada ketika konsekuensinya disembunyikan dan tidak diketahui oleh pihak-pihak yang melakukan kontrak (*al-gharar ma yakunu mastur al-'aqibah*).⁴⁰ Agar gharar memiliki konsekuensi hukum, ia harus memenuhi

³⁶ Lihat secara umum, Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. III.

³⁷ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. III, 6.

³⁸ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. III, 7.

³⁹ Pasal 129 (1) of the Iraqi Civil Code.

⁴⁰ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. III, 9.

empat syarat. Yang pertama adalah ini harus berlebihan, bukan hal sepele. Sedikit gharar, seperti gharar dalam penjualan barang-barang serupa yang tidak identik pada satu dan harga yang sama, dianggap tidak berarti. Kedua, itu harus terjadi dalam konteks kontrak kumulatif (*'uqud al-mu'awadat al-maliyyah*), sehingga menghalangi tabarru'a t. Ketiga, gharar harus mempengaruhi subjek-subjek kontrak secara langsung, sebagai lawan dari apa yang mungkin melekat padanya (yaitu, dalam seekor sapi, itu adalah hewan itu sendiri yang merupakan objeknya, bukan anaknya yang belum lahir). Keempat, orang-orang yang peduli seharusnya tidak membutuhkan kontrak yang dipertanyakan. Jika ada kebutuhan publik (*hajat al-nas*) untuk itu, gharar bahkan jika berlebihan, akan diabaikan.

2. Gharar Excessif dan Minor

Kebanyakan ahli hukum memiliki pandangan yang sama bahwa ketidakpastian berlebihan yang diistilahkan al-gharar al-kathir, mengenai objek penjualan menjadikan transaksi itu tidak valid. Demikian pula, para ahli sepakat bahwa gharar kecil atau (al-gharar al-yasir) dapat ditoleransi dan dengan demikian diizinkan.

Dari sudut pandang besarnya, gharar telah dibagi menjadi tiga jenis, mereka adalah gharar yang berlebihan, yang melemahkan transaksi, gharar kecil, yang ditoleransi, gharar moderat (al-Gharar al-mutawassit), yang jatuh di antara yang lain dua kategori. Tipe ketiga inilah yang paling rentan untuk dievaluasi secara berbeda dan salah ditempatkan dalam kategori satu atau yang lain dari dua ekstrem. Gharar yang berlebihan dapat berasal, seperti yang telah dijelaskan oleh Ibn Rusyd, dalam ketidaktahuan dan kurangnya informasi tentang sifat dan atribut suatu objek, dalam keraguan tentang kuantitasnya, atau kurangnya informasi yang tepat mengenai harga atau unit mata uang di dimana harga dibayar, atau ketentuan pembayarannya Ibnu Rusyd telah menambahkan lebih lanjut bahwa jenis penjualan tertentu yang mengambil bagian dalam gharar yang berlebihan telah secara tegas dilarang pada otoritas hadis.⁴¹

⁴¹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. III, 10.

Ini termasuk penjualan keturunan hewan yang belum lahir (*habal al-habalah*), penjualan buah sebelum pematangannya, penjualan tersebut disebut *mula masa*, *muna badha* dan *al-hassat*; dua penawaran dalam satu (*al-bay'atayn fi bay'ah*), yaitu dua harga yang berbeda dikutip, satu *prompt*, satu ditangguhkan; penjualan apa yang ada di pinggang dan rahim (*al-mada m'min mala qih*), dan seterusnya.⁴²

Ahli hukum Maliki, al-Qara fi, telah menarik perbedaan tertentu antara *gharar* dan apa yang tidak diketahui (*al-majhul*), dan berkomentar bahwa para ulama sering menggunakan konsep ini secara bergantian, meskipun mereka tidak selalu hal yang sama.

3. Jual beli yang Belum Ada Bendanya (*gha'ib*) and the Non-Existent (*ma'dum*)

Berkenaan dengan penjualan yang tak terlihat, atau penjualan apa yang tidak terlihat (*bay' al-gha'ib*), seperti penjualan kacang dalam cangkangnya, atau hasil panen yang belum tumbuh hingga jatuh tempo, atau penjualan ikan di kolam, sekolah hukum telah mengadakan viws berbeda pada subjek, atas dasar persepsi masing-masing *gharar*. Sedangkan Imam Syaffi menganggap *gharar* sebagai sesuatu yang berlebihan, Imam Malik melihatnya bisa diabaikan. Abu Hanifa, di sisi lain, berpendapat bahwa tidak ada masalah mengenai *gharar*, selama pembeli diberikan pilihan untuk melihat (*khiyar al-ru'ya*).

4. Kontrak Jual Beli Barang yang belum Ada

Sanhuri sependapat dengan Ibnu Qayyim dan menguraikan bahwa fikih konvensional agak terlalu membatasi pada masalah ini, dan evaluasi ulang karenanya diperlukan. Sanhuri sangat kritis terhadap pelarangan ragam *bay' al-ma'dum* di mana objek penjualan tidak ada pada saat kontrak, tetapi pasti akan terwujud di masa depan. Sanhuri dengan demikian membagi *bay' al-ma'dum*, di teralia, menjadi empat kategori sebagai berikut:

⁴² Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. III, 11.

pertama, ketika objek itu ada pada intinya tetapi berakhir setelah itu; kedua, ketika objek, meskipun tidak ada pada saat kontrak, pasti ada di masa depan; ketiga, ketika objek tidak ada pada saat kontrak, atau ada pada intinya, tetapi keberadaannya di masa depan tidak pasti; dan akhirnya, ketika objek tidak ada pada saat kontrak dan tidak dapat diharapkan ada di masa depan. Dari keempat jenis ini, hanya dua situasi terakhir di mana gharar dianggap berlebihan dan karenanya akan membatalkan kontrak. Adapun dua yang pertama Ibn Qayyim dan Sanhuri telah menyimpulkan bahwa gharar di dalamnya dapat diabaikan dan penjualan dalam kedua kasus itu sah.⁴³

5. Objek Kontrak (*Mahal al- 'aqd*)

Adanya Subjek

Materi Im Ma lik telah membedakan antara kontrak pertukaran (uqud al-mu'awada) dan kontrak amal ('uud al-tabarru'), yang terakhir adalah kontrak yang tidak melibatkan pertukaran countervalues, seperti hadiah atau wasiat. Ima m dengan demikian mempertahankan bahwa keberadaan materi pelajaran adalah persyaratan dalam yang pertama tetapi tidak dalam yang terakhir.

Untuk Ibnu Taimiyah, penjualan benda yang tidak ada adalah melanggar hukum hanya jika itu melibatkan perjudian dan penyalahgunaan properti orang lain (muqa mara wa akl al-mal bi'l batil), tetapi sebaliknya halal.⁴⁴ Adapun klaim bahwa penjualan benda yang tidak ada pada umumnya dilarang, Ibn Taymiyya menunjukkan bahwa tidak ada keputusan tekstual atau konsensus umum untuk mendukung pandangan ini. Ibn Qayyim juga telah menjelaskan bahwa syariat a melarang gharar,⁴⁵ dan juga, karena itu, semua jenis penjualan yang melibatkan gharar, seperti penjualan di mana ketidakmampuan dikhawatirkan, pada bagian dari satu atau kedua pihak, untuk memenuhi kewajiban mereka. Oleh karena itu penjualan

⁴³ 'Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. III (Cairo, 1954-9), 15.

⁴⁴ Ibn Taymiyyah, *Nazariyyat al-'Aqd*, 211.

⁴⁵ Ibn Qayyim, *I'lam al-Muwaqqi'in*, vol. II, 9.

adalah melanggar hukum jika melibatkan gharar dan kemungkinan perselisihan yang timbul di antara para pihak, terlepas dari keberadaan atau tidak adanya subjeknya.

Dengan mengacu pada ketersediaan masa depan atau sebaliknya dari subjeknya, penjualan yang tidak ada (*bay' al-ma'dum*) digambarkan sebagai salah satu dari tiga jenis berikut. Model pertama adalah di mana subjek- materi ada pada dasarnya, dan kemudian berakhir setelahnya. Kategori ini meliputi penjualan tanaman dan buah-buahan sebelum pematangannya, atau produk yang matang dalam gelombang berturut-turut. Meskipun unsur ketidakpastian dan gharar dalam penjualan benda-benda ini, penjualan pada dasarnya berlaku asalkan produk yang bersangkutan telah muncul sejauh itu telah menjadi bermanfaat. Para ahli hukum, bagaimanapun, tidak setuju apakah penjualan semacam itu benar-benar valid, atau sah hanya jika hasil panen dipetik dan dihilangkan. Sementara beberapa telah menetapkan bahwa produk harus dibiarkan di situ sampai matang dan bahwa ini secara alami harus dengan izin dari penjual, yang lain telah berbeda.

Pada tipe kedua, subjek tidak ada pada saat kontrak, tetapi pasti ada di masa depan. Dalam hubungan ini, Sanhuri telah membahas pandangan mayoritas mengenai masalah ini, yang menurutnya tidak perlu dibatasi.

Setelah mengacu pada beberapa karya otoritas di sekolah-sekolah hukum pemikiran yang mapan, Sanhuri menyimpulkan bahwa ada konsensus di antara para mazhab bahwa penjualan sesuatu yang tidak ada pada saat kontrak adalah batal dan batal, bahkan jika itu adalah pasti ada di masa depan. Sanhuri melanjutkan: "Kami menemukan fiqh yang dikembangkan selama era *taqlid* menjadi restriktif, karena ada di dalamnya keberangkatan dari norma-norma dasar. penjualan benda yang tidak ada itu dilarang karena gharar, bukan karena tidak ada. Namun para ahli hukum mulai mengadopsi non-eksistensi materi pelajaran sebagai penyebab pelarangan dalam dirinya sendiri. Ini bahkan jika objeknya pasti ada di masa depan."⁴⁶

⁴⁶ Sanhuri, *Masadir al-Haqq*, vol. III, 33.

Sanhuri kritis terhadap posisi mayoritas karena ia telah “memindahkan fikih Islam jauh dari realitas transaksi dan perdagangan”, dan ia menyatakan bahwa kesejahteraan publik membutuhkan langkah jauh dari kekakuan ini. Untuk mendukung pandangannya, ia kemudian mengacu pada pandangan Ibnu Taimiyyah dan Ibnu Qayyim yang telah, sebagaimana dibahas di atas, dengan jelas mengesahkan penjualan benda-benda tidak ada yang tidak terlibat *gharar*.⁴⁷

Subjek dari kontrak ini, dengan kata lain, pasti akan tersedia di masa depan, Perdagangan berjangka dengan demikian memenuhi kriteria seperti yang diartikulasikan oleh Ibn Taymiyya, Ibnu Qayyim dan Sanhuri bahwa kemampuan para pihak untuk memenuhi kewajiban mereka di masa depan adalah tidak dipertanyakan.

Model ketiga. Ini adalah ketiga kemungkinan yang didiskusikan oleh Ibn Qayyim dan Sanhuri dalam konteks bay‘al-*ma’dum*. Kedua penulis telah menyatakan bahwa ketika subjek kontrak tidak ada pada saat kontrak dan keberadaannya di masa depan juga meragukan, penjualan melibatkan *gharar*, ketidakpastian dan risiko yang berlebihan. Sanhuri lebih lanjut menyatakan bahwa:

“Anda akan mengamati bahwa masing-masing dari ketiga hal ini memiliki efek mendalam pada ketentuan terperinci sejauh bahwa, dalam banyak hal, yurisprudensi Islam menjauhkan diri dari persyaratan transaksi. Jika mungkin untuk memperjelas pemahaman kita tentang ketiga hal ini sesuai dengan perkembangan peradaban, maka banyak alasan yang menghentikan yurisprudensi Islam untuk tidak mengikuti persyaratan pengembangan seperti itu akan hilang.”⁴⁸

6. Jual Beli Objek Yang Tidak Terlihat (*Bay‘ al-Ghaib*)

Dalam hukum Islam tradisional, sebuah kontrak untuk berlaku mensyaratkan bahwa subjeknya harus ditandai secara khusus dalam hal esensi, kuantitas dan nilainya, dan pengetahuan para pihak mengenai

⁴⁷ Sanhuri, *Masadir al-Haqq*, vol. III, 44-45.

⁴⁸ Sanhuri, *Mashâdir al-Haqq*, vol. III, 14.

hal ini pada saat kontrak harus sedemikian rupa sehingga menghalangi ketidaktahuan material (*al-jahala al-fahisha* yang bisa menyebabkan perdebatan.⁴⁹

Ada perbedaan pendapat di antara para ahli hukum Muslim mengenai validitas penjualan di mana subjek tidak ada dan tidak dapat dilihat pada saat kontrak. Tampaknya ada kesepakatan umum bahwa penjualan berdasarkan uraian saja melibatkan ukuran ketidakpastian dan *gharar* tertentu. Namun, para ahli hukum memiliki perbedaan mengenai apakah *gharar* yang dimaksud adalah hal yang sepele (*gharar al-yasir*) atau terlalu tinggi (*gharar al-kathir*). Mazhab Hanafi telah mengesahkan bay 'al-gha' pada umumnya, yaitu, bahkan tanpa deskripsi objek penjualan, karena dalam penjualan semacam ini, pembeli secara otomatis berhak untuk melihat objek tersebut. Penjualan ini selesai ketika dikonfirmasi, tetapi sebaliknya *collepsis*, dan pembeli tidak terikat dengannya sampai ia melihat objek, terutama persyaratan bahwa subjek kontrak harus ada dan spesifikasinya. Pemahaman utama tentang materi pelajaran yang tidak ada yang secara tradisional dipahami dalam suratnya direduksi menjadi ketidakmungkinan untuk melaksanakan perjanjian kontrak atau jika mungkin, materi pelajaran tersebut harus dinodai oleh ketidakjelasan kuburan berkaitan dengan keberadaan dan spesifikasi.

Sanhuri telah mengambil tantangan dengan memahami proposisi Ibn Taymiyya dan Ibn Qayyim dan mencoba memecahkan kebuntuan yang dihasilkan para sarjana klasik. Faktanya, Sanhuri menyesalkan kenyataan bahwa para sarjana Muslim klasik telah memberikan kesadaran yang tidak memadai terhadap kemungkinan keberadaan objek masa depan sebelum mereka mengeluarkan larangan mereka. Sanhuri, oleh karena itu, membedakan antara tiga jenis objek: yang pertama adalah 'objek yang secara permanen tidak ada',⁵⁰ yang kedua adalah 'objek yang

⁴⁹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. III, 16.

⁵⁰ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. III, 14. For instance selling a house that has already been destroyed by a flood or fire, or selling a car that was completely destroyed by fire.

tidak ada pada saat kontrak tetapi harus selalu terjadi di masa depan,⁵¹ dan yang ketiga adalah objek yang tidak ada pada saat kontrak, tetapi mungkin ada di masa depan.

Dalam argumennya, Sanhuri mengklasifikasikan tiga jenis objek di atas ke dalam lima kategori hipotetis; yaitu: (1) objek yang ada pada saat kontrak; (2) objek yang sebagian ada pada saat kontrak dan memenuhi keberadaan totalnya di lain waktu; (3) objek yang tidak ada pada saat kontrak tetapi pasti akan ada di masa depan; (4) objek yang tidak ada pada saat kontrak tetapi mungkin akan ada di masa depan; dan (5) objek yang tidak ada pada waktu kontrak dan tidak mungkin ada di masa depan. Tidak ada perselisihan antara ahli hukum Islam klasik dan penulis hukum modern bahwa penjualan objek kategori pertama adalah valid dan bahwa penjualan objek dari kategori kelima tidak valid. Penjualan objek dalam kategori (2), (3) dan (4) telah mengalami ketidaksepakatan dalam arti yang dibahas di seluruh eksposisi.⁵²

Dalam pandangan Sanhuri dan juga sebagian besar penulis Timur Tengah modern, penjualan jenis objek pertama - yang tidak ada secara permanen - benar-benar dilarang dan membuat kontrak penjualan tidak valid. Kedua tipe terakhir ini diistilahkan oleh para ahli modern sebagai penjualan produk masa depan dan hampir semua sarjana sekuler modern, termasuk Sanhuri, memvalidasi penjualan produk-produk masa depan asalkan produksi mereka tidak dapat dielakkan atau sangat mungkin terjadi.⁵³

Al-Sanhuri bergantung pada diskusinya tentang niat para pihak. Dia mengatakan jika pihak-pihak berniat bahwa subjek belum ada atau sudah ada tetapi telah dihancurkan sebelum kontrak maka kontrak penjualan tidak valid. Namun, jika pihak-pihak yang dimaksudkan bahwa materi pelajaran mungkin akan ada.

Meskipun ia mendukung perbedaan antara kasus di mana objek yang

⁵¹ Such as selling a car that will be produced at a later date or selling a house that will be built later.

⁵² Sanhuri, *Masadir al-Haqq*, vol. III, 14-53

⁵³ Sanhuri, *Masadir al-Haqq*, vol. III, 14-53.

tidak ada pasti akan muncul, sehingga tidak termasuk bahaya gharar, di satu sisi, dan kasus di mana keberadaan objek di masa depan adalah kemungkinan belaka, sehingga melibatkan Gagasan gharar, di sisi lain, Sanhuri memvalidasi kedua jenis.⁵⁴

Validitas tipe kedua dalam pandangan Sanhuri mirip dengan validitas kontrak penjualan yang sementara ditanggguhkan oleh kondisi bahwa objek akan ada di masa depan asalkan gharar dihilangkan dengan memberikan deskripsi yang cukup tentang kualitas dan kuantitas obyek.⁵⁵

Pandangan Al-Sanhuri yang disebutkan di atas telah disuarakan oleh hampir semua pengacara Timur Tengah sekuler modern,⁵⁶ dan juga tercermin dalam sebagian besar hukum perdata modern negara-negara Arab.

7. The Sale of Future Fruits and Agricultural Products

Al-Sanhuri dalam *Mas a dir al-H aqq* membahas hipotesis bahwa jika penjual menjual pendapatan pertanian apa pun yang tanahnya mungkin dihasilkan dengan imbalan harga yang telah ditentukan, seperti jumlah tertentu untuk kuantitas tertentu, jenis ini penjualan harus valid dengan alasan bahwa fakta ketidakpastian di sini adalah sifat immaterial.⁵⁷ Tampaknya al-Sanhuri belum menyadari fakta bahwa Nabi (saw), secara eksplisit melarang penjualan buah dan produk pertanian sebelum mereka menunjukkan tanda kesiapan (*badu al-salah*), dan memiliki juga melarang penjualan *mu'awamah* yang menyampaikan penjualan buah-buahan dan produk pertanian sebelum keberadaan mereka karena penjualan tersebut melibatkan gharar.

⁵⁴ Sanhuri, *Masadir al-Haqq*, vol. III, 7-8, 14-15.

⁵⁵ Sanhuri, *Masadir al-Haqq*, vol. III, 75.

⁵⁶ Sanhuri, *Masadir al-Haqq*, vol. III, 14-53, 7-8, 14-15; Among the modern works on the subject perhaps the most important are Jamil Syarqawi, *Nazariyyat al-Ammah lil-Iltizam*, Book 1, (Cairo: Dar al-Nahdah al-'Arabiyyah, 1992), 199-228; M. Sayyid Khalifa, *Nazariyyat al-Haqq* (Asyout, Egypt: Asyouth University, 1994), 249; 'Abd al-Wadud Yahya, *Al-Mujaz fi al-Nazariyyah al-Ammah li al-Iltizam, al-Masadir, al-Ahkam, al-Ithbat* (Cairo: Dar al-Nahda al-'Arabiyya, 1995), 115-118.

⁵⁷ Sanhuri, *Masadir al-Haqq*, vol. III, 41.

Diakui, argumen Sanhuri dapat dilihat sebagai upaya yang berhasil untuk mengurangi efek gharar dengan menentukan harga dan juga kuantitas dengan mengacu pada pernyataan “jumlah tersebut untuk kuantitas seperti itu”. Namun, harus diingat bahwa Sanhuri telah mengabaikan dua fakta penting. Yang pertama adalah persyaratan bahwa subjek harus ditentukan dengan tepat.⁵⁸ Dalam proposal Sanhuri, gharar tetap efektif karena total kuantum pendapatan yang dihasilkan lahan tidak pasti: tidak pasti apakah pendapatan tanah akan lebih atau kurang dari jumlah yang disyaratkan. Namun, jika pandangan Sanhuri diartikan bahwa kontrak penjualan produk pertanian valid jika harga ditentukan per unit, seperti 20p per 1Kg, maka proposal ini mungkin berlaku secara prinsip. Ini adalah harga total dan kuantitas yang terjual akan mudah dipastikan dengan mengacu pada harga per unit, dengan ketentuan bahwa total kuantum hasil bumi tidak penting bagi pembeli. Namun, poin kedua yang diabaikan oleh Sanhuri membuat bahkan interpretasi ini dari proposalnya tidak valid.⁵⁹

Yang kedua adalah bahwa gagasan gharar tidak hanya berkaitan dengan ketidakmampuan untuk menentukan harga dan kuantitas materi pelajaran tetapi juga, dan yang lebih penting, kualitas dan deskripsi materi pelajaran. Penjualan produk pertanian masa depan dari lahan tertentu akan selalu bergantung pada hasil masa depan dari tanah dan hasil tersebut biasanya dipenuhi ketidakpastian mengenai kualitas dan deskripsi produk pertanian, yang telah disegarkan oleh mayoritas ulama. seperti yang dibahas di atas.⁶⁰

Larangan menjual sesuatu yang tidak ada berasal dari prinsip gharar (ketidakpastian, risiko, yang harus dihindari dengan segala cara) bukan dari tidak adanya benda itu sendiri. Ini adalah tingkat gharar yang penting.⁶¹

⁵⁸ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. III, 41.

⁵⁹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*. vol. III, 41.

⁶⁰ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*. vol. III, 42.

⁶¹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. III, 14 et seq.

F. PERUBAHAN KONDISI/ FRUSTRATED PERFORMANCE OF CONTRACTS

Di setiap sistem hukum, dan negara-negara Timur Tengah tidak dikecualikan - kinerja kewajiban untuk kontrak yang valid dapat dibuat frustrasi oleh peristiwa di luar kendali mereka. Peristiwa ini adalah fakta yuridis, yang mungkin, dalam kondisi tertentu, berdampak besar pada berbagai prinsip dan aturan hukum yang ditetapkan. Setiap sistem hukum biasanya memperlakukan perubahan keadaan dalam lingkup yang lebih luas dari doktrin hukum dengan berbagai konsep. Pengacara Romawi memiliki konsep *casus* atau *supervening* ketidakmungkinan kinerja yang alasan kinerja dan konsep *vis maior* atau *supervening* penyebab kuat. Hukum umum dan Perancis mengembangkan konsep *Frustration* dan *theorie de l'Imprévision*. Selain itu, hukum perdata terkemuka, undang-undang Jerman telah mengembangkan konsep *Unmöglichkeit* yang secara harfiah berarti ketidakmungkinan, dan *Wegfall der Geschaeftsgrundlage* atau penghilangan landasan kontrak.⁶² Dalam hukum Islam konsep perubahan keadaan, seperti yang ditemukan dalam eksposisi *Masadir al-Haqq*, diperlakukan *dinazariyya al-hawa dith al-tari'a*.⁶³

1. Konsep Perubahan Kondisi dalam Hukum Barat

Sebagai dasar untuk membuat perbandingan keadaan yang berubah dalam hukum Barat dan Islam, perlu pada awalnya untuk menganalisis berbagai konsepnya dalam sistem hukum masing-masing. Frustrasi dalam hukum kontrak dalam *common law* ditetapkan sebagai "penghancuran nilai kinerja yang telah ditawarkan oleh promisor sebagai akibat dari peristiwa *supervening*." Penting untuk dicatat bahwa ada beberapa poin yang harus dipertimbangkan. dalam kewajiban frustrasi. Pertama, kontrak

⁶² For details on *force majeure*, see Jeffrey Lehman and Shirelle Phelps (eds.) *West's Encyclopedia of American Law* (2nd ed.) vol 4 (USA: Thomson Gale, 2005): 454; and on *frustration* is also to be found in the same Encyclopedia, vol. 5, 12; alternatively see also, Puelinckx, "Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances," *Journal of International Law*, (1987): 47.

⁶³ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. 6, 95-118.

tidak frustrasi hanya karena menjadi sulit atau mahal untuk dilakukan. Itu adalah risiko yang Anda ambil ketika Anda masuk ke dalam kontrak dan apa yang dicari adalah semacam kemustahilan fisik. Kedua, acara supervening harus berada di luar kendali kedua belah pihak. Ketiga, acara tersebut tidak dapat diramalkan oleh kedua belah pihak. Efek hukum dari frustrasi adalah bahwa kontrak secara otomatis diakhiri pada saat peristiwa yang frustrasi, yang didasarkan pada prinsip-prinsip hukum umum bahwa ketika frustrasi terjadi secara umum, ia melepaskan para pihak dari melakukan tugas kontraktual mereka *in futuro*.⁶⁴

Konsep lain yang perlu dipertimbangkan adalah *Imprévision*⁶⁵ yang dalam hukum Jerman dikenal dengan konsep *Unmöglichkeit*. Konsep ini jauh lebih dari frustrasi dalam pengertian hukum umum, karena berbeda dengan doktrin common law dari frustrasi, ini mencakup semua kasus ketidakmungkinan kinerja kewajiban kontrak suatu pihak, bahkan jika kerjanya tidak mungkin karena kelalaian, kesalahan atau kelalaian karyawan. Dengan demikian, frustrasi hanyalah satu bagian dari doktrin Jerman tentang *Unmöglichkeit*. Konsekuensi dari kinerja yang dikecualikan oleh *Unmöglichkeit* dan Frustrasi adalah sama: para pihak pada umumnya dibebaskan dari melakukan tugas kontrak mereka.

Konsep lainnya adalah *Wegfall der Geschäftsgrundlage*. Gagasan ini pada hakekatnya adalah salah satu keadaan yang dituntut, dan merupakan contoh yang baik dari penggunaan prinsip-prinsip yang adil dalam UU Jerman. Pendekatan Pengadilan Jerman doktrin ini tentu lebih fleksibel daripada pendekatan pengadilan Hukum Umum di bawah frustrasi dan

⁶⁴See Jeffrey Lehman and Shirelle Phelps (eds.) *West's Encyclopedia of American Law* (2nd ed.) vol. 5, 12; Cf. Puelinckx, "Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances," *Journal of International Law* 3 (1987): 47.

⁶⁵In France it was again the administrative judiciary, *Conseil d'Etat*, which intervened, and applied this doctrine to French administrative law. This legal precedent was known as the *Gas Company of Bordeaux* case and its influence on French law in general was remarkable, although the *Code Civil* itself was not altered. The old Egyptian *Ahli* and Mixed courts had rejected this doctrine as well, prior to the promulgation of the New Code.

memaksa Majeure. Pengadilan pertama-tama mengaitkan kontrak dengan keadaan yang berubah. Hakim diizinkan untuk menyelesaikan kontrak dan dia juga dapat mengubah ketentuan atau menghentikannya. Sistem demikian fleksibel dan konsekuensinya sangat berbeda dari yang ada di Common Law.

Dalam konteks diskusi yang bersangkutan, Sanhuri memperlakukan masalah ini di bawah dua judul utama dari pengunduran diri kontrak pertama karena alasan dan penghentian kedua kontrak karena perubahan keadaan.

Dalam hukum Islam naz ariyya al-h awa dith al-t a ri'a didefinisikan sebagai keadaan yang secara radikal mengganggu keseimbangan kewajiban kontraktual, membuat kinerja terlalu berat bagi salah satu pihak yang mengadakan kontrak. Definisi ini sangat mirip dengan konsep hukum administrasi Prancis dari *imprévision*.⁶⁶

Dalam menganalisis perkembangan historis dari berbagai situasi yang mengintervensi, Sanhuri melacaknya dalam batasan prinsip-prinsip force majeure atau cas fortuit dalam makna syariah. Meskipun kedua prinsip ini akan mempengaruhi kinerja kontrak dalam berbagai tingkatan, syariah tidak membedakan keadaan yang akan dikategorikan sebagai force majeure dan cas fortuits. Terlepas dari kenyataan bahwa teori kebutuhan, pada pokoknya, berlaku dalam bidang kewajiban keagamaan ritual, beberapa ahli hukum modern menggunakan makna generik 'udhr atau alasan dan al-jawa ih atau di bawah teori kebutuhan (darura).

Namun, karena konotasi yang berbeda dari istilah dalam setiap sistem hukum, perawatan harus diambil untuk tidak membuat generalisasi dan lebih membahas kasus-kasus tertentu dengan masing-masing karakteristik.

Perlu dicatat bahwa meskipun ada kecenderungan umum untuk berbicara tentang chenge dalam keadaan sebagai prinsip hukum, akan

⁶⁶ For detail on the issue in comparative perspective see *inter alia* Smit, "Frustration of Contract: A Comparative Attempt at Consolidation," *Columbia Law Review* 58 (1958): 286-315; Dawson, "Judicial Revisions of Frustrated Contracts: Germany," *Boston University Law Review* 63 (1983): 1039-1098.

lebih akurat untuk memperlakukan situasi yang berubah seperti penyebab yang menimbulkan efek dan bukan sebagai prinsip hukum dalam ketat merasakan.

Salah satu kesulitan dalam membahas perubahan keadaan (naz ariyya al-hawa dith al-tari'a) dalam sistem hukum Islam adalah bahwa ia tidak memiliki teori koheren yang serupa dengan yang dikembangkan dalam hukum barat kontemporer. Alasan mendasar untuk ini dapat dijelaskan setidaknya dalam dua argumen sebagai berikut:⁶⁷

Pertama, sementara tidak adanya teori perubahan keadaan umum akan diharapkan dalam pandangan fakta bahwa hukum Islam tidak memiliki teori kontrak umum. Seperti yang telah disebutkan sebelumnya, kurangnya teori kontrak umum dan perlakuan terpisah dan individual dari masing-masing kontrak oleh para ahli hukum dapat mengarah pada kesimpulan bahwa hukum Islam, seperti hukum Romawi dan lain-lain, adalah salah satu kontrak penilai daripada kontrak. Ini dalam arti bahwa untuk memenuhi syarat sebagai kontrak, transaksi harus sesuai dengan salah satu kontrak yang diakui.

Kedua, bahwa hukum Barat mengharuskan untuk meletakkan teori umum tentang kemungkinan-kemungkinan yang mengintervensi (al-hawa dith al-tari'a) karena kekuatan dari kontrak yang mengikat telah meningkat sejauh yang ia naik bandingi bijaksana pengurangan / reduksionis di dalamnya sesuai dengan urgensi keadilan yang timbul baik dari pengaruh sekolah individualisme, dan reduksionis yang dipengaruhi oleh shool keamanan sosial.⁶⁸

Namun dalam hukum Islam, karena persyaratan keadilan secara permanen dominan ketika bertentangan dengan kekuatan mengikat kontrak, dan dengan demikian, dalam terang persyaratan ini memungkinkan untuk membuka berbagai pelanggaran untuk kekuatan mengikat kontrak bukannya para ahli hukum Islam menyerukan meletakkan teori yang dapat disebut dalam membenarkan persyaratan tersebut. Ini dalam

⁶⁷Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri, *Mashâdir al-Haqfi al-Fiqh al-Islami, Dirasah Muqaranah bi al-Fiqh al-Gharbi*, vol. VI, 95-6.

⁶⁸ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. VI, 96.

pandangan bahwa selama urgensi yang interpolasi yang adat dalam membenaran ini.

Meskipun sistem hukum Islam tidak mengembangkan teori umum untuk perubahan keadaan karena dua alasan yang disebutkan di atas, ini tidak menghalangi fakta bahwa ia mengakui berbagai contoh praktis untuk teori ini dalam banyak kasus yang berbeda. Dalam usahanya untuk menganalisis perkembangan historis dari doktrin perubahan dalam keadaan, Sanhuri menyelidiki teori hukum Islam al-d arura al-shar'iyya (kebutuhan hukum) dan memperlakukan secara eksklusif dua contoh yang berada di bawah judul alasan ('uzhr) dalam kontrak sewa dan kontrak layanan, bencana alam (al-jawa'ih) dalam kontrak untuk penjualan tanaman dan buah pada pohon.⁶⁹

2. Pendapat Mazhab Pembatalan Leasing karena Uzhur (a'dhar)

Empat sekolah utama dalam hukum Islam memiliki sudut pandang berbeda dari rescision (faskh) dari kontrak sewa karena alasan (a'dhar). Secara umum, Hanafi mengambil pandangan yang luas, sedangkan tiga sekolah lainnya, Maliki, Sha fi'i dan Hanbali cenderung ke pandangan yang agak sempit tentang perubahan keadaan.

Pendapat Mazhab Hanafi

Mazhab Hanafi adalah satu-satunya sekolah yang pada prinsipnya mengakui gagasan 'dhar dalam hukum Islam klasik dan menerapkannya pada penyewaan dan kontrak jasa pada khususnya. Sanhuri berpendapat bahwa menurut sekolah ini kontrak sewa dapat diakhiri sebagai akibat dari alasan yang dapat jatuh ke dalam salah satu dari tiga kategori yang diakui di sekolah ini yaitu, alasan pertama yang muncul pada bagian dari penyewa (musta'jir), misalnya, kebangkrutan atau perubahan profesinya; yang kedua adalah yang mungkin mempengaruhi lessor (muâajjir) yaitu mengeluarkan utang yang menghadangnya untuk menjual properti sewaan

⁶⁹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. VI, 96.

untuk membebaskan dirinya; yang ketiga, adalah yang mungkin mempengaruhi objek yang disewa.⁷⁰

Untuk memperjelas kasus ini perlu untuk menganalisis ketentuan-ketentuan dari Hanafi -mempertimbangkan *Majallat al-Ahkam* mengenai konsep 'darhar'.⁷¹ Menurut kodifikasi ini, dalam situasi di mana kinerja kontrak yang diberikan menjadi tidak mungkin karena keadaan atau peristiwa yang memberikan dasar yang masuk akal untuk memperpanjang bahwa kontrak tersebut tidak dapat disimpulkan, dan dengan demikian secara hukum pengakhirannya lebih disukai. Namun, tampaknya ini sangat mirip dengan konsep hukum Inggris tentang 'frustrasi',⁷² daripada ke doktrin hukum kontrak Arab modern tentang kontijensi intervening. Dan itu menjadi gagasan dari peristiwa campur tangan ini bahwa diskusi akan secara singkat melanjutkan.

3. Hukum Kontrak Arab Modern

Sangat menarik untuk dicatat bahwa sejumlah kode sipil negara-negara Arab memberikan ruang untuk penerapan konsep 'udhr untuk menyewa kontrak. Yang paling penting dari hal ini adalah sebagaimana diatur dalam Kode Sipil Yordania. Menurut kode ini, masing-masing pihak dalam kontrak diberikan opsi untuk meminta membatalkan kontrak jika muncul alasan (a`dhar) yang dapat mencegah kontrak baik dari dilakukan atau kinerjanya dari selesai. Berkenaan dengan derivasi dari doktrin aturan, dengan menganalisis *The Explanatory Explanatory Memorandum of the Civil Code*, dapat diperdebatkan bahwa hal ini didasarkan pada

⁷⁰ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. VI, 97-8.

⁷¹ *Majallat al-Ahkam*, art. 443 provides that: "If any event happens whereby the reason for the conclusion of the contract disappears, so that the contract cannot be performed, such a contract is terminated."

⁷² For discussion on the concept of 'frustration' in English law, see Noel J. Coulson, *Commercial Law in the Gulf States* (London: Graham & Trotman, 1984), 82. Coulson defines 'Frustration' as "a situation in which a contracting party, through the arising novel and unanticipated circumstances outside his control, finds the performance of his contractual obligations either to be impossible or to entail an unforeseen burden in the way of extra work or expenditure."

prinsip-prinsip hukum Islam sebagai penerapan konsep kontingensi atau kejadian bencana ditemukan dalam hukum Barat.⁷³ Selain itu, pengadopsian doktrin oleh kode-kode sipil berakar kuat dalam argumen filosofis yang sehat untuk menghindari pernyataan berlebihan dan keketatan dalam penafsiran kontrak, *h usn al-niyyah* / itikad baik, dan kesetaraan tujuan akhir untuk meningkatkan pengikatan dan efek hukum dari kontrak yang diberikan dan membuatnya lebih adil.⁷⁴

Terlebih lagi, Pengadilan Kasasi Suriah memutuskan bahwa kekudusan suatu kontrak harus tunduk pada pertimbangan keadilan, terutama ketika peristiwa-peristiwa tertentu yang luar biasa dan tidak terjadi menjadi nyata. Lihat versi yang direproduksi dari kasus di Tuah, *Al-Taqnin al-Madani al-Surif* (1992), vol. 1, 643.

Selain itu, Pengadilan Kasasi Irak menyatakan bahwa, “tujuan utama dari teori kontijensi yang mengintervensi adalah untuk membantu pihak kontraktor yang dirugikan untuk terus melakukan kewajiban kontraktualnya; juga untuk meminimalkan kesulitan yang ditimbulkan upun dia oleh acara supervening. Namun, penting bahwa pihak yang dirugikan harus dan masih, melakukan kewajibannya sesuai dengan ketentuan kontrak dan itikad baiknya.”⁷⁵

Singkatnya, berdasarkan pembacaan yang cermat terhadap berbagai undang-undang negara-negara Arab modern, menjadi jelas bahwa alasan yang mendasari berbagai kemungkinan campur tangan yang diadopsi dalam kode-kode berputar di sekitar pelestarian keadilan dan itikad baik. ‘Uzhr dari yang mungkin diminta dalam kasus kontingensi yang membuat

⁷³ See *The Egyptian Explanatory Memorandum of the Civil Code*, commenting on a similar provision of the Egyptian Civil Code (Art. 608), asserts that this rule has been derived from Islamic law and that it is an application of the doctrine of intervening contingencies, Vol. IV, 598.

⁷⁴ *The Egyptian Explanatory Memorandum of the Civil Code* explicitly states that “the reason behind the adoption of this doctrine is to avoid exaggeration and rigidity in the interpretation of contracts; good faith, equitable considerations and the customary requirement of honesty in business transactions are factors that modify the binding effect of a contract and make it more just.” Vol. II, 370.

⁷⁵ For details see The Explanation of the Iraqi Court of Cassation in *Majallat al-Qada al-Muqarin* 2 (1968): 218, 222.

kinerja kontrak yang terus berlangsung berbahaya bagi salah satu pihak yang mengadakan kontrak. 4. The Principles that constitute Rescission of Lease Contract for Excuse.

From the previous discussion, it is evident that excuse or *a'dhar* is circumstances which have not happened at the time of the contract of lease concluded. This case resembles that to the doctrine of intervening contingencies found in Western law. However, in contrast to the intervening contingencies, something that are possible to control, so a mere excuse may be benefit for either one of the contracting parties, in cases such as that it is clear that a party's travel for fulfillment of right for booty is sufficient to rescind the lease which arise from excuse. Whereas in Islamic law, *a'dhar* or excuse, like in Western law, does not make the performance impossible, but rather overburden it. The legal consequences of excuse that it can either rescinds the contract lease or revokes it automatically. The intervening contingencies in Western law, however, derives the overburdened obligation to reasonable limits.⁷⁶

Gagasan yang merupakan alasan dalam hukum Hafidh tidak selalu berarti campurtangan yang terjadi, dan ketidakmungkinan untuk menolaknya, melainkan alasan yang akan ditimpakan pada salah satu pihaknya, dan yang tidak tergambar dalam kontrak sewa. Dengan demikian, dalam kasus di mana pihak dalam kontrak gagal untuk melakukan kewajibannya karena kerugian yang berada di luar perhitungannya pada saat sewa disimpulkan, pihak ini tidak dipaksa untuk masuk ke dalam kontrak dan dia dimasuki hak atas penghentian.

Dengan arti luas dari *a'dhar* dalam ranah sewa kontrak, kontrak ini disimpulkan berdasarkan manfaat secara bertahap. Untuk setiap manfaat tunggal dapat ditemukan kontrak baru, dan manfaat dalam kontrak sewa tidak diperoleh pada satu waktu melainkan langkah demi langkah, dan dengan demikian keberatan karena alasan di dalamnya dengan tingkat kesalahan defact terjadi sebelum pengiriman. Terlebih lagi, terjadi cacat prior untuk pengiriman dalam bab penjualan secara logis memberikan hak untuk pembatalan pihak dalam kontrak.⁷⁷

⁷⁶ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. VI, 101-102.

⁷⁷ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. VI, 101-102.

5. Disastrous Events (*al-jawa'ih*)

Konsep lain yang terkait dengan urgensi intervensi dalam hukum Islam adalah bahwa dari *al-jawa'h*. Dalam diskusinya mengenai hal ini, kelompok Sanhuri bersama-sama dengan aliran pemikiran Sunni menjadi dua kategori utama, yaitu mereka yang mengakui doktrin dan mereka yang meminggirkannya. Kelompok pertama mewakili Maliki dan Hanbali yang mengakui relevansi bencana alam atau *al-jawa'ih* untuk kontrak untuk penjualan tanaman dan buah-buahan di pohon, sedangkan kelompok kedua mewakili Hanafis dan Shafi'i yang tidak menganut teori semacam itu yang pada dasarnya timbul dari fakta bahwa mereka tidak memvalidasi jenis penjualan kontrak tersebut.

Sanhuri mendefinisikan *al-jaiyah* (pl. *Al-jawa'ih*) sebagai suatu situasi di mana buah menderita kemalangan dari surga seperti dingin, atau dari penyakit tanaman seperti busuk dan kekeringan dianggap kejadian yang tak tertahankan tanpa kontroversi pandangan di antara para ahli hukum (*mayus*) *ibu al-thamaru min al-samai kal'baradaw min afahkal "afn wal"atshyu'tabaru jaiyah bila khilaf*).⁷⁸

Mayoritas ahli hukum berpendapat bahwa *al-jawa'ih* adalah keadaan yang berada di luar kendali manusia. Menurut sekolah ini, itu adalah karakter yang tak tertahankan dari peristiwa seperti dingin, kekeringan, penyakit tanaman dan belalang, yang masing-masing dapat merusak baik nilai pasar dari hasil panen atau buah sebelum panen.⁷⁹ Namun, mereka memiliki pendapat berbeda mengenai apakah tindakan manusia seperti tentara yang berperang mungkin memenuhi syarat sebagai peristiwa bencana yang mereka pegang dengan positif, itu adalah bahwa mereka bisa.

Selain itu, mirip dengan Maliki, di sekolah Hanbali kriteria yang mendasari *al-jawa'ih* adalah karakter yang tak tertahankan yang juga disebut sebagai epidemi seperti angin kencang, kekeringan dan tindakan Tuhan lainnya. Ini, pada gilirannya, menghilangkan kasus pencurian,

⁷⁸ Sanhuri, *Masadir al-Haqq*, vol. VI, 110.

⁷⁹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. VI, 111.

karena itu dapat dihindari dengan menampilkan tingkat kewaspadaan tertentu.

Dengan demikian, Pandangan dalam dua sekolah juga bervariasi untuk penerapan teori ini mempertimbangkan pertama, sifat dari benda-benda yang rusak baik di tanaman, buah-buahan atau orang lain, dan kedua saat bencana terjadi. Maliki berpendapat bahwa doktrin al-ja'ihah harus diterapkan hanya ketika setidaknya sepertiga dari buah atau tanaman rusak, kasus yang akan memvalidasi hak pembeli untuk mengklaim penurunan harga yang proporsional. Agak berbeda dengan pandangan ini, mayoritas ahli hukum Hanbali menyatakan bahwa setiap jumlah efek dari al-ja'ihah akan mengharuskan pembeli untuk mengklaim pengurangan nilai dari benda-benda (tanaman dan buah-buahan). dirusak oleh kejadian di luar perenungan para pihak pada saat perjanjian dibuat. Demikian juga, dalam kasus di mana tanaman hancur seluruhnya, kedua sekolah memiliki pendapat untuk mengakhiri penjualan kontrak tersebut.⁸⁰

Dalam kasus di mana terjadi pemahaman umum yang mencegah penghuni tempat itu di mana hal yang disewa terletak, atau ada beberapa hambatan di daerah itu untuk mengakses tanah yang disewakan untuk pertanian, dll.; ini memberikan hak kepada lessee untuk menghindari (kontrak), karena itu adalah hal yang lebih besar yang menghalangi lessee untuk mengambil manfaat dari penggunaan barang; opsi ini diperlakukan sebagai perampasan barang. Seolah-olah dia menyewa seekor binatang untuk dikendarai, atau untuk membawa beban ke tempat yang ditentukan, dan jalan itu dipotong oleh rasa takut akan suatu peristiwa, atau dia bermaksud pergi ke Mekah dan orang-orang itu tidak pergi berziarah tahun itu dengan jalan itu-dalam setiap kasus ini, perekrutan dihindari.⁸¹

Jika (penyewa) suka meninggalkan masalah itu sampai penggunaan hal itu dapat dinikmati, ia dapat melakukannya, karena hak milik keduanya (yaitu hiror dan hirer), tidak melawan mereka; sehingga jika rasa takut

⁸⁰ Muwaffaq al-Din Abi Muhammad bin 'Abdillah bin Muhammad Ibn Qudamah, *Al-Mughni*, (1972 ed.), vol. IV, 216 as quoted in Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. 6, 115-116. Herein after Ibn Qudamah, *Al-Mughni*.

⁸¹ Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. VI, 115.

itu aneh bagi si pemberi, misalnya, bahwa dia sendiri takut akan kedekatan musuh-musuhnya dengan tempat yang disewa, atau kehadiran mereka di jalan, maka dia tidak punya hak untuk menghindari (kontrak) karena ini adalah alasan yang aneh baginya, yang tidak mencegah kenikmatan penggunaan sepenuhnya atau dalam arti kata yang sangat umum.

Contohnya adalah penyakitnya: jika ia terbatas atau sakit atau kehilangan uangnya atau barang-barangnya rusak, ini tidak memberikan hak untuk menghindari perekrutan, karena ia telah meninggalkan kenikmatan penggunaan benda itu untuk alasan yang aneh. dia, yang tidak membebaskannya dari keharusan membayar karyawan, seolah-olah dia telah meninggalkan hal yang sama secara sukarela.⁸²

Jika pemegang pertanian dibanjiri atau musnah oleh api atau belalang atau es atau penyebab lainnya, maka penyewa tidak bertanggung jawab atas kerusakan juga tidak ada pilihan dalam penyewa - ini disediakan oleh Ah mad Ibn H anbal dan kita tahu tidak ada sengketa di sana, itu juga menurut sekolah Sha fi'i. Karena kerusakan berada di luar kontrak, dan properti dari penyewa rusak karenanya, seolah-olah seseorang menyewa toko dan barang-barangnya terbakar di sana. Namun, jika seseorang dihalangi dari mengolah tanah atau airnya dipotong darinya, maka si penyewa memiliki pilihan karena ini adalah hal (yang disewa) itu sendiri dan jika airnya sangat kurang karena tidak mencukupi untuk pembudidayaan, maka dia berhak menghindar, karena ini adalah cacat.⁸³

Ekstraksi pendek sebelumnya menggambarkan bahwa prinsip-prinsip sekolah H anbali kurang lebih sama dengan prinsip-prinsip imprévisi dalam hukum sipil dan administrasi Barat. Untuk menganalisis masalah yang ada lebih lanjut, adalah pantas untuk mengejar contoh penjualan buah pada pohon. Berbagai literatur dalam hukum Islam adalah availbale yang berkaitan dengan kejadian al-jawa'ih di mana kerusakan terjadi pada buah-buahan seperti busuk, badai, dll. Sebelum waktu panen.

⁸² Ibn Qudamah, *Al-Mughni*, vol. 5, 418, quoted by Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. 6, 109.

⁸³ For further discussion on this issue, see Sanhuri, *Mashâdir al-Haq*, vol. VI, 110.

Baik Maliki dan Hanbali memiliki pandangan luas tentang al-jawa'ih; dua sekolah lainnya belum menetapkan teori seperti itu. Menurut mereka jika buah telah dijual atau di pohon dan sesudahnya binasa, risikonya ada pada pembeli. Hanbali dan Maliki mengambil pandangan sebaliknya-risiko al-jawa'ih tetap ada pada penjual; Namun, jika diperlukan ada penurunan harga dan di sini sekali lagi kami menemukan penekanan pada pembeli. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa hanya izin untuk menangani tidak menganugerahkan tanggung jawab penerimaan (barang), sebagai manfaat (mana fi') dari menyewa, di mana berurusan dengan hal yang disewa diberikan kepada pemberi kerja dan jika itu rusak itulah yang kemudian menjadi risiko si penyewa.⁸⁴

Dimana kerusakan disebabkan oleh tindakan pihak ketiga kemudian menurut sekolah Hanbali pembeli memiliki opsi untuk membatalkan kontrak dan meminta penjual untuk mengembalikan harganya; atau tetap dengan kontrak dan meminta nilai dari pihak yang salah. Di al-jawa'ih di hukum Hanbali jika buahnya benar-benar lenyap maka harga mungkin diminta kembali dari penjual dan seterusnya pro rata terhadap kerugian.

Berdasarkan diskusi di atas, orang mungkin sampai pada kesimpulan bahwa meskipun fakta bahwa sistem hukum Islam tradisional memiliki mekanisme sendiri untuk menangani peristiwa atau keadaan yang tidak disengaja pada saat kontrak, akan secara logis menarik untuk menentukan sejauh mana konsep kontijensi yang mengintervensi (naz ariyyat al-jawa'ih) mempengaruhi bentuk kontemporernya. Meskipun benar bahwa tidak ada prinsip umum dari hukum Islam klasik, akan menarik untuk menyatakan bahwa apa upaya Sanhuri dalam mensintesis hukum Islam dan Barat di Masadir al-Haqq adalah yang paling penting. Terlebih lagi, dapat dipahami bahwa sebagai tanggapan terhadap urgensi masalah yang semakin meningkat dari kehidupan modern yang membawa serta konsep asing, tidak bertentangan dengan ketentuan syari'ah karena pandangan dari setiap aliran hukum Islam pikiran bisa dibenarkan disebut.⁸⁵

⁸⁴ See Ibn Qudamah, *al-Mughni*, vol. IV, 216.

⁸⁵ Metode reformasi yang dilakukan oleh para ahli hukum kontemporer di bidang

Doktrin tentang keadaan yang tidak disengaja dalam undang-undang kontemporer negara-negara Arab, pada pokoknya, dinyatakan dalam istilah yang sama yang dapat dimengerti sebagai hasil asal derivasi hukum Perancis *le theorie de l'imprévision*. Pasal 146 (2) dari Kode Sipil Irak mengatakan bahwa "Di mana ada timbul keadaan yang tidak disengaja yang disebabkan oleh 'peristiwa luar biasa yang memiliki efek luas dan umum' dan yang mengakibatkan ketidakmampuan untuk melakukan kewajiban kontraktual seperti yang awalnya dibayangkan 'meskipun kinerja adalah tidak secara intrinsik tidak mungkin, 'dan pihak yang mengontrak menunjukkan bahwa kinerja akan melibatkan' kerugian besar', maka pengadilan mungkin' setelah menimbang dalam keseimbangan kepentingan kedua belah pihak, menyesuaikan kewajiban ke batas yang wajar jika keadilan membutuhkan demikian.

hukum Islam bervariasi, salah satunya adalah *talfiq* atau menambal berbagai pandangan bersama. Konsep ini juga dikenal sebagai *eklektisisme*. Ini berarti reformasi telah sering digunakan dalam rentang sejarah Islam, yang paling penting adalah dalam mengkodifikasi Hanafi mengilhami *Majallat al-Ahkam al-'Adliyyah* selama era Ottoman.

BAB VI

EPILOG

Disertasi ini telah mencoba untuk mempelajari metode modernisasi hukum di bidang kontrak dalam pemikiran ‘Abd al-Razzaq al-Sanhuri dengan menganalisis *Masâdir al-Haq fi al-Fiqh al-Islami: Dirasah Muqaranah bi al-Fiqh al-Gharbi al-Hadith* dan keluar dengan ringkasan dan refleksi yang luas.

Salah satu cara paling penting untuk memodernkan hukum Islam kontrak dalam undang-undang kontemporer adalah dengan ilmu hukum komparatif. Terlepas dari klaim yang paling umum tentang ketiadaan teori umum hukum perjanjian Islam, berbeda dengan yurisprudensi Barat, perusahaan komparatif ‘Abd al-Razzaq al-Sanhuri menunjukkan implikasi praktis yang signifikan. Pemikiran reformis hukumnya berkembang dengan latar belakang lingkungan sosial, politik dan ekonomi tertentu pada paruh pertama Mesir abad ke-20.

Pada tahap ilmiah, al-Sanhuri mengeksplorasi mekanisme di mana konsep-konsep hukum telah ditangani oleh berbagai sekolah dan para yurisprudensi Islam terkemuka, bagaimana konsep-konsep ini telah diuraikan, dan dalam hal-hal apa yang telah mereka kembangkan dan ubah selama berabad-abad dan dari satu pikiran hukum ke yang berikutnya. Pendekatan Sanhuri dalam *Masâdir al-Haq* menekankan pada merumuskan teori umum tindakan hukum dari unsur-unsur yang tersebar dalam perjanjian-perjanjian klasik besar. Dengan demikian, juga telah ditunjukkan bahwa wacana *Masâdir al-Haq* tampaknya memiliki tema umum, dialektika

antara tradisionalisme dan modernitas di dunia yang terus berubah, antara sistem hukum Timur dan Barat, yang bertentangan dengan genre fikih klasik dan abad pertengahan, dan dengan demikian Sanhuri berusaha untuk menemukan dan menerapkan *l'esprit de loi*.

Sejalan dengan melemahnya kekuatan Barat di Timur Tengah, dan Mesir tidak terkecuali, negara-negara di kawasan ini didesak untuk merumuskan hukum dan sistem hukum yang tepat yang sesuai dengan tuntutan dan harus diambil jalannya. Sudah, di Mesir, masyarakat terpolarisasi menjadi dua ekstrem besar dalam hal ini, di satu sisi mereka yang akan memandang hukum Barat baik diadopsi secara sukarela atau enggan, dan mereka yang akan menerapkan Syariat secara eksklusif di sisi lain. Dengan demikian, komitmen totalnya untuk membuat sintesis hukum Barat dan Islam adalah hasil dari semua kekuatan ini. Telah ditunjukkan bahwa pluralisme hukum Sanhuri dengan menggunakan pendekatan komparatif dimotivasi oleh keyakinan dan kepeduliannya atas apa yang ia alami sebagai ketidakmampuan para ahli hukum kontemporer untuk memanfaatkan perjanjian hukum Islam yang kaya.

Studi ini telah mengidentifikasi fitur utama dari sentralitas reformasi hukum dan sistem hukum dalam pemikiran Sanhuri. Terlepas dari kenyataan bahwa teori kontrak umum tidak ada dalam sistem hukum Islam, Sanhuri membuat upaya untuk merekonstruksi dari sumber yang beragam dan kaya risalah klasik pemeriksaan pertanyaan yang telah menarik perhatian para ahli hukum Islam modern yang mengekstrak sebuah prinsip umum, di mana yang terakhir tidak berusaha untuk mensintesis.

Meskipun dapat dikatakan bahwa prosedur Sanhuri berbagi beberapa kelemahan dalam pilihannya tentang beberapa istilah bahasa Arab, seperti sabab dalam diskusinya tentang gagasan hukum Perancis tentang penyebab la, atau pengenalan konsep *l'imprevision* atau frustrasi bahasa Inggris ke membuat hukum Islam *al-hawadith al-thari'ah*, telah terungkap bahwa ia telah meyakinkan menunjukkan keberadaan konsep tertentu dalam konsep Islam ditentukan oleh penyelidikan historis dan konseptual dari wacana tersebut.

Melihat dari spektrum yang lebih luas dari pengikatan ulang Sanhuri

terhadap doktrin hukum Islam tidak hanya ditujukan untuk rekonstruksi melalui adaptasinya dengan ekonomi modern, tetapi juga karena pertimbangan kondisi sosial yang memburuk. Sebagai ganti pendekatan individualistis-liberal yang ada, Sanhuri mengayunkan pendulum hukum menuju pendekatan moral-sosiologis keadilan sosial, yang menempatkan masyarakat dan kebaikan bersama di pusat, dengan mengorbankan individu. Di bawah kecenderungan individualistis, peran hukum kontrak adalah untuk memastikan formalitas ikatan kontraktual. Terhadap pandangan ini, jelas bahwa metode yang digunakan *Masâdir al-Haq* menunjukkan bahwa hukum kontrak memiliki kewajiban moral untuk campur tangan dalam konten kontraktual dan dengan demikian meningkatkan keadilan kontraktual.

Meskipun alat yang dipilih Sanhuri adalah teks hukum, buku ini berpendapat bahwa visi ini pada dasarnya adalah yang sosial: untuk memperkenalkan prinsip-prinsip belas kasih, solidaritas dan keadilan, di samping kemajuan dan pragmatisme, ke dalam masyarakat Mesir yang terpolarisasi, di mana hukum properti memperoleh fungsi sosial, hukum kemitraan dianggap memiliki nilai pendidikan, dan hukum kontrak diaktifkan sebagai keseimbangan yang menguntungkan anggota masyarakat yang lebih lemah.

Ia juga mengakui prinsip kebebasan kontraktual, menyatakan bahwa kontrak adalah hukum pihak-pihak yang mengadakan kontrak (*al-'aqd shari'at al-muta'a qidayn*), yang dapat dicabut atau diubah hanya dengan kesepakatan bersama dari kedua belah pihak. Tetapi, secara paralel, ia memperkenalkan beberapa doktrin sosiologis yang memfasilitasi intervensi peradilan dan sosial dalam otonomi kontraktual individu, dengan harapan bahwa pada akhir proses doktrin-doktrin ini akan memperluas efek moral mereka terhadap hukum sipil dan masyarakat pada umumnya. Hal ini didasarkan pada pendekatan-pendekatan ini merupakan kebaruan dari yurisprudensi Sanhuri.

Studi ini hanya mempelajari satu aspek dari pemikiran reformis hukum Sanhuri dalam *Masâdir al-Haq*. Penelitian lebih lanjut tentang metode penafsiran hukum seperti yang dibahas di atas sangat diperlukan dalam pengembangan hukum di dunia yang terus berubah. Memang, disertasi ini telah berusaha untuk mengarah ke arah ini dengan harapan

bahwa hasilnya dapat menjadi sumber inspirasi untuk modernisasi hukum di masa mendatang. Namun, masih ada aspek yang sangat luas dalam perbandingan hukum Sanhuri yang memerlukan studi lebih lanjut.

Para sarjana dari kedua hukum Islam dan sekuler serta otoritas harus bekerja bergandengan tangan berkontribusi keahlian mereka untuk merumuskan undang-undang nasional yang kombinatif dan yang paling penting yang harus sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat. Tidak diragukan lagi, pluralisme hukum Sanhuri yang dijelaskan dalam bukunya *Masâdir al-Haq* ditujukan untuk menemukan dasar filosofis untuk prinsip-prinsip umum dari apa yang ia anggap sebagai keadaan terbelakangnya agar ia berjalan seiring dengan sosial dan ekonomi kontemporer: pengembangan.

Meskipun interpretasi hukum Sanhuri pada tingkat tertentu tidak mematuhi standar ketat ijtihad yang berlaku di kalangan mayoritas ahli fikih, namun demikian sintesis yang ia perkenalkan didasarkan pada pemikirannya tentang undang-undang kontemporer dan prinsip-prinsip yurisprudensi Islam yang mempromosikan kepentingan publik dan keadilan yang melekat di dalamnya. Atas dasar pertimbangan inilah, kelihatannya Sanhuri meninggalkan pengaruh yang sangat kuat dalam perkembangan kode sipil di negara-negara Arab kontemporer.

DAFTAR PUSTAKA

- 'Abd al-Barr, Faruq. "Abd al-Razzaq al-Sanhuri, Qadiyan li al-huqu wa al-hurriyyah." *Majallat al-Qanun wa al-Iqtisad* 30 (special edition, n.d.): 465-518.
- Abdillah, Masykuri. "Eksistensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Mesir Dewasa ini." *Mimbar Agama & Budaya* XVII(i) (2001): 1-23.
- Abel, Richard L. "Comparative Law and Social Theory." *The American Journal of Comparative Law* 26 (1978): 219-25.
- Ahmad, Ali. "The Role of Islamic Law in the Contemporary World Order." *Journal of Islamic Law and Culture* 6 (2001): 157-71.
- 'Alamkir. *Al-Fata wa al-Hindiyyah*. Cairo: al-Maymaniyyah Press, 1323 H. 6 vols.
- Alford, William P. "On the Limits of 'Grand Theory' in Comparative Law." *Washington Law Review* 61 (1986): 945-56.
- Amin, Sayed Hassan. *Middle East Legal System*. Glasgow, the United Kingdom: Royston Ltd., 1985.
- Anderson, J.N.D. "The Shari'a and Civil Law." *Islamic Quarterly* (1954): 29-46.
- _____. *Law Reform in the Muslim World*. London: Athlon Press, 1976.
- _____. "Law as a Social Force in Islamic Culture and History." *Bulletin of the School of Oriental and African Studies* 20(1/3) (1957): 13-40.

- Arabi, Oussama. "Al-Sanhuri's Recunstruction of the Islamic Law of Contract Defects." *Journal of Islamic Studies* 6(2) (1995): 153-73.
- Askarus, Tawfiq. "Muhammad Qadri Pasha." *al-Muqtataf* 48 (1916): 253-63.
- 'Atiyah, Jamal & Wahbah Zuhayli. *Tajdid al-Fiqh al-Islami*. Beirut: Dar al-Fikr, 2000.
- Azizy, Qodri. *Eklektisisme Hukum Nasional*. Yogyakarta: Gama Media, 2002.
- Aznan, Hasan. "A Comparative Study of Islamic Legal Maxims in Majallat al-Ahkam al-'Adliyyah, Jordanian Civil Code and United Arab Emirates law of Civil Transaction." *The Islamic Quarterly* 48(1) (2004): 47-68.
- Badr, Gamal Moursi. "The Agent's Contract with Himself: With Special Reference to Islamic Law." *The American Journal of Comparative Law* 30 (1982): 255-66.
- _____. "The New Egyptian Civil Code and the Unification of the Laws of the Arab Countries." *Tulane Law Review* 30 (1955-1956): 299-304.
- _____. "Islamic Law: Its Relation to Other Legal Systems." *The American Journal of Comparative Law* 26 (1977-1978): 187-98.
- _____. "Law in the Middle East: Origin and Development of Islamic Law: A Review." *Tulane Law Review* 30 (1955-1956).
- Badwi, I.Z. *Nazariyyat al-riba al-Muharram*. Cairo: al-Majlis al-A'la li al-Ri'ayat al-Funun, 1964.
- Baker, Raymond. "Egypt," in John L. Esposito, ed., *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*, vol. 1 (New York, Oxford: Oxford University Press, 1995), 428-36.
- Ballantyne, W.B. *Commercial Law in the Arab Middle East: The Gulf States*. London: Lloyd of London Press, 1986.
- _____. "The Constitutions of the Gulf States a Comparative Study." *Arab Law Quarterly* 1(2) (1986): 158-76.

- _____. and Howard L. Stoval (eds.). *Arab Commercial Law: Principles and Perspectives*. USA: American Bar Association, 2002.
- Bassiouni, M. Cherif and Gamal M. Badr. "The Sharī'ah: Sources, Interpretation, and Rule-Making." *UCLA Journal of Islamic & Near Eastern Law* 1 (Summer/ Spring 2002): 135-78.
- Beachor, Guy "The Egyptian Civil Code: In Search of Social Order, 1933-1949". Ph.D. dissertation, Tel Aviv University, 1998.
- _____. "To Hold the Hand of the Weak': The Emergence of Contractual Justice in the Egyptian Civil Law." *Islamic Law and Society* 8, 2 (2001): 179-200.
- Belleau, Marie-Claire. "The "Juristes Inquiets": Legal Classicism and Criticism in Early Twentieth-Century France." *Utah Law Review* (1997): 379-424.
- Bellefonds, Y. Linant de. "Abdel Razzaq al-Sanhuri, Masadir al-Haq fil fiqh al-Islami." *Revue Internationale de Droit Compare* 10 (1958): 476-8; 11 (1959): 633-9.
- _____. *Traite du droit musulman compare*. The Hague: Mouton, 1965, 3 vols.
- Berque, Jacques. *Egypt: Imperialism and Revolution*. Tr. by Jean Stewart. New York and Washington: Praeger Publishers, 1972.
- Binder, Leonard. *Islamic Liberalism: A Critique of Development Ideologies*. Chicago: 1988.
- Brown, Nathan J. *The Rule of Law in the Arab World, Courts in Egypt and the Gulf*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Cannon, Ron D. "Social Tensions and the Teaching of European Law in Egypt Before 1900." *History of Education Quarterly* (Fall) (1975).
- Carozza, Paolo G. "Continuity and Rupture in "New Approaches to Comparative Law." *Utah Law Review* (1997), 657-63.
- Chehata, Chefik. *Théorie Générale l'Obligation en Droit Musulman Hanéfite*. Paris Editions Sirey, 1969.

- Chloros, A.G. "Comparative Aspects of the Intention to Create Legal Relations in Contract." *Tulane Law Review* 33 (1958-1959): 607-19.
- Clark, David S. "Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today." *Tulane Law Review* 75 (March 2001): 872-912.
- Collins, Hugh. "Methods and Aims of Comparative Contract Law." *Oxford Journal of Legal Studies* 11 (1991): 396-406.
- Cosson, Benedicte Fauvarque-. "Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple." *The American Journal of Comparative Law* 49 (2001): 407-26.
- Coulson, Noel J. *Commercial Law in the Gulf States: The Islamic Legal Tradition*. London: Graham & Trotman, 1984.
- Cruz, Peter de. *Comparative Law in a Changing World*. 2nd (ed.) London: Cavendish Publishing Limited, 1999.
- Danielsen, Dan and Karen Engle, eds. *After Identity: A Reader in Law and Culture*. New York: Routledge, 1995.
- Demleitner, Nora V. "Challenge, Opportunity and Risk: An Era of Change in Comparative Law." *The American Journal of Comparative Law* 46 (1998): 647-55.
- Al-Din, Ibn Nujaym, Zain. *al-Bahr al-Raiq* 2nd ed. Beirut: Dar al-Ma'rifah, 1993.
- Dunne, J. Heyworth, *An Introduction to the History of Education in Modern Egypt*. 1st edn. London, 1939.
- Dupret, Baudouin et al., eds. *Legal Pluralism in the Arab World*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- Edge, Ian. "Comparative Commercial Law of Egypt and the Arabian Gulf." *Cleveland State Law Review* 34 (1985-86): 129-44.
- Ewald, William. "Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants." *The American Journal of Comparative Law* 43 (1995): 489-510.
- Frankenberg, Gunter. "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law." *Harvard International Law Journal* 26(2) (1985): 411-55.

- Feldbrugge, F.J.M. "Methods of Sociological Research in Comparative Law." in *Netherlands Reports to the VIII International Congress of Comparative Law*. The Netherlands: Kluwer-Deventer, 1970.
- Forte, David F. "The Comparative Lawyer and the Middle East." *The American Journal of Comparative Law* 26 (1977-1978): 305-7.
- Gerber, David J. "Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative Law." *Tulane Law Review* 75 (2000-2001): 949-75.
- Gershoni, Israel and James P. Jankowski. *Redefining the Egyptian Nation, 1930-1945*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Ghestin, J. *Traite de Droit Civil, Le Obligations, Le contrat: Formation*. 2nd ed. Paris, 1988.
- Gordon, Joel. *Nasser's Blessed Movement: Egypt's Free Officers and the July Revolution*. New York: Oxford University Press, 1992.
- Gorla, Gino. "The Theory of Object of Contract in Civil Law: A Critical Analysis by Means of the Comparative Method." *Tulane Law Review* 28 (1953-1954).
- Haqqi, Mamduh. *Al-Islam wa-usul al-hukm: Ba'th fi al-Khilafah wa al-hukumah fi al-Islam: Naqd wa ta'liq*. Beirut, 1966.
- Al-Hattab, *Mawahib al-Jalil Syarh Sidi al-Khalil*. Cairo: Sa'adah Press, 1928. 6 vols.
- Haydar, 'Ali. *Durar al-Hukkam Syarh Majallat al-Ahkam*. Tr. Into Arabic by Fahmi al-Husayni, Beirut, Lebanon: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, n.d., 16 vols.
- Haykal, Muhammad Husayn. *Tarajim Misriyyah wa Gharbiyyah*. Cairo, 1929.
- Hill, Enid. *Al-Sanhuri and Islamic Law*. Cairo, 1987.
- . "Islamic Law as a Source for Development of a Comparative Jurisprudence, the Modern Science of Codification." In Aziz al-Azmeh ed. *Islamic Law: Social and Historical Contexts*. London and new York, 1988: 146-97.

- . “Majlis al-Dawlah: The Administrative Courts of Egypt and Administrative Law.” In Chibli Mallat, ed. *Islam and Public Law: Classical and Contemporary Studies*. London: Graham and Trotman, 1993.
- . “Comparative and Historical Study of Modern Middle Eastern Law.” *The American Journal of Comparative Law* 26 (1977-1978): 279-304.
- Hiller, Jack A. and Bernhard Grossfeld. “Comparative Legal Semiotics and the Divided Brain: Are we Producing Half-Brained Lawyers?” *The American Journal of Comparative Law* 50 (2002): 175-200.
- Hourani, Albert. *Arab Thought in the Liberal Age, 1798-1939*. London, 1962.
- Ibn ‘Abidin. *Radd al-Mukhtar ‘ala al-Durr al-Mukhtar*. Dar Sa‘adah, 1327 A.H. vol. III.
- Ibn Nujaym, Zain al-Din. *Al-Ashbah wa al-Naza’ir*. Cairo: al-Husainiyyah Press, 1322 A.H.
- . *al-Bahr al-Ra‘iq*. 2nd ed. Beirut, Dar al-Ma‘rifah, 1993.
- Ibn Qudamah, Muwaffaq al-Din. *Al-Mughni ‘ala Mukhtasar Abi al-Qasim ‘Umar al-Khiraqi*. Rashid Rida, ed., 12 vols. Cairo: Dar al-Manar, 1341-48/ 1922-30.
- Jami’, ‘A.B. “Abd al-Razzaq al-Sanhuri: al-rajul allazi faqadnah.” *Majallat al-Qada* (Baghdad) 27 (1972).
- Jamin, Christophe. “Saleilles’ and Lambert’s Old Dream Revisited.” *The American Journal of Comparative Law* 50 (2002): 701-18.
- Jankouski, James. “The Easter Idea and the Eastern Union in the Inter war Egypt.” *The International Journal of African Historical Studies* 14(4) (1981): 643-66.
- Jwaideh, Zuhair E. “The New Civil Code of Iraq.” *George Washington Law Review* 22 (1953-1954): 176 et seq.
- Al-Jawziyyah, Ibn Qayyim. *I‘lam al-Muwaqqi‘in*. Beirut: Dar al-Jil, 1970.
- Junior, Arthur Goldschmidt. *Historical Dictionary of Egypt*. London: The Scarecrow Inc., 1994.

- Kamali, Mohammad Hashim. *Islamic Commercial Law: An Analysis of Futures and Options*. Cambridge: The Islamic Texts Society, 2000.
- Al-Kasani, Abu Bakr. *Kitab Bada'i' al-Shana'i' fi Tartib al-Syara'i'*. Cairo: 1327-8, 7 vols.
- Khadduri, Majid. *Political Trends in the Arab World: The Role of Ideas and Ideals in Politics*. Baltimore and London, 1970, 239-44.
- _____, and H. Liebesny (eds.) *Law in the Middle East*. Washington D.C.: Middle East Institute, 1955.
- _____. "Islam and the Modern Law of Nations." *The American Journal of International Law* 50 (1956): 358-72.
- Kennedy, David. "New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance." *Utah Law Review* (1997): 545-637.
- Khattab, Diya' Shit. "Al-Maghfur lah al-'Allamah 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri, 1895-1971." *Majallat al-Qada* 26(3) (1971): 1-32.
- Khuri, Richard K. *Freedom, Modernity And Islam; Towards A Creative Synthesis*. Syracuse: Syracuse University Press, 1998.
- Lambert, Edouard and John H. Wigmore. "An International Congress of Comparative Law in 1931." *Illinois Law Review* 24 (1929-1930): 658-65.
- Laroui, Abdallah. *The Crisis of the Arab Intellectual: Traditionalism or Historicism*. Tr. by Diarmid Cammell, California: California University Press, 1976.
- Lasser, Mitchel. "Comparative Readings of Roscoe Pound's *Jurisprudence*." *The American Journal of Comparative Law* 50 (2002): 719-51.
- Legrand, Pierre. "John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue." *The American Journal of Comparative Law* 47 (1999): 3-66.
- Liebesny, Herbert J. "Comparative Legal History: Its Role in the Analysis of Islamic and Modern Near Eastern Legal Institution." *The American Journal of Comparative Law* 20 (1972): 38-52.

- . *The Law of the Near and Middle East: Readings, Cases and Materials*. Albany, New York: SUNI Press, 1975.
- Al-Mawsu'ah al-'Arabiyyah al-Muyassarah*. Beirut, 1965.
- Mahmassani, Subhi. *al-Mujtahidun fi al-Haqq*. Beirut: Dar al-'Ilm li al-Malayin, First ed. 1979.
- . *Falsafat al-Tashri' fi al-Islam*. 5th edn. Beirut: Dar al-'Ilm li al-Malayin, 1980.
- Madkur, Muhammad Salam. *al-Fiqh al-Islami: al-Madkhal wa al-Amwal wa al-Huquq wa al-'Uqud*, 2nd ed. Cairo: Matba'ah al-Fajalah: 1955.
- Marsh, Norman S. "Supranational Planning Authorities and the Private Law." *The American Journal of Comparative Law* 4 (1955): 189-207.
- Mayer, Ann E. "Law Modern." *Encyclopedia of the Modern Middle East*. Reeva S. Simon et. al., eds. New York: McMillan, 1996, 1087-1081.
- Meijer, Roel, ed. *Cosmopolitanism, Identity, and Authenticity in the Middle East*. Richmond, 1999.
- Mursi, A.F. "Ustadh al-Asatidhah," in *al-'id al-Mi'awi li Kulliyat al-Huquq*. Cairo, 1972.
- Nabhan, M. Faruq. *al-Madkhal li al-Tasyri' al-Islami*. Beirut: Dar al-Qalam, 1981.
- Oussama Arabi. *Studies in Modern Islamic Law and Jurisprudence*. The Hague, The Netherlands: Kluwer Law Int., 2001.
- Owsia, Parviz. "Silence, Efficacy in Contract Formation: A Comparative Review of French and English Law." *International and Comparative Law Review* 40 (1991): 784-806.
- . "The Notion and Function of Offer and Acceptance under French and English law." *Tulane Law Review* 66 (1991-1992): 871-918.
- . *Formation of Contract: A Comparative Study under English, French, Islamic and Iranian Law*. London: Graham and Trotman, 1994.

- Parolin, Gianluca Paolo. "Generations of Gulf Constitution: Paths and Perspectives." Paper presented at the Sixth Mediterranean Social and Political Research Meeting of the Mediterranean Programme of the Robert Schuman Centre for Advanced Studies at the European University Institute, Montecatini Terme, March 2005.
- Qasem, A.M. "A Judicial Experiment in Libya: Unification of Civil and Shariat Courts." *International and Comparative Law Quarterly* 3 (Jan. 1954): 134-7.
- Qasem, Anis al. "The Injurious Acts Under the Jordanian Civil Code." *Arab Law Quarterly* 4(3) (1989): 183-98.
- Reid, Donald M. *Lawyers and Politics in the Arab World*. Minneapolis and Chicago: Bibliotheca Islamica, 1981.
- Riles, Annelise. "Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information." *Harvard International Law Journal* 40 (1999): 221-13.
- _____. ed. *Rethinking the Masters of Comparative Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2001.
- Ruskola, Teemu. "Legal Orientalism." *Michigan Law Review* 101 (2002): 179-200.
- Sacco, Rodolfo. "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law." *The American Journal of Comparative Law* 39 (1991): 1-34.
- Saleh, Nabil. *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law*. Cambridge: Cambridge university Press, 1986.
- _____. "Civil Codes of Arab Countries: The Sanhuri Codes." *Arab Law Quarterly* IIX(ii) (1993): 161-7.
- Sanhuri, 'Abd al-Razzaq Ahmad al-. *Le restrictions contractuelle a la liberte individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*. Paris: Universite de Lyon – faculte de Droit, Marcel Giard, 1925.
- _____. *Le Califat: son evolution vers une Societe des Nations Orientale*. Paris, 1926.

- _____. "Le Droit musulman comme element de refonte du Code Civil Egyptien." in *Introduction a l'Etude du Droit Compare*. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris: 1938.
- _____. *Mashadir al-Haqq fi al-Fiqh al-Islami, Dirasah Muqaranah bi al-Fiqh al-Gharbi*. Cairo, 1954-9. 6 vols.
- _____. *Nadzariyyat al-'Aqd*. Np., n.d.
- _____. "Wujub Tanqih al-Qanun al-Madani." *Majallat al-Qanun wa al-Iqtisad* 6, I (January 1936): 3-144.
- _____. "Ala Ayy Asas Yakun Tanqih al-Qanun al-Madani al-Misr?" (On What Bases Will the Egyptian Civil Code be Revised?) *al-Kitab al-Dhahabiy li al-Mahakim al-ahliyyah* 2 (1938): 106-43.
- _____, "Al-Qanun al-Madani al-'Arabi," (The Arab Civil Code). *Majallat al-Qada* (Baghdad) 20, 1-2 (1962): 7-33.
- _____. *Al-Wasit fi Sharh al-Qanun al-Madani al-Jadid* (The Intermediary Explication of the New Civil Law), Cairo, 1952-70. 12 vols.
- _____. *Abd al-Razzaq al-Sanhuri min Khilaf awraqih al-syakhsyyah* ('Abd al-Razzaq al-Sanhuri Through his Journals) Nadiyah al-Sanhuri and Tawfiq al-Shawi, eds. Cairo, 1988.
- _____. *Majmu'at Maqalat wa Abhath al-Ustadh al-Duktur 'Abd al-Razzaq al-Sanhuri*, Nadiyah al-Sanhuri and Tawfiq al-Shawi, eds. Cairo: Cairo University Press, 1992.
- Sayed, Hani. "Beyond the old and New: Engaging the Muslim Cosmopolitan." *American Society of International Law Proceedings* 93 (1999): 362-5.
- Shalakany, Amr. "The Analytics of the Social in Private Law Theory." Unpublished S.J.D. dissertation, Harvard University Law School, 2000.
- _____. "Between Identity and Redistribution: Sanhuri, Genealogy and the Will to Islamise." *Islamic Law and Society* 2 (June 2001): 201-44.
- Sharp, Malcolm P. "Notes on Contract Problems and Comparative Law." *The University of Chicago Law Review* 3 (1935-1936): 277-90.

- Sarakhsi, Syams al-Din al. *al-Mabsut*. Cairo: al-Sa'adah Press, 1324 AH. 30 vols.
- Schlesinger, Rudolf B., et al., eds. *Comparative Law: Cases, Text, Materials*. 6th ed. New York: Foundation Press, 1998.
- Szaszy, Etienne de. *Droit International Prive Compare*. Alexandrie: Librairie Judicaire, 1940.
- Tetley, William. "Mixed Jurisdiction: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)." *Louisiana Law Review* 60 (2000): 678-738.
- Trubek, David M. "Reconstructing Max Weber's Sociology of Law." *Stanford Law Review* 37 (1984-1985): 919-36.
- Turabian, Kate L. *A Manual for Writers of Term Papers, Theses, and Dissertations*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.
- Vogel, Frank. "The Contract Law of Islam and of the Arab Middle East." *International Encyclopedia of Comparative Law* (September 1997): 169 et seq.
- Wakin, J. *The Function of Documents in Islamic Law*. Albany: State University of New York Press, 1972.
- Williams, Patrick and Laura Christman, eds. *Colonial Discourse and Post-Colonial Theory: A Reader*. New York: Columbia University Press, 1994.
- Yassin, al-Sayyid et. al. eds. *Al-Turath wa Ta'hadiyyat al-'Asr fi al-Watn al-'Arabi aw al-Asalah Wal-Mu'asarah*, Beirut: 1985.
- Zahraa, Mahdi and Shafaai M. Mahmor. "The Validity of Contracts when the Goods are not yet in Existence in the Islamic Law of Sale of Goods." *Arab Law Quarterly* 17(4) (2002): 379-97.
- Zahrah, Abu. *Al-Milkiyyah wa Nazariyyat al-'Aqd (Ownership and the Theory of Contract)*. Nd.
- Zarqa', *Al-Fiqh al-Islami fi al-Tsaubih al-Jadid (Islamic Law in its Modern Cloak)*. Nd.
- Ziadeh, Farhat J. "Property, Social Structure, and Law in the Modern Middle East; Muslim Law Courts and the French Colonial State in Algeria;

Middle East Legal System.” *International Journal of Middle East Studies* 19(4) (November 1987): 515-20.

—————. “Law of Property in Egypt: Real Rights.” *The American Journal of Comparative Law* 26 (1977-1978): 239-70.

Internet/ Websites

“Iraq Update,” at http://www.gulf-law.com/iraq_law.html

“Kuwait,” at <http://www.law.emory.sdu/ifl/legal/kuwait.htm>

An-Naim, Abdullahi Ahmed. “The Future of Sharia in a Secular State,” at http://www.qantara.de/webcom/show_article.php/_C478/_nr-479/i.html

Saleh Majid and Faris Lenzen. “Application of Islamic Law in The Middle East,” at <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=52976>

“A Short History of Kuwait,” at <http://www.electionworld.org/history/kuwait.htm>

Stilt, Kristen A. “Islamic Law and the Making and Remaking of the Iraqi Legal System,” at http://findarticles.com/p/articles/mi_qa5433/is_200401/ai_n21356922/

Stoval, Howard L. “Arab Commercial Law – into the Future,” at <http://.stoval-law.com/new-01.htm>

TENTANG PENULIS

Mhd. Syahnan, lahir di Kayulaut, Kabupaten Mandailing Natal 5 September 1966. Pendidikan terakhir adalah Program Doktor pada Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah Jakarta tahun 2008. Pada awalnya, mengaji di Madrasah Musthafawiyah Purba Baru dan selanjutnya kuliah di Institut Agama Islam Negari Sumatera Utara Medan tamat tahun 1990, dan kampus ini kemudian menjadi tempatnya mengabdikan diri sebagai dosen pada Fakultas Syari'ah dan Pascasarjana. Pada tahun 2016 - sekarang dipercaya menjadi *editor in-chief* jurnal *MIQOT: Jurnal Ilmu-ilmu Keislaman*. Sejak Januari 2016 sampai saat ini diamanahi menjadi Ketua Lembaga Penjaminan Mutu (LPM) UIN SU Medan. Pada tahun 1991 dan 1995 mendapatkan beasiswa dari British Council dan CIDA (Canada International Development Agency) untuk program magister di School of Oriental and African Studies (SOAS) University of London dan di Institute of Islamic Studies, McGill University. Pada tahun 2003-2004 memenangkan Competitive Fulbright Dissertation Research Award untuk meneliti di Georgetown University dan Washington College of Law, American University. Training dan kursus yang pernah diikuti antara lain Pre-departure Training Program for IAIN Lecturers, Jakarta, July 1990 – March 1991; Pre-sessional (General English and Study skills), Cambridge, The United Kingdom, June – July 1991; Academic English Training, Indonesia – Australia Language Foundation, Bali, June 1994–January 1995; Teaching and Learning in Higher Education Workshop, Institute of Education, McGill University, Montreal – Canada, June 1996; McGill Summer Management Workshop, Management Institute, McGill

University, Montreal – Canada, July 1996. Foundation of American Law and Legal Education, Georgetown Law Center, Georgetown University, Washington D.C., June- July 2003; dan, *Investment of Trade Laws of the Middle East Course*, Washington College of Law, American University, Washington D.C., September 2003 – February 2004. Beberapa karya ilmiah yang dihasilkan diantaranya: *Modernization of Islamic Law of Contract: A Study of ‘Abd al-Razzaq al-Sanhuri’s Mashadir al-Haq fi al-Fiqh al-Islami* (Jakarta: Badan Litbang & Diklat Departemen Agama RI, 2009); *Contemporary Islamic Legal Discourse: A Study of Sayyid Quthb’s Fi Zhilal al-Qur’an* (Medan: IAIN Press, 2010); Ed. *Kontekstualisasi Ekonomi Syari’ah* (Medan: IAIN Press, 2012); *Beyond Halal and Haram* (Medan: Perdana Mulya Sarana, 2017); *Hukum Islam dalam Bingkai Transdisipliner* (Medan: Perdana Publishing, 2018); dan beberapa artikel di jurnal *Tsaqafah*, *Ulumuna*, *Miqot*, *Analytica Islamica*, dan *Dinamika Ilmu*.

