

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Wakaf telah dikenal sejak jaman dahulu (sebelum Islam), dalam pengertian yang sekarang dipahami, meskipun tidak diistilahkan atau dinamakan sebagai wakaf. Hal itu karena manusia telah mengenal tempat peribadatan sejak mereka memandang perlu untuk menyembah tuhan. Apabila diamati tempat-tempat ibadah tersebut yang berupa tanah dan bangunan, yang dari sana kemudian hasilnya dipakai untuk biaya perawatan dan bahkan untuk membayar pengelolanya, maka sulit kiranya bila semua itu tidak disebut sebagai wakaf. Tempat-tempat ibadah itu tidak menjadi hak milik seseorang, dan boleh dimanfaatkan oleh masyarakat umum.¹

Wakaf diperkirakan sudah menjadi pranata hukum dalam masyarakat adat sebelum Islam datang ke Nusantara. Di masyarakat Banten misalnya, terdapat tradisi Huma Serang yaitu tanah yang dikelola bersama dan hasilnya digunakan pula untuk kepentingan bersama pula. Demikian pula di masyarakat ada lainnya, semisal di Lombok ada yang disebut dengan Tanah Pareman, dan di Jawa Timur ada yang disebut dengan Perdikan. Prilaku hukum tersebut semakna dengan wakaf dalam ajaran Islam.²

Pada masa penjajahan Belanda, wakaf merupakan lembaga hukum Islam yang telah diterima masyarakat di wilayah nusantara yang disebut dengan Vrome Stichting. Artinya secara keseluruhan konsep dan aturan tentang wakaf atau yang semakna dengan wakaf sudah menjadi bagian dari adat istiadat masyarakat Indonesia selama berabad-abad.³

¹ Muhammad Amin, *Al-awqaf wa al-hayatu al-ijtima'yyatu fi Mishr*, (Kairo: Dar al-Kutub wa al-Watsaiq al-Qaumiyyah, 2014) H. 11

² Direktorat Pemberdayaan Wakaf Departemen Agama RI, *Pedoman Pengelolaan dan Pengembangan Wakaf* (Jakarta: Departemen Agama RI Dirjen Bimas Direktorat Pemberdayaan Wakaf, 2006). H. 24

³ Direktorat Pemberdayaan Wakaf Departemen Agama RI, *Pedoman Pengelolaan dan Pengembangan Wakaf*, h. 21

Perkembangan pranata wakaf mengalami perubahan. Ia melintasi masa kesultanan, masa kolonial, dan masa kemerdekaan. Pada masa kesultanan, ia diatur oleh adat kebiasaan masyarakat lokal. Pada masa kolonial, terdapat berbagai pandangan mengenai pengaturan wakaf. Pada masa kemerdekaan, diatur oleh berbagai peraturan-perundangan. Akan tetapi, hubungan vertikal dan horizontal antar peraturan-perundangan tidak dipersoalkan. Pada masa reformasi, ketika tuntutan identitas kedaerahan dan keagamaan semakin kuat, pembentukan Undang-undang Wakaf dilakukan oleh Pemerintah (Undang-undang Nomor 41 Tahun 2004). Berdasarkan pertimbangan sosiohistoris, yuridis, dan filosofis, maka wakaf telah merupakan salah satu hukum yang hidup (*living law*) dalam masyarakat muslim di Indonesia.⁴

Wakaf merupakan salah satu sumber dana yang memiliki potensi dalam pengembangan ekonomi umat. Sejarah islam, sebagaimana yang ditulis oleh Ragib As-Sirjani, sudah memperkenalkan berbagai jenis wakaf yang hampir memenuhi berbagai kebutuhan ummat Islam saat itu. Wakaf yang paling utama adalah wakaf untuk sarana ibadah/mesjid dan madrasah, di samping lahan produktif. Selain itu dikenal juga wakaf perabotan rumah tangga dan peralatan pesta pernikahan, sehingga orang-orang yang tidak mampu pada saat itu dapat merasakan nuansa pernikahan yang mewah seperti halnya orang kaya.⁵

Wakaf sebagai bagian dari hukum Islam yang berdimensi kesejahteraan sosial, eksistensinya dalam instrumen ekonomi Islam bisa dibilang khas dan strategis. Wakaf telah lama dikenal masyarakat muslim sebagai salah satu bentuk *amal jariyah* yang berperan penting bagi pengembangan sosial, ekonomi, dan budaya dalam rangka untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat. Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang wakaf pada Pasal 5 mencantumkan secara umum tujuan ataupun fungsi wakaf, yaitu wakaf berfungsi mewujudkan potensi dan

⁴ Deden Effendi, *Tinjauan Sosiologi Hukum Tentang Kepatuhan Masyarakat Terhadap Undang-Undang Wakaf*, Jurnal Asy-Syari'ah Vol. 22 No.1 , (Bandung: UIN Sunan Gunung Djati Bandung, 2020) <https://journal.uinsgd.ac.id/index.php/asy-syariah/article/view/8931/pdf>

⁵ Ragib As-Sirjani, *Rawa 'i'u al-Auqāf fi Hadarati al-Islamiyyati*. (Nahdatu Mishr li al-Tiba'ah wa al-Nasyr wa al-Tauzi', 2010) hal.

manfaat ekonomis harta benda wakaf untuk kepentingan ibadah dan untuk memajukan kesejahteraan umum.

Keberhasilan negara-negara Muslim adalah bukti bahwa wakaf mampu memberikan kontribusi dalam mengurai masalah perekonomian di sebuah negara. Mesir mampu membuktikan bahwa wakaf adalah salah satu sumber kesejahteraan masyarakat. Hal tersebut dikarenakan wakaf di Mesir dikelola dalam berbagai bidang; bidang properti, bidang pertanian dan reklamasi tanah, dan bidang ekonomi. Bahkan Amerika Serikat juga memiliki aset wakaf yang produktif, yaitu sebuah proyek apartemen senilai US\$85 juta di atas tanah yang dimiliki oleh the Islamic Cultural Center of New York (ICCNy). Wakaf di Amerika Serikat dikelola oleh Kuwait Awqaf Public Foundation (KAPF), yaitu sebuah lembaga keuangan Islam profesional. Wakaf dikelola secara profesional, sehingga hasil yang diperoleh pun juga maksimal.⁶

Di Malaysia wakaf berkembang sejak tahun 2008, yaitu sebuah bangunan komersial dengan tinggi 34 tingkat yang dibangun di atas tanah seluas 52.838 m². Bangunan ini dikenal dengan Menara Imara Wakaf yang menjadi salah satu ikon wakaf di Malaysia. Peruntukan bangunan tersebut untuk disewakan oleh Bank Islam Malaysia Berhad. Keuntungan dari sewa diperuntukkan kepada mustahik wakaf. Dan juga hotel-hotel di beberapa lokasi yang merupakan aset wakaf.⁷

Keberhasilan pengelolaan wakaf juga telah dirasakan oleh Turki, yaitu wakaf uang di Bursa yang berada di sebuah kota di daerah Orhan Gazi. Pengembangan wakaf uang pada saat itu dikelola dengan cara bunga; yaitu dengan dipinjamkan kepada yang membutuhkan dan ditetapkan bunga ketika pengembaliannya. Sehingga praktik wakaf uang di Turki banyak menjadi perdebatan di kalangan masyarakat Muslim. Menurut Çizakça sekitar abad 18, sebanyak 10% dari penduduk Bursa yaitu 60.000 orang telah meminjam dana dari dana wakaf untuk keperluan mereka, baik pendidikan, kesehatan, keluarga, dan juga fasilitas-fasilitas umum. Hal tersebut menunjukkan bahwa wakaf uang di Turki

⁶ Nasrul Fahmi Zaki Fuadi, *Wakaf sebagai Sumber Ekonomi Pembangunan*, *Economica*. (Jurnal Ekonomi Islam – Volume 9, Nomor 1 (2018) h.153

<http://journal.walisongo.ac.id/index.php/economica/article/download/2711/1722>

⁷ Nasrul Fahmi Zaki Fuadi, *Wakaf sebagai Sumber Ekonomi Pembangunan*, h. 165

memberikan efek yang positif terhadap kemakmuran masyarakat dan dapat membantu mencukupi kebutuhan masyarakat.⁸

Wakaf di Mesir dikelola oleh Badan Wakaf Mesir yang berada di bawah Wizārah al-Awqāf (Kementerian Wakaf). Salah satu keberhasilan yang telah dicapai oleh Badan Wakaf Mesir adalah kontribusi harta wakaf dalam meningkatkan ekonomi masyarakat. Selain itu, Al-Azhar University di Cairo juga memiliki aset wakaf produktif, diantaranya adalah beberapa rumah sakit, pengelolaan wakaf Salah Kamil, pengelolaan al-Azhar Conference Center (AAC), pengelolaan gedung al-Azhar, dan juga pengelolaan hadiqah al-Azhar (Taman al-Azhar). Hasil dari pengelolaan wakaf al-Azhar dapat dirasakan langsung oleh mahasiswa berupa fasilitas sarana dan prasarana yang memadai, juga diberikan dalam kegiatan riset (penelitian) dan menyelesaikan studi secara gratis.⁹

Keberhasilan tersebut dilatarbelakangi oleh penempatan wakaf, baik berupa benda tidak bergerak maupun benda bergerak, yang dikelola dengan cara profesional. Dana wakaf yang terkumpul diinvestasikan dalam bentuk saham dan obligasi pada bank-bank Islam dan perusahaan-perusahaan penting. Manfaat dari penempatan tersebut digunakan untuk mendirikan tempat-tempat ibadah, pendidikan, kesehatan, sosial, dan juga membantu kehidupan masyarakat.¹⁰

Selain negara yang mayoritas Muslim, Singapura yang dikatakan negara sekuler pun menerapkan wakaf, bahkan dapat dikatakan sukses. The Strait Times dan The Business Time menyatakan bahwa praktik wakaf berasal dari Timur Tengah. Dan dibawa ke Singapura oleh pedagang Arab hampir 200 tahun yang lalu. Pengelolaan dan pengembangan aset-aset wakaf yang telah dilakukan oleh Majelis Ugama Islam Singapura (MUIS) bersama Wakaf Real Estate Singapura (WAREES) dimana pengelolaan wakaf di Singapura cenderung dilakukan secara produktif. Total keseluruhan asset wakaf di Singapura berjumlah S\$ 250 juta. Wakaf di singapura beragam, baik masjid maupun hotel berbintang. Penghasilan bersih dari hotel tersebut mencapai S\$ 1.5 juta per tahun. Keberhasilan manajemen

⁸ Nasrul Fahmi Zaki Fuadi, *Wakaf sebagai Sumber Ekonomi Pembangunan*, h. 166

⁹ Abdurrohman Kasdi, *Wakaf Produktif Untuk Pendidikan: Model Pengelolaan Wakaf Produktif Al-Azhar Asy-Syarif Cairo Mesir*. Edited by Umma Farida. (Yogyakarta: Idea Press, 2015)

¹⁰ Nasrul Fahmi Zaki Fuadi, *Wakaf sebagai Sumber Ekonomi Pembangunan*, bid. h. 167

wakaf di Singapura tidak hanya berkontribusi pada masyarakat sosial dan kebutuhan keagamaan di Singapura sendiri, bahkan manfaatnya dapat dirasakan oleh negara lain seperti India, Yaman, Arab Saudi, dan Indonesia.¹¹

Potensi wakaf di Indonesia amat besar mengingat berdasarkan hasil sensus penduduk tahun 2010 Indonesia merupakan negara dengan mayoritas penduduk muslim (87.18%) atau sebanyak 207.176.162 orang. Tingkat keberagamaan Muslim Indonesia juga cukup baik, hal itu dibuktikan dengan jumlah umat Islam yang menunaikan ibadah haji dan umrah setiap tahun sangat banyak. Jumlah muslim dan religiusitasnya tersebut seharusnya berefek positif terhadap persoalan wakaf di Indonesia.¹²

Berdasarkan data yang diperoleh dari Kementerian Agama Republik Indonesia, luas tanah wakaf di Indonesia sebesar 48.812,62 ha yang tersebar di 348.916 lokasi. Dari luas tanah wakaf tersebut, sebanyak 44,99% digunakan untuk membangun masjid, 28,23% untuk mushalla, 10,59% sekolah, 8,40% untuk sosial lainnya, 4,59% untuk makam dan sisanya sebesar 3,21% untuk pesantren.¹³

Khazanah fiqh Islam memperkenalkan wakaf dalam bentuk uang. Jenis wakaf ini akan sangat membantu dalam percepatan pembangunan ekonomi dan infrastruktur. Wakaf uang bersifat fleksibel, sehingga lebih mudah dipakai dalam hal-hal yang sifatnya produktif seperti pembangunan jalan tol, membangun gedung perkantoran untuk disewakan, hotel, pembukaan lahan untuk pertanian, peternakan, dan perikanan, ataupun untuk pembangunan rumah sakit.

Berdasarkan asumsi, jika 20 juta umat muslim di Indonesia dari total 207.176.162 orang bersedia mewakafkan uang senilai Rp100.000,00 setiap bulan, maka dana yang terkumpul berjumlah Rp24 triliun setiap tahun. Jika 50 juta orang yang berwakaf, maka setiap tahun akan terkumpul dana wakaf sebesar Rp 60 triliun. Jika saja terdapat 1 juta umat Muslim yang mewakafkan dananya sebesar Rp100.000,00 per bulan, maka akan diperoleh pengumpulan dana wakaf sebesar Rp100 miliar setiap bulannya (Rp1,2 triliun per tahun).¹⁴

¹¹ Nasrul Fahmi Zaki Fuadi, *Wakaf sebagai Sumber Ekonomi Pembangunan*, h. 166

¹² Nasrul Fahmi Zaki Fuadi, *Wakaf sebagai Sumber Ekonomi Pembangunan*, h. 151

¹³ Nasrul Fahmi Zaki Fuadi, *Wakaf sebagai Sumber Ekonomi Pembangunan*, h. 153

¹⁴ Nasrul Fahmi Zaki Fuadi, *Wakaf sebagai Sumber Ekonomi Pembangunan*, h. 169

Perkembangan hukum wakaf di Indonesia tidak hanya dalam benda wakaf, perangkat wakaf, maupun pengelolaan wakafnya. Perkembangan hukum wakaf di Indonesia terdapat pada jangka waktu wakaf. Wakaf yang selama ini dikenal oleh masyarakat Indonesia yang mayoritas bermazhab Syafi'i adalah wakaf muabbad atau permanen, kini melalui undang-undang masyarakat muslim diberikan pilihan untuk melakukan wakaf dalam jangka waktu tertentu. Artinya yang semula wakaf itu berlaku untuk selamanya, dan harta yang telah diwakafkan tidak bisa dikembalikan untuk selamanya kepada wakif, kini wakaf bisa dilakukan untuk jangka waktu paling singkat lima tahun, dan pada akhir masa wakaf, wakif bisa menarik kembali harta miliknya yang sebelumnya dia wakafkan. Perubahan pun terjadi pada perpindahan kepemilikan harta wakaf, yang semula berpindah dari wakif kepada Allah SWT, menjadi tidak ada perpindahan kepemilikan, kecuali dalam wakaf yang sifatnya permanen, atau untuk selamanya.

Keberadaan wakaf berjangka waktu bisa kita temukan dalam khazanah fiqh klasik. Empat madzhab fiqh yang kenal dan mu'tabar di kalangan ahlu sunnah dalam hal ini terbagi pada dua kelompok, yaitu yang membolehkan wakaf untuk jangka waktu tertentu, dan yang hanya membolehkan wakaf untuk waktu selamanya, dan tidak wakaf untuk jangka waktu tertentu.

Argumentasi fiqhiyyah yang dijadikan landasan fiqhnya pun sama, yaitu hadits Umar bin al-Khattab saat meminta arahan kepada Nabi terkait tanah yang dia miliki. Anjuran Nabi untuk mewakafkan hartanya itu dipahami berbeda oleh kedua kelompok itu. Madzhab Asy-Syafi'i dan Hanbali berpendapat bahwa wakaf itu mesti selamanya, tidak boleh untuk jangka waktu tertentu, sedangkan Madzhab Maliki dan Hanafi, wakaf bisa ditarik kembali, dan dengan tegas Imam Malik memperbolehkan wakaf untuk jangka waktu tertentu.

Pengesahan Peraturan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf yang mengakomodir fiqh lintas madzhab telah memasukan wakaf berjangka waktu sebagai jenis wakaf yang diperbolehkan secara hukum. Ini tentu memerlukan kedewasaan hukum masyarakat tentang fiqh wakaf, di mana masyarakat yang notabenenya mayoritas bermadzhab syafi'i harus mengakui legalitas wakaf berjangka waktu yang berasal dari fiqh Maliki dan Hanafi.

Badan Wakaf Indonesia sejak didirikan, terus melakukan akselerasi program wakaf, baik dari jumlah harta wakaf, maupun dari jenis, serta pola pengelolaannya. Hal itu ditujukan untuk memaksimalkan peran wakaf dalam pemenuhan kebutuhan ummat Islam Indonesia. Sampai sejauh ini, ada jenis wakaf yang belum tereksplorasi sehingga peranannya dalam pembangunan ekonomi cukup potensial, yaitu wakaf berjangka waktu atau dalam nomenklatur undang-undang nomor 41 tahun 2004 tentang wakaf disebut sebagai wakaf untuk jangka waktu tertentu. Hal itu dibuktikan dengan belum banyaknya lembaga keuangan syari'ah penerima wakaf uang yang menggulirkan program wakaf *berjangka waktu*.

Penulis beranggapan banyak kebutuhan masyarakat yang bisa dipenuhi oleh wakaf berjangka waktu. Pengelolaan wakaf secara professional dan produktif akan menunjang pada pewujudan kesejahteraan masyarakat seperti yang diamanatkan Undang-undang. Atas dasar itu kemudian penulis merasa perlu untuk melakukan penelitian terkait wakaf berjangka waktu.

B. Rumusan Masalah

Manusia secara umum perlu memenuhi kebutuhannya, khususnya yang sifatnya kebutuhan primer. Lebih jauh, manusia berharap mewujudkan kesejahteraan dalam hidupnya. Negara dalam hal ini mempunyai kewajiban untuk menyejahterakan rakyatnya. Islam memberikan solusi pemenuhan kebutuhan masyarakat melalui wakaf. Wakaf berjangka waktu merupakan salah satu jenis wakaf yang memiliki potensi besar sebagaimana dalam sejarahnya. Negara telah mengakui keberadaan wakaf berjangka waktu melalui legislasi aturan perwakafan yaitu dalam Undang-undang nomor 41 tahun 2004 tentang wakaf.

Berdasarkan latar belakang masalah di atas, maka masalah akademik dari penelitian ini adalah bahwa meskipun wakaf berjangka waktu diakui dalam fikih dan dilegislati di Indonesia, dengan mempertimbangkan manfaat sosialnya, namun dalam kenyataannya di Indonesia tidak banyak dilaksanakan dan atau belum dipatuhi.

Berdasarkan rumusan masalah di atas, pertanyaan penelitian ini dapat disusun sebagai berikut:

1. Bagaimana substansi wakaf berjangka waktu dalam fiqh maupun dalam perundangan?
2. Bagaimana Struktur hukum wakaf berjangka waktu?
3. Bagaimana budaya hukum wakaf berjangka waktu di Indonesia?
4. Bagaimana kontribusi Hukum Wakaf berjangka waktu terhadap pembangunan hukum nasional?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk menganalisis bagaimana substansi hukum wakaf berjangka waktu baik dalam fiqh maupun dalam perundangan.
2. Untuk menganalisis bagaimana struktur hukum wakaf berjangka waktu.
3. Untuk menganalisis bagaimana budaya hukum wakaf berjangka waktu di Indonesia.
4. Untuk menganalisis bagaimana kontribusi Hukum Wakaf berjangka waktu terhadap pembangunan hukum nasional?

D. Kegunaan Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan memiliki kegunaan akademis, sekaligus kegunaan praktis:

1. Kegunaan akademis, hasil penelitian ini diharapkan menambah konsep, proposisi, atau teori baru dalam studi hukum perwakafan. Selain itu, hasil penelitian ini diharapkan dapat dijadikan titik tolak kajian berikutnya yang lebih spesifik baik dilihat dari sisi hukum, ekonomi, maupun pengelolaannya.
2. Secara praktis, hasil penelitian ini diharapkan dapat dijadikan bahan pertimbangan dalam perumusan program pendayagunaan masyarakat dalam mewujudkan indonesia sejahtera melalui wakaf berjangka waktu.

E. Definisi Operasional

1. Pelaksanaan

Pelaksanaan adalah proses, cara, perbuatan melaksanakan (rancangan, keputusan, dan sebagainya). Kaitannya dengan hukum, pelaksanaan hukum adalah proses dilakukannya upaya untuk tegaknya atau berfungsinya norma-norma hukum secara nyata sebagai pedoman perilaku dalam lalu lintas atau hubungan-hubungan hukum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara.

Pelaksanaan hukum yang dimaksud dalam penelitian ini berkaitan dengan teori pelaksanaan hukum yang terdiri dari unsur substansi hukum, struktur hukum, dan budaya hukum. Substansi hukum yang dimaksud adalah seperangkat konsep dan aturan baik dalam fiqh maupun perundangan tentang wakaf berjangka waktu. Struktur hukum meliputi Negara atau yang mewakili, nazhir, dan wakif. Adapun budaya hukum meliputi pengetahuan, pemahaman, dan kepatuhan masyarakat terhadap hukum.

2. Wakaf berjangka waktu

Wakaf berjangka waktu adalah perbuatan hukum wakif untuk memisahkan dan/atau menyerahkan sebagian harta benda miliknya untuk dimanfaatkan dalam jangka waktu tertentu sesuai dengan kepentingannya menurut syariah. Pengertian ini sesuai dengan pengertian wakaf dalam Undang-Undang Nomor 41 tahun 2004 tentang wakaf.

3. Kontribusi Hukum

Kata Kontribusi berasal dari bahasa inggris yaitu contribute, contribution, yang artinya adalah keikutsertaan, keterlibatan, melibatkan diri maupun sumbangsih. Kaitan dengan penelitian ini ialah sumbangsih atau peran serta hukum wakaf terhadap pembangunan hukum nasional, yaitu bagaimana hukum wakaf ini melengkapi dan mengisi kekosongan hukum nasional dan menambah jumlah hukum nasional yang diangkat dari living law atau hukum yang telah dilaksanakan oleh masyarakat.

4. Pembangunan Hukum

Pembangunan hukum merupakan tindakan atau kegiatan yang dimaksudkan untuk membentuk kehidupan hukum ke arah yang lebih baik dan kondusif. Sebagai bagian dari pembangunan nasional, pembangunan hukum harus terintegrasi dan bersinergi dengan pembangunan bidang lain, serta memerlukan proses yang berkelanjutan. Pelaksanaan pembangunan hukum tidak hanya ditujukan untuk hukum dalam arti positif yang identik dengan peraturan perundang-undangan, tetapi juga hukum dalam arti yang luas yang menunjuk pada sebuah sistem, yang meliputi pembangunan materi hukum, pembangunan kelembagaan dan penegakan hukum, pembangunan pelayanan hukum dan pembangunan kesadaran hukum masyarakat. Karena unsur-unsur tersebut saling mempengaruhi, hukum harus dibangun secara simultan, sinkron, dan terpadu.

5. Hukum Nasional

Pengertian Hukum nasional adalah peraturan hukum yang berlaku di suatu Negara yang terdiri atas prinsip-prinsip serta peraturan yang harus ditaati oleh masyarakat pada suatu Negara. Dalam Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional (RPJPN) 2005-2025, pembangunan hukum dilaksanakan untuk mencapai misi mewujudkan bangsa yang berdaya saing dan masyarakat demokratis berlandaskan hukum.

Dijelaskan lebih lanjut dalam RPJPN 2005-2025, bahwa pembangunan materi hukum diarahkan untuk melanjutkan pembaruan produk hukum untuk menggantikan peraturan perundang-undangan warisan kolonial. Pembangunan materi hukum tersebut yang mencerminkan nilai-nilai sosial dan kepentingan masyarakat Indonesia serta mampu mendorong tumbuhnya kreativitas dan melibatkan masyarakat untuk mendukung pelaksanaan penyelenggaraan pemerintahan dan pembangunan nasional yang bersumber pada Pancasila dan UUD NRI Tahun 1945. Pembangunan materi hukum tersebut mencakup perencanaan hukum, pembentukan hukum, serta penelitian dan pengembangan hukum.

F. Penelitian Terdahulu

Pembahasan mengenai hukum wakaf secara umum cukup banyak baik berupa karya tulis ilmiah (disertasi), jurnal dan buku atau pun tulisan lepas di media elektronik. Karya-karya ilmiah yang membahas hukum wakaf, secara umum, bisa dibagi menjadi dua: studi yang menjadikan wakaf sebagai salah satu objek kajian; dan studi yang secara khusus menjadikan wakaf sebagai objek kajian.¹⁵ Studi yang secara khusus menjadikan wakaf sebagai objek kajiannya pun ada yang membahas wakaf secara umum, ada juga yang lebih spesifik.

1. Studi yang menjadikan wakaf sebagai salah satu objek kajian

Contoh studi yang menjadikan wakaf sebagai salah satu objek kajiannya, di samping objek-objek kajian lain yang dibahas dalam satu kajian di antaranya adalah apa yang dilakukan oleh Ahmad Azhar Basyir dan Muhammad Daud Ali. Ahmad Azhar Basyir menyusun kajian dengan judul *Hukum Islam tentang Wakaf, Ijarah dan Syirkah*. Buku ini dipublikasikan oleh penerbit al-Ma'arif, Bandung, tahun 1987. Basyir menjelaskan wakaf lebih banyak menggunakan fikih klasik sebagai rujukan. Tema yang disajikan pengertian wakaf, dasar-dasar wakaf, keutamaan wakaf, rukun dan syarat wakaf, macam-macam wakaf, kepemilikan harta wakaf, menukar dan menjual harta wakaf, pengawasan harta wakaf, pengembangan harta wakaf, dan jaminan wakaf di Indonesia. Dilihat dari isinya studi yang Basyir lakukan merupakan studi kepustakaan. Beberapa hal yang bisa dijadikan kesimpulan dari pembahasannya di antaranya: harta yang diwakafkan tidak menjadi milik wakif maupun mauquf alaih, sesuai dengan madzhab Syafi'i.

Muhammad Daud Ali mengkaji topik tentang Sistem Ekonomi Islam: Zakat dan Wakaf. Buku ini diterbitkan oleh UI-Press tahun 1988. Salah satu kelebihan Muhammad Daud Ali terletak pada analisis yang tidak hanya berdasarkan fikih dan perundangan, tetapi juga pendekatan hukum adat.

¹⁵ Rahmat Djatnika, dkk, *Pendayagunaan Perwakafan Tanah Milik di Bandung Jawa Barat*. (Bandung: IAIN SGD, 2000) h. 5

Studi lain yang termasuk kelompok ini adalah pembahasan yang disusun oleh Dedi Supriadi. Dedi mengulas sedikit perihal peraturan perundang-undangan wakaf di Indonesia dalam bukunya yang berjudul “Sejarah Hukum Islam: Dari Kawasan Jazirah Arab sampai Indonesia.” Buku ini sebenarnya merupakan kombinasi penulisan yang memadukan antara sejarah hukum Islam dari tanah asalnya Arab, dan sejarah hukum Islam sampai ke negara-negara seperti Indonesia, dan peraturan perundang-undangan wakaf menjadi salah satu pembahasannya. Buku ini dilengkapi pula dengan analisis orientalis terhadap kajian hukum Islam yang diwakili oleh Joseph Schacht dan J.N.D Anderson.

Aden Rosadi menulis buku berjudul Zakat dan Wakaf konsepsi, Regulasi, dan Implementasi, diterbitkan oleh Simbiosis Rekatama Media. Buku ini membahas tentang zakat dan wakaf dilihat dari tiga aspek, aspek hukum dalam arti fiqh, aspek regulasi atau perundang-undangan, dan aspek manajemen pengelolaan dan pengembangan zakat dan wakaf. Berkaitan dengan wakaf berjangka waktu, penulis menyebutkannya secara ringkas ketika membahas tentang unsur-unsur wakaf dan ketika membahas tentang pembagian wakaf berdasarkan batasan waktunya.

Buku-buku yang disebutkan di atas penulis jadikan sebagai referensi dalam penyusunan disertasi ini.

2. Studi yang secara khusus menjadikan wakaf sebagai objek kajian.

Studi khusus tentang wakaf bisa diklasifikasi lagi menjadi studi umum tentang wakaf, dan studi khusus tentang wakaf. Studi yang secara khusus membahas tentang wakaf di antaranya adalah Study Diachronique (Wakaf Tanah) yang ditulis oleh Rachmat Djatnika. Ini merupakan riset yang dilakukan penulis selama tahun 1977-1979, sebagai bahan disertasi di Ecole Des Houtes Etudes en Sciences Sociales di Universitas Paris III, Sorbonne Nouvelle, Prancis. Data yang diperolehnya menunjukkan bahwa naik turunnya jumlah wakaf dan luas tanah yang diwakafkan dipengaruhi oleh aspek ekonomi, kesalehan, dan politik.

Pendayagunaan Perwakafan Tanah Milik Di Bandung. IAIN SGD BANDUNG Tahun 2000. Penelitian ini dilakukan oleh Rahmat Djatnika, Moh. Najib, dan Jaih Mubarak. Buku ini merupakan hasil penelitian tentang pola pendayagunaan harta wakaf berupa tanah di beberapa Lembaga pendidikan Islam di Bandung, yaitu Pondok Pesantren al-Basyariah, Yayasan al-Furqan, Masjid al-Mahdiyin, Mesjid al-Sabil as-Salam, dan Panti Asuhan Yatim Piatu Muhammadiyah. Penelitiannya ini termasuk jenis penelitian yang menggabungkan antara book survey dan field research, penelitian ini pun termasuk penelitian kualitatif. Penelitian ini menyimpulkan di antaranya, bahwa pengelolaan wakaf di lingkungan penelitian telah sesuai dengan aturan wakaf sebagaimana ditunjukkan oleh fikih Islam, dan menunjukkan sikap yang terobsesi untuk mewujudkan kemanfaatan umum. niatan, tujuan, cara-cara kerja, serta langkah-langkah pengelolaan para nazhir wakaf di beberapa lokasi tanah wakaf menunjukkan adanya kesesuaian dengan sasaran pembentukan aturan-aturan perwakafan dari negara berupa Peraturan Pemerintah nomor 28 Tahun 1977.

Juahaya, S. Praja. Pranata Ekonomi Islam. Wakaf. Penelitian ini mengkaji tentang wakaf dalam perspektif hukum Islam, sejarah wakaf, Regulasi hukum perwakafan, Perundangan Indonesia,serta implementasinya di Pondok Modern Gontor, pada bagian akhir di bahas tentan peran wakaf sebagai instrument yang kontributif terhadap peningkatan kesejahteraan masyarakat.

Hukum Perwakafan dan Implikasinya terhadap Kesejahteraan Masyarakat, Implementasi wakaf di Pondok Modern Darussalam Gontor, Desertasi yang ditulis H. Mukhlisin Muzarie, dan diterbitkan oleh Kemenag. Desertasi Ini membahas status hukum pengelolaan harta wakaf secara produktif di unit-unit usaha yang ada di lingkungan Pondok Modern Darussalam Gontor. Penelitian ini termasuk jenis peneilitian kualitatif dan termasuk kelompok penelitian yuridis normatif yang didukung dengan fakta empiris. Dalam penelitiannya ini penulis menggunakan tiga teori: grand theory, menggunakan teori kedaulatan Tuhan, teori kredo serta teori syahadat; middle theory, menggunakan pola perubahan sosiokultural Sorokin, dan teori

perubahan hukum Ibnu al-Qayyim; dan Aplicative theory, menggunakan teori masalah Imam As-Syathibi, dan teori pragmatis dari William James.

Muzarie dalam kajiannya ini menyimpulkan (poin ini yang bagi saya sangat penting) bahwa wakaf adalah produk ijtihad yang sangat fleksibel dan dinamis serta terbuka menerima penafisan-penafsiran baru yang relevan dengan *maqashid syari'ah*.

Hukum Perwakafan di Indonesia, tulisan Jaih Mubarak yang kemudian dicetak menjadi sebuah buku dengan judul *Wakaf Produktif*, dan diterbitkan oleh Sombiosa Rekatama Media, Bandung, tahun 2008. Penelitian ini ditujukan untuk menjelaskan tentang konsep dan struktur hukum kaitannya dengan undang-undang nomor 41 Tahun 2004 tentang wakaf. Yaitu konsep wakaf sebagai ibadah social, dan struktur institusi yang menjalankan peraturan perundangan agar dapat diaplikasikan dengan baik dan benar. Pembahasan yang dimuat dalam penelitian ini mulai dari pengertian wakaf, hubungan wakaf dan kesejahteraan social-ekonomi, paradigma wakaf produktif, akad wakaf, sejarah hukum wakaf di Indonesia, wakaf tanah, wakaf satuan rumah susun, wakaf benda bergerak, wakaf hak atas kekayaan intelektual, wakaf uang dan surat berharga, penggunaan dan perubahan wakaf wasiat, wakif dan nazhir, Badan Wakaf Indonesia, serta sengketa wakaf dan penyelesaiannya. Ini lebih menekankan pada analisis perbandingan dengan menggunakan pendekatan penelitian kualitatif karena data yang dikumpulkan adalah perundang-undangan. Metode yang digunakan adalah book survey serta wawancara dengan pihak-pihak yang berkompeten. Jika ditelisik, buku ini lebih pada penjabaran undang-undang Nomor 41 Tahun 2004 berikut kelebihan dan kekurangannya.

Penelitian ini menyimpulkan bahwa aspek-aspek yang terkandung dalam Undang-undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf dan Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2006 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang wakaf adalah aspek regulasi, dan aspek struktur hukum wakaf. Menurut Jaih, dari aspek regulasi, masih ada beberapa pasal yang perlu ditafsirkan ulang. Penelitian Jaih berbeda dengan penelitian yang

saya lakukan. Jaih lebih pada mengkaji materi hukum perwakafan, sedangkan penelitian yang penulis lakukan terkait pelaksanaan pasal 1 ayat 1 Undang-undang Nomor 41 tahun 2004 tentang wakaf, lebih khusus lagi wakaf berjangka (berjangka waktu) dan bagaimana bagaimana pelaksanaannya di masyarakat

Bagi penulis penelitian Jaih ini merupakan pengkajian terhadap undang-undang wakaf yang lengkap dari sisi substansi atau materi hukumnya. Ini berbeda dengan penelitian yang penulis lakukan. Penelitian yang penulis lakukan lebih spesifik, dan tidak hanya membahas tentang materi hukum secara spesifik, tapi juga bagaimana pelaksanaannya.

Deden Effendi, menulis disertasi dengan judul Legislasi dan Implementasi Hukum Perwakafan di Indonesia. (UIN SGD Bandung, 2009). Undang-undang Nomor 41 Tahun 2004 dianggap sebagai undang-undang pengelolaan wakaf, maka implementasinya harus memenuhi beberapa faktor krusial dalam penegakan hukum, yaitu sistematika perangkat hukum, wibawa penegak hukum, dan kesadaran hukum masyarakat serta struktur birokrasi penegakan undang-undang pengelolaan wakaf.

Legislasi perwakafan lebih menekankan pola top-down, tanpa dibarengi dengan pembangunan kesadaran hukum masyarakat yang lebih menekankan bottom-up sehingga akan sulit melakukan akselerasi pembangunan ekonomi umat.

Di antara berbagai penelitian tentang wakaf sebelumnya, penelitian yang dilakukan oleh Deden Effendi ini terbilang komprehensif dan sangat baik. Penelitian yang dilakukan ini menggunakan pendekatan *sociological jurisprudence*.

Disertasi yang ditulis oleh A. Saepudin dengan judul Perubahan Regulasi Perundang-undangan Wakaf (1960-2004) dan Implikasi serta Prospeknya terhadap Pengembangan Pengelolaan Wakaf. Disertasi ini mengkaji tentang materi perubahan hukum wakaf, alasan terjadinya perubahan serta implikasi dari perubahan tersebut. Dalam disertasi ini tidak dibahas secara khusus tentang wakaf berjangka waktu. Bahkan, dalam pembahasan tentang

babak akhir perubahan peraturan perundang-undangan wakaf pun, penulis tidak menyinggung wakaf berjangka waktu sebagai satu yang baru yang tidak terdapat dalam undang-undang sebelumnya, demikian juga dalam KHI. Penulis hanya menyinggung perubahan pada harta benda wakaf, peruntukan harta benda wakaf, aturan khusus tentang wakaf uang, nazhir wakaf, pembentukan BWI, fungsi pembinaan dan pengawasan, serta pemidanaan penyalahgunaan wakaf. A. Saepudin hanya menyinggung wakaf berjangka waktu pada bagian pemanfaatan benda wakaf yang menurutnya sesuai dengan tuntutan zaman. Tidak membahas lebih lanjut bagaimana seharusnya fungsi wakaf tersebut berdampak pada pemenuhan kebutuhan masyarakat.

Disertasi yang ditulis oleh Ahmad Fauzi Mubarak berjudul Konsep Keadilan Dalam Peraturan Perundang-undangan Tentang Hukum Wakaf Uang Di Indonesia. Mubarak menjelaskan bahwa peraturan perundangan telah menjamin legalitas wakaf sejak tahun 1960, sejak orde lama, sampai tahun 2010. Titik berat penelitiannya lebih pada bagaimana tujuan dari pengundangan wakaf itu mewujudkan kesejahteraan spiritual dan material menuju masyarakat yang adil dan makmur. Mubarak tidak membahas apa yang menjadi fokus penelitian penulis, wakaf berjangka waktu.

Terdapat juga beberapa penelitian membahas tentang peran wakaf dalam mensejahterakan masyarakat. Di antaranya adalah penelitian yang dilakukan oleh Medias (Medias 2017) yang membahas bagaimana bank wakaf mampu menjadi solusi dalam pemberdayaan sosial ekonomi Indonesia. Hasil penelitiannya menunjukkan bahwa wakaf uang memiliki potensi jika dikembangkan dengan cara yang optimal, yaitu dengan adanya bank wakaf tersebut.

Penelitian yang dilakukan Bahri (Bahri 2016) membahas tentang peran wakaf produktif yang dilakukan oleh pemuda Muhammadiyah desa Longkeyang, Bodeh, Pernalang, dalam kesejahteraan masyarakat. Hasil dari penelitian ini menunjukkan pengaruh yang signifikan, bahwa wakaf produktif memberikan manfaat yang dapat dirasakan oleh masyarakat setempat. Penelitian lainnya dilakukan oleh Abdullah (Abdullah 2018) yang meneliti

tentang bagaimana wakaf menjadi sebuah tujuan pembangunan berkelanjutan dengan pendekatan maqāṣid syarī'ah.

Penelitian tersebut berbeda dengan penelitian yang penulis lakukan karena penulis tidak melakukan penelitian yang focus pada satu lokasi penelitian di atas. Penelitian di atas merupakan penelitian lapangan yang diukur dengan capaian maqashid syariah, sedangkan yang penulis lakukan adalah tentang legislasi hukum wakaf berjangka waktu.

Disertasi yang ditulis oleh E. Syibli Syarjaya dengan judul Perkembangan Pemikiran Fikih Wakaf dalam Peraturan Perundang-undangan Perwakafan di Indonesia dan Implikasinya terhadap Pencapaian Maqashid Asy-Syari'ah. Penelitian ini dilatarbelakangi oleh adanya perkembangan pemikiran tentang benda wakaf di masyarakat muslim Indonesia, yang semula dipahami sebatas tanah dan bangunan menjadi lebih beragam meliputi benda bergerak berupa uang dan lain-lain. Focus penelitian ini berkisar pada benda wakaf dikaitkan dengan tujuan hukum islam atau maqashid asy-syariah. Teori yang digunakan dalam penelitian ini adalah teori ijtihad, teori perubahan hukum, dan teori kredo. Metode yang digunakan adalah deskriptif analitik dan merupakan jenis penelitian kepustakaan, library research. Penelitiannya menyimpulkan bahwa benda wakaf di Indonesia mengalami perkembangan. Perkembangan benda wakaf tersebut dibarengi dengan perkembangan pola pengelolaan benda wakaf dengan lebih professional dan produktif. Perubahan paradigma benda wakaf ini sejalan dengan prinsip maqashid syari'ah.

Penelitian yang penulis lakukan berbeda dengan penelitian tersebut, karena penulis tidak membahas tentang perubahan paradigm benda wakaf. Penulis focus pada legislasi wakaf berjangka waktu, lebih melihat wakaf dari segi abadi atau sementara, bukan melihat jenis benda wakafnya.

Disertasi yang disusun oleh H. M. Syamsuddin tentang Perwakafan Tanah di Banten (Studi Kasus Pengelolaan dan Pengembangan Wakaf Masjid Agung Kabupaten Serang). Penelitian ini dilatarbelakangi oleh peran harta wakaf sebagai pranata hukum islam yang bernilai ekonomi belum mampu ikut andil dalam pengentasan kemiskinan, padahal potensi strategis tanah wakaf

masjid agung serang tersebut sangat besar guna memperoleh manfaat ekonomi selain juga manfaat yang bersifat ta'abudi. Berdasarkan latar belakang tersebut, kemudian dirumuskan penelitian yang disusun dalam beberapa pertanyaan yaitu tentang bagaimana gambaran umum pengelolaan wakaf tanah di Banten, bagaimana gambaran nazhir wakaf Masjid Agung Serang Banten, dan bagaimana profesionalitasnya, berikut hambatan dan penunjangnya, dan solusinya.

Teori yang dipakai dalam penelitian ini ialah teori system hukum, teori perubahan, dan teori ijtihad. Adapun metodenya adalah metode analisis deskriptif dan merupakan jenis penelitian yuridis normatif empiris.

Penelitian ini menyimpulkan bahwa pengelolaan tanah wakaf masjid agung masih terbelang konservatif, nazhir wakafnya merupakan nazhir lembaga, dan terdiri dari PNS Pemda dan Kemenag Kab. Serang, sehingga mekanismenya cenderung birokratis dengan kualitas semi profesional, hambatannya yang ditemui adalah lemahnya kualitas SDM padahal tanah wakafnya sangat potensial. Solusi yang ditawarkan dalam penelitian ini adalah pembinaan kesadaran hukum dan peningkatan profesionalitas nazhir, baik melalui kegiatan formal maupun nonformal.

Penelitian penulis berbeda dengan penelitian tersebut berbeda. Penulis tidak meneliti tentang wakaf tanah yang bersifat abadi, peneliti hanya membahas tentang wakaf berjangka waktu dan tidak terbatas pada satu lokasi. Penelitian di atas lebih bersifat empiris karena berkenaan dengan realita pengelolaan satu objek wakaf, sedangkan penelitian yang penulis lakukan cenderung bersifat yuridis normative karena berkaitan dengan legislasi hukum wakaf berjangkanya.

F. Kerangka Pemikiran

Ummat Islam dalam pemenuhan kebutuhan hidupnya harus tetap memperhatikan norma hukum agama yang dianutnya. Seberat apa pun kondisinya, jika tidak sampai pada tingkat darurat, maka ummat Islam harus

tetap berada pada batas-batas Allah. Batas-batas itulah yang kita sebut sebagai hukum.

Hukum, secara sederhana adalah peraturan-peraturan atau seperangkat norma yang mengatur tingkah-laku manusia dalam suatu masyarakat. Hukum dalam konsepsi seperti hukum Barat adalah hukum yang sengaja dibuat oleh manusia untuk mengatur kepentingan manusia sendiri dalam masyarakat tertentu. Hal yang diatur oleh hukum dalam konsepsi hukum perundangan hanyalah hubungan manusia dengan manusia lain dan benda dalam masyarakat.

Konsepsi hukum Islam, dasar dan kerangka hukumnya ditetapkan oleh Allah, tidak hanya mengatur hubungan manusia dengan manusia lain dan benda dalam masyarakat, tetapi juga hubungan-hubungan lainnya, semisal hubungan manusia dengan Tuhannya.¹⁶

Hukum Islam didasarkan pada dalil *naqli* dan aqli. Dalil *naqli* adalah al-Quran dan as-Sunah, adapun dalil aqli ialah ijihad yang di dalamnya mencakup qiyas, mashlahah mursalah, istihsan, istishab, dan dzara'i.¹⁷ Penetapan dalil-dalil hukum Islam ini didasarkan pada hadits yang menceritakan dialog antara Nabi Muhammad saw dengan Mu'adz berikut:¹⁸

لَمَّا بَعَثَ مُعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ قَالَ لَهُ: «كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟». قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ. قَالَ: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْهُ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟». قَالَ: أَقْضِي بِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-. قَالَ: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْهُ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ؟». قَالَ: أَجْتَهِدُ بِرَأْيِي لَا أُلُو. قَالَ: فَضَرَبَ بِيَدِهِ فِي صَدْرِي وَقَالَ: «الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ»

Keberadaan ijihad sebagai dalil hukum merupakan satu sebab yang menjadikan hukum Islam, dalam arti fikih, lebih dinamis. Hukum Islam berkembang secara berangsur-angsur sejak masa Nabi dan masa sahabat. Salah satu sebab tumbuhnya hukum Islam adalah adanya kebutuhan masyarakat yang

¹⁶ Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1990) h. 43

¹⁷ Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam*, h. 139.

¹⁸ Al-Baihaqi, *as-Sunanu al-Kubra*. Vol. 10 h. 114.

terus berkembang untuk mengetahui hukum dari berbagai permasalahan yang baru untuk mengatur hubungan manusia dalam masyarakat dan mengetahui hak-hak dan kewajiban mereka masing-masing, serta menciptakan kemaslahatan-kemaslahatan yang baru dan mencegah bahaya serta kerusakan yang bermunculan.¹⁹

Indonesia adalah salah satu negara yang secara konstitusional tidak menyatakan diri sebagai negara Islam, tetapi mayoritas penduduknya menganut agama Islam. Sebagian hukum Islam telah berlaku di Nusantara sejak zaman kerajaan Islam. Adanya pengadilan agama dalam papakeun (kitab) Cirebon merupakan salah satu bukti. Demikian pula, Kerajaan Sultan di Aceh, Kerajaan Pasai, Pagar Ruyung, dengan Dang Tuank Bundo Kandungan, Padri dengan Imam Bonjol, Demak, Pajang, Mataram, bahkan juga Malaka dan Bruney Semenanjung Melayu. Bidang-bidang hukum Islam yang berlaku ketika itu adalah perkawinan, perwakafan, kewarisan, infak, dan sedekah.²⁰

Hukum dikatakan hidup dapat dilihat dari dua segi, sosiologis dan yuridis.²¹ Kedua hal itu mesti terpenuhi. Soerjano Soekanto sebagaimana dikutip oleh Jaih kemudian menambahkan sisi filosofis hukum yang juga mesti terpenuhi agar hukum terkategori hukum yang hidup. Beliau menjelaskan:

“Hukum dapat disebut sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat apabila: *pertama*, berlaku secara yuridis (pemberlakuan hukum didasarkan pada kaidah yang tingkatannya lebih tinggi). Bila berlaku hanya secara yuridis, hukum termasuk kaidah yang mati; *kedua*, berlaku secara sosiologis (hukum dapat dipaksakan keberlakuannya oleh penguasa meskipun masyarakat menolaknya [teori kekuasaan] atau hukum berlaku karena diterima dan diakui oleh masyarakat [teori pengakuan]). Apabila berlaku hanya secara sosiologis, dalam teori kekuasaan, hukum hanya akan menjadi alat untuk memaksa; dan *ketiga*, berlaku secara filosofis (sesuai dengan cita-cita hukum sebagai nilai

¹⁹ Wahbah Zuhaili, *al-Fiqh al-Islami wa 'Adillatuhu*, dalam Dedi Supriyadi, Op.cit. H. 26

²⁰ Dedi Supriyadi, *Hukum Islam: Dari Kawasan Jazirah Arab sampai Indonesia*, h. 292

²¹ Dedi Supriyadi, *Hukum Islam: Dari Kawasan Jazirah Arab sampai Indonesia* h. 293

positif tertinggi). Apabila berlaku hanya secara filosofis, hukum hanya akan menjadi kaidah yang dicita-citakan.²²

Secara sosiologis, hukum Islam dapat dikatakan telah berlaku di Indonesia sebab hukum Islam telah hidup dan berkembang di masyarakat sejak zaman kerajaan-kerajaan Islam, masa penjajahan kolonial Belanda hingga zaman kemerdekaan. Secara yuridis, sebagian hukum Islam telah dilaksanakan. Namun penerapan prinsipnya berangsur-angsur dalam pengundangan hukum Islam di Indonesia.²³

Menurut teori penegakan hukum, hukum yang hidup dimasyarakat belum tentu dapat ditegakkan, karena hukum yang hidup dimasyarakat juga bergantung pada penegak hukum dimasyarakat. Menurut teori penegakan hukum, hukum dapat tegak dimasyarakat bergantung pada tiga sisi : *pertama* , materi hukum (fiqih, fatwa dan *qânûn*); *kedua*, aparat atau penegak hukum (hakim, panitera, jurusita, P3N dan lebai); dan *ketiga*, kesadaran hukum masyarakatnya. Oleh karena itu, pelaksanaan hukum Islam dapat dilihat dari segi cakupan materi hukum, aparat hukum, dan kesadaran hukum masyarakatnya.²⁴

Jaih menyebutkan bahwa salah satu persoalan penting dalam bidang hukum adalah pilihan ketaatan kepada hukum perundangan yang dibentuk oleh negara atau yang disusun oleh ulama yang otoritatif. Pilihan ketaatan pada hukum negara dan agama terutama ketika terjadi perbedaan ketentuan yang terdapat dalam kitab-kitab fikih dengan peraturan perundangan.²⁵ Padahal menurut kaidah yang dirumuskan oleh para ulama ketika putusan hakim dalam hal ini pemerintah telah ditetapkan, maka segala bentuk ketetapan yang berseberangan dengan yang sudah diputuskan oleh hakim mesti ditidakberlakukan.

²² Soekanto, Soerjono dan Mustofa Abdullah, *Sosiologi Hukum dalam Masyarakat* (Jakarta: Rajawali Press. 1987) dalam Jaih Mubarak, *Hukum Islam: Konsep, Pembaruan dan Teori Penegakan* (Bandung: Benang Merah Press. 2006), cet 1 h. 132

²³ Dedi Supriadi, *Hukum Islam: Dari Kawasan Jazirah Arab sampai Indonesia*. h. 293.

²⁴ Jaih Mubarak, *Hukum Islam: Konsep, Pembaruan, dan Teori Penegakan*, (Bandung: 2006) Benang Merah Press, Cet. 1 . h. 133

²⁵ Jaih Mubarak, *Hukum Islam: Konsep, Pembaruan, dan Teori Penegakan*, h. 122-123

أَنَّ حُكْمَ الْحَاكِمِ فِي مَسَائِلِ الْإِجْتِهَادِ يَرْفَعُ الْخِلَافَ

Imam al-Qarafi menjelaskan bahwa seorang ulama yang berseberangan paham dengan keputusan hakim hendaknya rujuk pada apa yang diputuskan hakim.²⁶ Artinya, ketika perilaku masyarakat lebih mengutamakan aturan fikih dari pada aturan undang-undang tentunya ini berseberangan dengan kaidah di atas. Kaidah ini pun memberikan penjelasan hukum Islam yang didukung oleh kekuasaan lebih mengikat dari pada doktrin-doktrin hukum yang dikemukakan oleh para fuqaha. Hal ini pun ditegaskan oleh Oyo Sunaryo Mukhlas ketika menjelaskan bahwa norma-norma hukum yang terdapat dalam al-Quran mesti dituangkan dalam bentuk hukum perundangan sehingga mengikat banyak pihak,²⁷ dan keterikatannya lebih kuat karena memiliki perangkat untuk menegakannya, yaitu pengadilan.

Negara Indonesia adalah negara hukum. Hal ini ditegaskan dalam penjelasan UUD 1945. “Sistem pemerintahan negara yang ditegaskan dalam undang-undang Dasar ialah: Indonesia, ialah negara yang berdasarkan atas Hukum (Rechtsstaat). Negara Indonesia berdasarkan atas Hukum (Rechtsstaat) tidak berdasarkan atas kekuasaan belaka (Machtsstaat)”²⁸

Sistem hukum di Indonesia adalah system hukum yang majemuk karena di tanah air kita berlaku berbagai system hukum, yakni adat, Islam dan Barat (Kontinental). Hukum Islam menjadi salah satu pembentuk hukum nasional di samping hukum adat dan barat.²⁹

Wakaf merupakan pranata hukum Islam yang legalitasnya didasarkan pada dalil-dalil al-Quran dan Hadits. Secara eksplisit dalam hadits tidak ditemukan istilah wakaf dengan arti yang kita pahami sekarang. Hadits membahasakan tindakan hukum wakaf dengan *habasa*. Konsep wakaf sendiri dirumuskan dari keumuman dalil-dalil al-Quran yang memerintakan manusia

²⁶ Al-Qarafi, *Anwaru al-Buruq fi anwa'I al-Furuq*. CD Maktabah Syamilah.

²⁷ Mukhlas, Oyo Sunaryo. *Perkembangan Peradilan Islam: dari Kahin di Jazirah Arab ke Peradilan Agama di Indonesia*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2011) cet. 1 h. 35

²⁸ Penjelasan Undang-Undang Dasar 1945, h.

²⁹ Muhammad Daud Ali. *Muhammad Daud Ali. Sistem Ekonomi Islam.*, (Jakarta: UI PRESS, 1998) h 266

untuk berbuat kebajikan. Kronologi wakaf yang dilakukan oleh Umar bin Khaththab menjadi dalil yang paling lengkap dalam menjelaskan praktik hukum perwakafan.

Pengambilan hukum berkenaan dengan wakaf tidak sebatas pada pemakaian dalil-dalil yang terdapat dalam al-Quran dan hadits secara bahasa, tetapi juga pengkajian dari segi maqashid syari'ahnya. Para ulama melalui proses ijtihad berhasil merumuskan ketentuan-ketentuan terkait wakaf dengan merujuk pada hadits Umar tadi. Syarat-syarat benda wakaf, syarat-syarat wakif, syarat-syarat nazhir wakaf, dan ranah pemanfaatan harta wakaf adalah di antara yang berhasil dirumuskan oleh para Ulama.

Pranata hukum wakaf adalah salah satu contoh hukum Islam yang kemudian diundangkan. Undang-undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960 menyebutkan bahwa ketentuan-ketentuan pokok tentang perwakafan tanah milik, yaitu dalam pasal 49 ayat 3. Bunyi pasal tersebut adalah bahwa perwakafan dilindungi dan diatur dalam peraturan pemerintahan. Peraturan Pemerintah tersebut kemudian disahkan pada tahun 1977, yaitu Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1977. Bahkan peraturan tentang wakaf ini sudah ada sejak jaman penjajahan, berupa surat edaran yang disebar oleh pemerintahan kolonial Belanda. Surat edaran tersebut berisi tentang perintah kepada bupati untuk mendaftarkan rumah ibadah yang ada di daerahnya dan agar setiap orang yang mau berwakaf hendaknya memiliki izin terlebih dahulu dari bupati.³⁰

Pada tahun 1991 presiden mengeluarkan Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang penyebaran Kompilasi Hukum Islam yang terdiri dari 3 buku. Wakaf diatur dalam buku III. Pada perkembangan selanjutnya kemudian disahkan undang-undang nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf yang disusul dengan Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2006 tentang pelaksanaan Undang-undang Nomor 41 Tahun 2004. Badan Wakaf Indonesia kemudian dibentuk pada tahun 2007 melalui SK Presiden Republik Indonesia nomor 75/M tahun

³⁰ Dedi Supriadi, *Hukum Islam: Dari Kawasan Jazirah Arab sampai Indonesia*, 404-406

2007. BWI sendiri adalah lembaga independen dalam pelaksanaan tugasnya untuk mengembangkan perwakafan di Indonesia.³¹

Bertolak dari uraian di atas, kerangka teori yang digunakan dalam penelitian disertasi ini adalah:

1. Grand Theory

Grand theory yang digunakan dalam penelitian ini adalah teori negara hukum dan teori syahadah atau teori kredo.

Teori kredo atau syahadat yaitu teori yang mengharuskan pelaksanaan hukum Islam oleh mereka yang telah mengucapkan dua kalimah syahadat sebagai konsekuensi logis dari pengucapan kredonya.³² Teori ini sesungguhnya kelanjutan dari prinsip tauhid dalam filsafat hukum Islam. Prinsip tauhid yang menghendaki setiap orang yang menyatakan dirinya beriman kepada ke-Maha Esaan Allah *ta'ala*, maka ia harus tunduk kepada apa yang diperintahkan Allah *ta'ala* dalam hal ini taat kepada perintah Allah *ta'ala* dan sekaligus taat kepada Rasulullah SAW dan sunnahnya.

Teori Kredo ini sama dengan teori otoritas hukum yang dijelaskan oleh H.A.R. Gibb. Ia menyatakan bahwa orang Islam yang telah menerima Islam sebagai agamanya berarti ia telah menerima otoritas hukum Islam atas dirinya. Teori Gibb ini sama dengan apa yang telah diungkapkan oleh imam madzhab seperti Imam Syafi'i dan Imam Abu Hanifah ketika mereka menjelaskan teori mereka tentang Politik Hukum Internasional Islam (*Fiqh Siyasa Dauliyah*) dan Hukum Pidana Islam (*Fiqh Jinayah*). Mereka mengenal teori teritorialitas dan non teritorialitas. Teori teritorialitas dari Imam Abu Hanifah menyatakan bahwa seorang muslim terikat untuk melaksanakan hukum Islam sepanjang ia berada di wilayah hukum di mana hukum Islam diberlakukan. Sementara teori non teritorialitas dari Imam Syafi'i menyatakan bahwa seorang muslim selamanya terikat untuk melaksanakan hukum Islam di mana pun ia berada,

³¹ PP No. 42 tahun 2006 Pasal 1 ayat 11.

³² Juhaya S. Praja, *Filsafat Hukum Islam* (Tasikmalaya: Lathifah Press dan Fakultas Syariah IAILM, 2009) h. 133.

baik di wilayah hukum di mana hukum Islam diberlakukan, maupun di wilayah hukum di mana hukum Islam tidak diberlakukan.

Sebagaimana diketahui bahwa mayoritas umat Islam di Indonesia adalah penganut madzhab Syafi'i sehingga berlakunya teori syahadat ini tidak dapat disangsikan lagi. Teori Kredo atau Syahadat ini berlaku di Indonesia sejak kedatangannya hingga kemudian lahir Teori *Receptio in Complexu* di zaman Belanda.

Intisari dari teori ini adalah bahwa setiap muslim memiliki kewajiban untuk melaksanakan seluruh hukum Islam sebagai bentuk konsekuensi syahadatnya. Namun dalam praktiknya ternyata banyak umat Islam yang tidak bisa melaksanakan hukum-hukum yang ditetapkan oleh Islam. Oleh karena itu teori ini tidak mengaitkannya dengan tradisi dan budaya yang ada di masyarakat sehingga diperlukan teori lainnya untuk menjelaskan deskripsi dari penelitian ini.

Namun, teori kredo ternyata belum mampu untuk menjelaskan mengenai penyerapan hukum Islam oleh masyarakat adat. Karena dalam faktanya walaupun mereka telah memeluk agama Islam namun dalam kehidupan sehari-hari tidak semua hukum Islam mereka laksanakan. Oleh karena itu diperlukan teori lain untuk bisa menjelaskan obyek penelitian ini yang akan dituangkan dalam *middle theory*.

Teori Negara Hukum Istilah *rechtsstaat* yang diterjemahkan sebagai Negara hukum menurut Philipus M.Hadjon mulai populer di Eropa sejak abad ke-19, meski pemikiran tentang hal itu telah lama ada³³ Cita Negara hukum itu untuk pertama kalinya di kemukakan oleh Plato dan kemudian pemikiran tersebut dipertegas oleh Aristoteles³⁴ Menurut Aristoteles, yang memerintah dalam suatu Negara bukanlah manusia, melainkan pikiran yang adil dan kesesilaanlah yang menentukan baik atau buruknya suatu hukum. Menurut

³³ Philipus. M.Hadjon, *Kedaulatan Rakyat, Negara Hukum dan Hak-hak Asasi Manusia, Kumpulan Tulisan dalam rangka 70 tahun Sri Soemantri Martosoewignjo*, (Jakarta: Media Pratama, 1996) h.72

³⁴ Ni'amul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Riview*, (Yogyakarta: UII Press, 2005, h.1

Aristoteles, suatu Negara yang baik ialah Negara yang diperintah dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum. Ia menyatakan:³⁵

“Constitutional rule in a state is closely connected, also with the question whether it is better to be ruled by the best men or the best law, since a government in accordance with law, accordingly the supremacy of law is accepted by Aristoteles as mark of good state and not merely as an unfortunate necessity.”

Artinya ; Aturan konstitusional dalam suatu Negara berkaitan secara erat, juga dengan mempertanyakan kembali apakah lebih baik diatur oleh manusia yang terbaik sekalipun atau hukum yang terbaik, selama pemerintahan menurut hukum. Oleh sebab itu, supremasi hukum diterima oleh Aristoteles sebagai pertanda Negara yang baik dan bukan semata-mata sebagai keperluan yang tidak layak.

Aristoteles juga mengemukakan tiga unsur dari pemerintahan berkonstitusi. Pertama, pemerintah dilaksanakan untuk kepentingan umum. Kedua, pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasarkan ketentuan-ketentuan umum, bukan hukum yang dibuat secara sewenang-wenang yang mengesampingkan konvensi dan konstitusi. Ketiga, pemerintahan berkonstitusi yang dilaksanakan atas kehendak rakyat. Pemikiran Aristoteles tersebut diakui merupakan cita Negara hukum yang dikenal sampai sekarang. Bahkan, ketiga unsur itu hampir ditemukan dan dipraktikkan oleh semua Negara yang mengidentifikasi dirinya sebagai Negara hukum.

Adapun ciri-ciri *rechtsstaat* adalah sebagai berikut:³⁶

1. Adanya Undang-undang Dasar atau konstitusi yang memuat ketentuan tertulis tentang hubungan antara penguasa dan rakyat;
2. Adanya pembagian kekuasaan Negara ;
3. Diakui dan dilindunginya hak-hak kebebasan rakyat.

Ciri-ciri *rechtsstaat* tersebut menunjukkan bahwa ide sentral *rechtsstaat* adalah pengakuan dan perlindungan hak-hak asasi manusia yang bertumpu pada

³⁵ <http://www.landasanteori.com/2015/09/teori-negara-hukum-pancasila-rule-of.html>

³⁶ Ni'amul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Riview...* h. 9

prinsip kebebasan dan persamaan. Adanya Undang-undang Dasar secara teoritis memberikan jaminan konstitusional atas kebebasan dan persamaan tersebut. Pembagian kekuasaan dimaksudkan untuk mencegah terjadinya penumpukan kekuasaan dalam satu tangan. Kekuasaan yang berlebihan yang dimiliki seorang penguasa cenderung bertindak mengekang kebebasan dan persamaan yang menjadi ciri khas Negara hukum.

Ciri-ciri rechtsstaat tersebut juga melekat pada Indonesia sebagai sebuah Negara hukum. Ketentuan bahwa Indonesia adalah Negara hukum tidak dapat dilepaskan dari Pembukaan UUD 1945 sebagai cita negara hukum, kemudian ditentukan dalam batang tubuh dan penjelasan UUD 1945 (sebelum diamandemen). Alinea I Pembukaan UUD 1945 mengandung kata perikeadilan; dalam alinea II terdapat kata adil; dalam alinea II terdapat kata Indonesia; dalam alinea IV terdapat kata keadilan sosial dan kata kemanusiaan yang adil. Semua istilah tersebut merujuk pada pengertian Negara hukum, karena salah satu tujuan Negara hukum adalah untuk mencapai keadilan.³⁷

Pengertian keadilan yang dimaksud dalam konsep Negara hukum Indonesia adalah bukan hanya keadilan hukum (legal justice), tetapi juga keadilan sosial (social justice). Menurut Azhary, dalam penjelasan UUD 1945 (sebelum amandemen), istilah rechtsstaat merupakan suatu genus begrip, sehingga dalam kaitannya dengan UUD 1945 adalah suatu pengertian khusus dari istilah rechtsstaat sebagai genus begrip, sehingga dalam kaitannya dengan UUD 1945 adalah suatu pengertian khusus dari istilah rechtsstaat sebagai genus begrip. Studi tentang rechtsstaat sudah sering dilakukan oleh ahli hukum Indonesia, tetapi studi-studi mereka belum sepenuhnya dapat menentukan bahwa Indonesia tergolong sebagai Negara hukum dalam pengertian rechtsstaat atau rule of law³⁸

³⁷ Dahlan Thalib. *Kedaulatan Rakyat Negara Hukum dan Hak-hak Asasi Manusia, Kumpulan Tulisan dalam rangka 70 tahun Sri Soemantri Martosoewignjo*, (Jakarta: Media Pratama, 1996) h. 25

³⁸ Thahir Azhary, *Negara Hukum (Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya, Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, (Jakarta: Penerbit Kencana, Jakarta, 2003, h.92)

Oemar Senoadji menjelaskan bahwa Negara Hukum Indonesia memiliki ciri-ciri khas Indonesia. Karena Pancasila diangkat sebagai dasar pokok dan sumber hukum, Negara Hukum Indonesia dapat pula dinamakan Negara Hukum Pancasila. Salah satu ciri pokok dalam Negara Hukum Pancasila ialah adanya jaminan terhadap freedom of religion atau kebebasan beragama.

Ciri berikutnya dari Negara Hukum Indonesia menurut Oemar Senoadji ialah tiada pemisahan yang rigid dan mutlak antar agama dan Negara. Karena menurutnya, agama dan Negara berada dalam hubungan yang harmonis.

Padmo Wahjono menelaah Negara hukum Pancasila dengan bertitik tolak dari asas kekeluargaan yang tercantum dalam UUD 1945, yang diutamakan dalam asas kekeluargaan adalah rakyat banyak dan harkat dan martabat manusia dihargai³⁹

Pasal 33 UUD 1945 mencerminkan secara khas asas kekeluargaan ini. Pasal ini menegaskan bahwa yang penting ialah kemakmuran masyarakat dan bukan kemakmuran orang perorang. Kiranya konsep Negara Hukum Pancasila perlu ditelaah pengertiannya dilihat dari sudut pandang asas kekeluargaan.

Padmono Wahjono memahami hukum sebagai suatu alat atau wahana untuk menyelenggarakan kehidupan Negara atau ketertiban dan menyelenggarakan kesejahteraan sosial. Pengertian ini tercermin dalam rumusan Penjelasan UUD 1945 (sebelum amandemen) yang menyatakan bahwa Undang-undang Dasar hanya memuat aturan-aturan pokok atau garis-garis besar sebagai instruksi kepada Pemerintah Pusat dan lain-lain penyelenggaraan Negara untuk menyelenggarakan kehidupan Negara dan kesejahteraan sosial.

Azhary menyatakan, hukum adalah wahana untuk mencapai keadaan yang tata tentram kerta rahaja dan bukan sekedar untuk Kamtibmas (rust en orde)..Padmono Wahjono menjelaskan pula bahwa dalam UUD 1945 (sebelum amandemen) terdapat penjelasan bahwa bangsa Indonesia juga mengakui kehadiran atau eksistensi hukum tidak tertulis (selain hukum yang

³⁹ Padmo Wahjono, *Konsep Yuridis Negara Hukum Republik Indonesia*, (Jakarta: Rajawali, 1982) h.17

tertulis).Sehubungan dengan fungsi hukum, Padmo Wahjono⁴⁰ menegaskan tiga fungsi hukum dilihat dari cara pandang berdasarkan asas kekeluargaan, yaitu :

1. Mengakkan demokrasi sesuai dengan rumusan tujuh pokok sistem pemerintahan Negara dalam Penjelasan UUD 1945.
2. Mewujudkan keadilan sosial sesuai dengan Pasal 33 UUD 1945;
3. Menegakkan perikemanusiaan yang didasarkan pada Ketuhanan Yang Maha Esa dan dilaksanakan secara adil dan beradab.

Padmo Wahjono menamakan fungsi hukum Indonesia sebagai suatu pengayoman.Oleh karena itu,iaberbeda dengan cara pandang liberal yang melambangkan hukum sebagai Dewi Yustitia yang memegang pedang dan timbangan dengan mata tertutup,memeperlihatkan bahwa keadilan yang tertinggi ialah suatu ketidakadilan yang paling tinggi.Hukum di Indonesia dilambangkan dengan pohon pengayoman.⁴¹

Berbeda dengan cara pandang liberal yang melihat Negara sebagai suatu status (state) tertentu yang dihasilkan oleh suatu perjanjian masyarakat dari individu-individu yang bebas atau dari status naturalis ke status civil dengan perlindungan terhadap civil rights,sehingga dalam Negara Hukum Pancasila ada suatu anggapan bahwa manusia dilahirkan dalam hubungannya atau keberadaannya dengan Tuhan.

Oleh karena itu, Negara tidak terbentuk karena suatu perjanjian,melinkan Atas berkat Rahmat Allah Yang Maha Kuasa dan dengan didioronkan oleh keinginan luhur, supaya berkehidupan kebangsaan yang bebas. Padmo Wahjono mengaskan bahwa konstruksi yang didasarkan atas asas kekeluargaan itu bukanlah suatu vertrag,melainkan atas asas kesepakatan suatu tujuan (gesamtakt)⁴²

Berdasarkan uraian di atas,Padmono Wahjono tiba pada suatu rumusan Negara menurut bangsa Indonesia, yaitu suatu kehidupan berkelompok bangsa Indonesia, atas berkat Rahmat Allah Yang Maha

⁴⁰ Padmo Wahjono, *Konsep Yuridis Negara Hukum Republik Indonesia*, (Jakarta: Rajawali, Jakarta, 1982).h.18

⁴¹ Padmo Wahjono, *Konsep Yuridis Negara Hukum Republik Indonesia..* h. 19

⁴² Padmo Wahjono, *Konsep Yuridis Negara Hukum Republik Indonesia*, h. 20

Kuasa dan didorong oleh keinginan luhur supaya berkehidupan kebangsaan yang bebas dalam arti merdeka, berdaulat, bersatu, adil dan makmur.

Berdasarkan dua pandangan pakar hukum tersebut dapat disimpulkan bahwa meskipun dalam Penjelasan UUD 1945 (sebelum diamandemen) digunakan istilah *rechtsstaat*, konsep *rechtsstaat* yang dianut oleh Negara Indonesia bukanlah konsep Negara hukum Eropa Kontinental dan bukan pula konsep *rule of law* dari Anglo-Saxon, melainkan konsep Negara Hukum Pancasila dengan ciri- ciri, antara lain :

1. Adanya hubungan yang erat antara agama dan Negara ;
2. Bertumpu pada Ketuhanan Yang Maha Esa ;
3. Kebebasan beragama dalam arti positif;
4. Ateisme tidak dibenarkan dan komunisme dilarang;serta ;
5. Asas kekeluargaan dan kerukunan

Adapun unsure-unsur pokok Negara Hukum Indonesia adalah (1) Pancasila; (2) Majelis Permusyawaratan Rakyat ; (3) Sistem Konstitusi ; (4) Persamaan ; dan (5) Peradilan yang Bebas.

Dari unsur-unsur yang dikemukakan Azhary tersebut ada dua hal yang perlu diperhatikan dalam Negara Hukum Pancasila, yaitu⁴³

1. Kebebasan beragama harus mengacu pada makna yang positif sehingga pengingkaran terhadap Tuhan Yang Maha Esa atau sikap yang memusuhi Tuhan Yang Maha Esa tidak dibenarkan, seperti terjadi di Negara-negara komunis yang membenarkan propaganda anti agama;
2. Ada hubungan yang erat antara Negara dan agama, sehingga baik secara rigid atau mutlak maupun secara longgar atau nisbi, Negara Republik Indonesia tidak mengenal doktrin pemisahan antara agama dan Negara. Oleh karena Doktrin ini sangat bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945.

⁴³ Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya, Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, (Jakarta: Penerbit Kencana, 2003) h. 96.

Lima unsur utama tersebut bertumpu pada prinsip sila pertama dari Pancasila. Hal ini menurut Azhary, Negara hukum Pancasila memiliki bukan hanya memiliki suatu ciri tertentu, tetapi ciri yang paling khusus dari semua konsep hukum barat (*rechtsstaat* dan *rule of law*) maupun yang disebut sebagai *socialist legality*. Sila pertama Pancasila mencerminkan konsep monoteisme atau tauhid.⁴⁴

Sila pertama merupakan dasar kerohanian dan moral bagi bangsa Indonesia dalam bernegara dan bermasyarakat. Artinya, penyelenggaraan kehidupan bernegara dan bermasyarakat wajib memperhatikan dan mengimplementasikan petunjuk-petunjuk Tuhan Yang Maha Esa. Oleh karena itu, menurut Azhary dengan sila Ketuhanan Yang Maha Esa itu dan dengan empat sila lainnya, setiap orang yang arif dan bijaksana akan melihat banyak persamaan antara konsep nomokrasi Islam dengan konsep Negara Hukum Pancasila. Persamaan itu antara lain tercermin dalam lima sila atau Pancasila yang sudah menjadi asas dan sumber hukum bagi Negara Indonesia.

Berdasarkan tradisi *common law* atau yang lazim disebut Anglo Saxon, konsep Negara hukum dikembangkan atas kepeloporan A.V Dicey yang disebut *The Rule of Law*. Menurutinya, ada tiga ciri atau arti penting *the rule of law*, yaitu :⁴⁵

1. Supremasi hukum dari *regular law* untuk menentang pengaruh dari *arbitrary power* dan meniadakan kesewenang-wenangan, *prerogative* atau *discretionary authority* yang luas dari pemerintah.
2. Persamaan di hadapan hukum dari semua golongan kepada *ordinary law of the land* yang dilaksanakan oleh *ordinary court*. Ini berarti bahwa tidak ada orang yang berada di atas hukum, baik pejabat maupun warganegara biasa berkewajiban menaati hukum yang sama.

⁴⁴ Hazairin, *Demokrasi Pancasila*, (Jakarta: Tintamas, 1973), h.5

⁴⁵ Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat*, h. 80

3. Konstitusi adalah hasil dari the ordinary law of the land, bahwa hukum konstitusi bukanlah sumber tetapi merupakan konsekuensi dari hak-hak individu yang dirumuskan dan ditegaskan oleh peradilan, singkatnya, prinsip-prinsip hukum privat melalui tindakan peradilan dan parlemen sedemikian diperluas sehingga membatasi posisi Crown dan pejabat-pejabatnya.

Berdasarkan ciri-ciri tersebut dapat dikemukakan bahwa rule of law mengandung arti yang dapat ditinjau dari tiga sudut. Pertama, rule of law (pemerintah oleh hukum), berarti supremasi yang mutlak atau keutamaan yang absolut dari pada hukum sebagai lawan daripada pengaruh kekuasaan yang sewenang-wenang. Kedua, rule of law berarti ketataan yang sama dari semua golongan kepada hukum Negara, yang diselenggarakan oleh pengadilan. Ketiga, rule of law dapat dipergunakan sebagai formula untuk merumuskan bahwa hukum konstitusi bukan sumber, melainkan konsekuensi dari hak-hak individu yang dirumuskan dan dipertahankan oleh pengadilan, sehingga dengan demikian konstitusi merupakan hasil hukum dari hukum biasa di Inggris.

Sebagaimana telah dikemukakan, dalam UUD 1945 dan Penjelasannya (sebelum diamandemen), ditegaskan bahwa Negara Indonesia adalah Negara hukum, bukan Negara kekuasaan. Hal ini berarti adanya pengakuan prinsip-prinsip pemisahan dan pembatasan kekuasaan menurut sistem konstitusional yang diatur dalam UUD 1945, adanya prinsip peradilan yang bebas dan tidak memihak yang menjamin keadilan bagi setiap orang, termasuk terhadap penyalahgunaan wewenang oleh pihak yang berkuasa.

Sebagaimana telah dikemukakan, dalam konsep Negara hukum tersebut, hukum memegang kendali tertinggi dalam penyelenggaraan negarasesuai prinsip bahwa hukumlah yang memerintah dan bukan orang

(The Rule of Law, and not of Man). Hal ini sejalan dengan pengertian *nomocratie*, yaitu kekuasaan itu dijalankan oleh hukum.⁴⁶

Prinsip-prinsip pokok tersebut merupakan pilar-pilar utama yang menyangkut tegaknya Indonesia sebagai Negara hukum modern, sehingga dapat disebut sebagai Negara Hukum (*the rule of law* ataupun *rechtsstaat*) dalam arti yang sesungguhnya. Oleh karena itu, untuk membuktikan Negara Hukum Indonesia dalam arti yang sesungguhnya sangat ditentukan oleh peran dan fungsi Mahkamah Konstitusi dalam mengawal dan tegaknya Konstitusi untuk mewujudkan perlindungan hukum dan HAM bagi warga Negara yang dijamin oleh Konstitusi sebagai hakikat Negara hukum.

Merujuk pada kepustakaan Indonesia, *rechtsstaat* atau *the rule of law* sering diterjemahkan sebagai Negara hukum. Notohamidjojo menggunakan *rechtsstaat* dalam pengertian Negara hukum.

Persamaan kedua konsep hukum ini, baik *the rule of law* maupun *rechtsstaat*, diakui adanya kedaulatan hukum atau supremasi hukum, melindungi individu terhadap pemerintah yang sewenang-wenang dan memungkinkan kepada individu untuk menikmati hak-hak sipil dan politiknya sebagai manusia.

Imanuel Kant mengemukakan paham Negara hukum dalam arti sempit, bahwa Negara hanya sebagai perlindungan hak-hak individual, sedangkan kekuasaan Negara diartikan secara pasif, bertugas memelihara ketertiban dan keamanan masyarakat. Konsep Negara hukum dalam arti ini dikenal dengan sebutan *nachtwakerstaat*.⁴⁷

Perkembangan selanjutnya, paham Negara hukum yang dikemukakan Kant mengalami perubahan dengan unculnya paham Negara hukum kesejahteraan (*welfare state*). Sebagai mana dikemukakan Friedrich Julius Stahl, ciri-ciri Negara hukum itu adalah sebagai berikut.⁴⁸

⁴⁶ Tahir Azhary, *Negara Hukum ...* h.84

⁴⁷ Tahir Azhary, *Negara Hukum ...* h.39

⁴⁸ S.F Marbun dan Moh.Mahfud MD, *Pokok-pokok Hukum Administrasi Negara*, (Yogyakarta: Liberty, 1987), h. 44. Lihat juga Padmo Wahjono, *Pembangunan Hukum Indonesia*, (Jakarta: In Hill Co, 1989), h.151

1. Adanya perlindungan hak-hak asasi manusia ;
2. Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak asasi manusia;
3. Pemerintahan berdasarkan peraturan-peraturan; dan
4. Adanya peradilan administrasi Negara dalam perselisihan.

Sri Soemantri mengemukakan unsur-unsur terpenting Negara hukum yaitu:⁴⁹

1. Bahwa pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasar atas hukum atau perundang-undangan;
2. Adanya jaminan terhadap hak asasi manusia (warga Negara);
3. Adanya pembagian kekuasaan;
4. Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan (rechterlijke controle)

Padmo menyatakan dalam Negara hukum terdapat suatu pola sebagai berikut:⁵⁰

1. Menghormati dan melindungi hak-hak manusia ;
2. Mekanisme kelembagaan negara yang demokratis;
3. Tertib hukum;
4. Kekuasaan kehakiman yang bebas.

International Commission of Jurist, dalam konferensinya di Bangkok 1965 memperluas konsep the rule of law dengan menekankan apa yang dinamakan the dynamic aspect of The Rule of Law in the modern age. Dalam konferensi itu dikemukakan syarat-syarat dasar terselenggaranya pemerintahan yang demokratis di bawah Rule of Law sebagai berikut:⁵¹

Perlindungan Konstitusional, dalam arti bahwa konstitusi selain menjamin hak-hak individu, harus menentukan juga cara prosedural memperoleh perlindungan atas hak-hak yang dijamin;

⁴⁹ Sri Soemantri M, Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia, Penerbit P.T Alumni, Bandung, 1992, h.29-30

⁵⁰ Padmo Wahjono, Indonesia Negara yang Berdasarkan Atas Hukum, Pidato pengukuhan Guru Besar FHUI, Jakarta, 17 November 1979, h.6.

⁵¹ Azhary, Negara Hukum Indonesia..., Op.Cit.h.45

1. Badan kehakiman yang bebas;
2. Pemilihan Umum yang bebas;
3. Kebebasan untuk menyatakan pendapat;
4. Kebebasan untuk berserikat/berorganisasi dan beroposisi;
5. Pendidikan Kewarganegaraan

Negara Indonesia sebagai negara hukum, bukan Negara kekuasaan (Machtsstaat), di dalamnya terkandung pengertian adanya pengakuan terhadap prinsip supremasi hukum dan konstitusi, diaduknya pemisahan dan pembatasan kekuasaan menurut sistem konstitusional yang diatur dalam Undang-Undang Dasar, adanya prinsip peradilan yang bebas dan tidak memihak yang menjamin persamaan setiap warga Negara dalam hukum, serta menjamin keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan hukum bagi setiap orang termasuk terhadap penyalahgunaan kewenangan oleh pihak yang berkuasa

Karakteristik Negara hukum yang demokratis, sesungguhnya menjelmakan kehidupan bernegara yang memiliki komitmen terhadap tampilnya hukum sebagai pemegang kendali dalam penyelenggaraan pemerintahan yang demokratis. Landasan hukum yang merujuk Indonesia sebagai sebuah Negara hukum demokratis didasarkan pada pasal 1 ayat (2) dan (3) serta pasal 28 ayat I ayat (5) UUD 1945

Berdasarkan uraian di atas dapat disimpulkan bahwa tertib hukum tercipta jika suatu produk peraturan perundang-undangan tidak saling bertentangan, baik secara vertikal maupun horizontal, termasuk perilaku anggota masyarakat sesuai dengan aturan hukum yang berlaku.

Konsep hukum lain dari Negara yang berdasarkan atas hukum adalah adanya jaminan penegakan hukum dan tercapainya tujuan hukum. Dalam penegakan hukum terdapat tiga unsur yang harus mendapat perhatian yang sama, yaitu keadilan, kemanfaatan atau hasil guna (doelmatigheid), dan kepastian hukum.

Penegakan hukum dan tercapainya keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan hukum dalam suatu sistem hukum terjamin, tidak bisa tidak, sistem hukum menjadi materi muatan dari konstitusi. Dengan kata lain, materi

muatan suatu konstitusi adalah sistem hukum itu sendiri (lembaga-lembaga Negara), dan budaya hukum (mengenai warga Negara).

2. Middle Theory

Adapun middle theory yang digunakan adalah teori Penegakan hukum dan teori sistem hukum. Penegakan hukum merupakan suatu usaha untuk mewujudkan ide-ide keadilan kepastian hukum dan kemanfaatan sosial menjadi kenyataan. Jadi penegakan hukum pada hakikatnya adalah proses perwujudan ide-ide. Penegakan hukum adalah proses dilakukannya upaya tegaknya atau berfungsinya norma-norma hukum secara nyata sebagai pedoman pelaku dalam lalu lintas atau hubungan-hubungan hukum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Penegakan hukum merupakan usaha untuk mewujudkan ide-ide dan konsep-konsep hukum yang diharapkan rakyat menjadi kenyataan. Penegakan hukum merupakan suatu proses yang melibatkan banyak hal.⁵²

Menurut Soerjono Soekanto, penegakan hukum adalah kegiatan menyeraskan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah/pandangan nilai yang mantap dan menegajewantah serta sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.⁵³ Penegakan hukum secara konkret adalah berlakunya hukum positif dalam praktik sebagaimana seharusnya.

Teori Sistem Hukum menurut Lawrence M. Friedman,⁵⁴ ada tiga elemen utama dari sistem hukum (legal system), yaitu:

1. Struktur Hukum (Legal Structure)
2. Isi Hukum (Legal Substance)
3. Budaya Hukum (Legal Culture)

⁵² Dellyana, Shant. 1988, *Konsep Penegakan Hukum*. Yogyakarta: Liberty h. 32

⁵³ Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2002), Cetakan keempat, 3.

⁵⁴ Lawrence M. Friedman, *The Legal System, A - Social Science Perspective*, (New York Russel Sage Foundation, 1975) dan Lawrence M. Friedman, *Law and Society*, (New Jersey: Prentice H.I, 1977), .6-9

Lawrence M. Friedman mengemukakan bahwa efektif dan berhasil tidaknya penegakan hukum tergantung tiga unsur sistem hukum, yakni struktur hukum (legal structure), substansi hukum (Legal substance) dan budaya hukum (legal culture). Struktur hukum berhubungan dengan institusi dan kelembagaan hukum, bagaimana dengan polisinya, hakimnya, jaksa dan pengacaranya dan, atau dengan kata lain struktur hukum itu adalah lembaga penegak hukum, penegak hukum dan paranata hukum.⁵⁵ Subtansi hukum adalah peraturan-peraturan yang digunakan oleh para pelaku hukum pada waktu melakukan perbuatan-perbuatan serta hubungan-hubungan hukum yang wujudnya adalah peraturan perundang-undangan.⁵⁶ Budaya hukum (legal culture) merupakan gagasan-gagasan, sikap-sikap, keyakinan-keyakinan, harapan-harapan dan pendapat tentang hukum.⁵⁷

a. Struktur Hukum

Dalam teori Lawrence M. Friedman hal ini disebut sebagai sistem Struktural yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan dengan baik. Struktur hukum berdasarkan UU No. 8 Tahun 1981 meliputi; mulai dari Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Badan Pelaksana Pidana (Lapas). Kewenangan lembaga penegak hukum dijamin oleh undang-undang. Sehingga dalam melaksanakan tugas dan tanggung jawabnya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah dan pengaruh-pengaruh lain.

Terdapat adagium yang menyatakan “fiat justitia et pereat mundus” meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan. Hukum tidak dapat berjalan atau tegak bila tidak ada aparat penegak hukum yang kredibilitas, kompeten dan independen. Seberapa bagus suatu peraturan perundang-undangan bila tidak didukung dengan aparat penegak hukum yang baik maka keadilan hanya angan-angan. Lemahnya mentalitas aparat penegak hukum mengakibatkan penegakan hukum tidak berjalan

⁵⁵ <http://abdulganilatar.blosspot.com/2017/01/teori-hukum.html>. diunduh tanggal 14 Januari 2017

⁵⁶ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, (Jakarta: PT Kompas Media Nusantara, 2010)

⁵⁷ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*,

sebagaimana mestinya. Banyak faktor yang mempengaruhi lemahnya mentalitas aparat penegak hukum diantaranya lemahnya pemahaman agama, ekonomi, proses rekrutmen yang tidak transparan dan lain sebagainya. Sehingga dapat dipertegas bahwa faktor penegak hukum memainkan peran penting dalam memfungsikan hukum. Kalau peraturan sudah baik, tetapi kualitas penegak hukum rendah maka akan ada masalah. Demikian juga, apabila peraturannya buruk sedangkan kualitas penegak hukum baik, kemungkinan munculnya masalah masih terbuka. Tentang struktur hukum Friedman menjelaskan⁵⁸ “To begin with, the legal system has the structure of a legal system consist of elements of this kind: the number and size of courts; their jurisdiction... Structure also means how the legislature is organized... what procedures the police department follow, and so on. Structure, in way, is a kind of cross section of the legal system... a kind of still photograph, with freezes the action.”

Struktur dari sistem hukum terdiri atas unsur berikut ini, jumlah dan ukuran pengadilan, yurisdiksinya (termasuk jenis kasus yang berwenang mereka periksa), dan tata cara naik banding dari pengadilan ke pengadilan lainnya. Struktur juga berarti bagaimana badan legislatif ditata, apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan oleh presiden, prosedur apa yang diikuti oleh kepolisian dan sebagainya. Jadi struktur (legal struktur) terdiri dari lembaga hukum yang ada dimaksudkan untuk menjalankan perangkat hukum yang ada. Struktur adalah pola yang menunjukkan tentang bagaimana hukum dijalankan menurut ketentuan-ketentuan formalnya. Struktur ini menunjukkan bagaimana pengadilan, pembuat hukum dan badan serta proses hukum itu berjalan dan dijalankan. Di Indonesia misalnya jika kita berbicara tentang struktur sistem hukum Indonesia, maka termasuk di dalamnya struktur institusi-institusi penegakan hukum seperti kepolisian, kejaksaan dan pengadilan⁵⁹

⁵⁸ Lawrence M. Friedman, *The Legal System, A- Social Science Perspective*, h. 5-6

⁵⁹ (Achmad Ali, 2002 : 8).

b. Substansi Hukum

Dalam teori Lawrence M. Friedman hal ini disebut sebagai sistem substansial yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan. Substansi juga berarti produk yang dihasilkan oleh orang yang berada dalam sistem hukum yang mencakup keputusan yang mereka keluarkan, aturan baru yang mereka susun. Substansi juga mencakup hukum yang hidup (living law), bukan hanya aturan yang ada dalam kitab undang-undang (law books). Sebagai negara yang masih menganut sistem Civil Law System atau sistem Eropa Kontinental (meski sebagian peraturan perundang-undangan juga telah menganut Common Law System atau Anglo Saxon) dikatakan hukum adalah peraturan-peraturan yang tertulis sedangkan peraturan-peraturan yang tidak tertulis bukan dinyatakan hukum. Sistem ini mempengaruhi sistem hukum di Indonesia. Salah satu pengaruhnya adalah adanya asas Legalitas dalam KUHP. Dalam Pasal 1 KUHP ditentukan “tidak ada suatu perbuatan pidana yang dapat di hukum jika tidak ada aturan yang mengaturnya”. Sehingga tindakan hukum apa pun harus merujuk pada aturan yang tertulis. Substansi hukum menurut Friedman adalah⁶⁰ “Another aspect of the legal system is its substance. By this is meant the actual rules, norm, and behavioral patterns of people inside the system ... the stress here is on living law, not just rules in lawbooks”.

Aspek lain dari sistem hukum adalah substansinya. Yang dimaksud dengan substansinya adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam system itu. Jadi substansi hukum menyangkut peraturan perundang-undangan yang berlaku yang memiliki kekuatan yang mengikat dan menjadi pedoman bagi aparat penegak hukum.

c. Budaya Hukum

⁶⁰ Lawrence M. Friedman, Lawrence M. Friedman, *The Legal System, A- Social Science Perspective*, h.8

Kultur hukum menurut Lawrence M. Friedman⁶¹ adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum-kepercayaan, nilai, pemikiran, serta harapannya. Kultur hukum adalah suasanapemikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari, atau disalahgunakan. Budaya hukum erat kaitannya dengan kesadaran hukum masyarakat. Semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat maka akan tercipta budaya hukum yang baik dan dapat merubah pola pikir masyarakat mengenai hukum selama ini. Secara sederhana, tingkat kepatuhan masyarakat terhadap hukum merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum.

Hubungan antara tiga unsur sistem hukum itu sendiri tak berdaya, seperti pekerjaan mekanik. Struktur diibaratkan seperti mesin, substansi adalah apa yang dikerjakan dan dihasilkan oleh mesin, sedangkan kultur hukum adalah apa saja atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu, serta memutuskan bagaimana mesin itu digunakan. Dikaitkan dengan sistem hukum di Indonesia, Teori Friedman tersebut dapat kita jadikan patokan dalam mengukur proses penegakan hukum di Indonesia.

3. Aply Theory

Aply theory yang digunakan dalam penelitian ini adalah teori *maqashid syariah, al-mashlahah*, teori prinsip hukum, dan teori resepsi.

Maqashid al-syariah terdiri dari dua kata, yaitu maqashid dan syariah. Tren maqashid berasal dari bahasa arab yang merupakan bentuk jamak dari kata maqsud, yang berarti maksud, sasaran, prinsip, niat, tujuan akhir. Syariah secara bahasa berarti jalan ke sumber (mata) air, yakni jalan yang harus diikuti oleh setiap muslim.

Syariah merupakan jalan hidup muslim, syariat memuat ketetapan-ketetapan Allah dan ketentuan Rasul-Nya baik berupa larangan maupun

⁶¹ Lawrence M. Friedman, *The Legal System, A- Social Science Perspective*, h. 8

perintah, meliputi seluruh aspek hidup dalam kehidupan manusia. Maqashid al-Syariah adalah maksud atau tujuan yang melatarbelakangi ketentuan-ketentuan hukum Islam atau dengan bahasa yang sederhana adalah maksud dan tujuan disyariatkannya hukum. Tujuan pensyariaan hukum adalah untuk kebahagiaan hidup manusia didunia dan akhirat, dengan jalan mengambil yang bermanfaat dan mencegah atau menolak yang merusak. Dengan kata lain, tujuan pensyariaan hukum adalah untuk mencapai kemaslahatan hidup manusia, baik rohani maupun jasmani.

Menurut Syathibi, maqashid dapat dipilih menjadi dua bagian yaitu menjelaskan bahwa maqashid asy-Syari' terdiri dari beberapa bagian yaitu : pertama, Qashdu asy-Syari'fi Wadh'I asy-Syari'ah (tujuan Allah dalam menetapkan syariat), kedua, Qashdu asy-Syari'fi Wadh'I asy-Syari'ah lil Ifham (Tujuan Allah dalam menetapkan syariahnya ini adalah agar dapat dipahami) ; ketiga, Qashdu asy-Syari'fi Wadh'I asy-Syari'ah li al-Taklif bi Muqatadhaha (Tujuan Allah dalam menetapkan syariah agar dapat dilaksanakan).

Syathibi berpandangan bahwa Allah menurunkan syariat (aturan hukum) bertujuan untuk menciptakan kemaslahatan dan menghindari kemadaratan, baik di dunia maupun diakhirat. Aturanaturan dalam syariat tidaklah dibuat untuk syariah itu sendiri, melainkan dibuat untuk tujuan kemaslahatan. Dengan bahasa yang lebih mudah, aturan-aturan hukum yang Allah tentukan hanyalah untuk kemaslhatan manusia itu sendiri. Syathibi kemudian membagi maqashid dalam tiga gradasi tingkat, yaitu dharuriyyat (primer), hajjiyyat (sekunder) dan tahsiniyyat (tersier).

Dharuriyyat yaitu memelihara kebutuhan yang bersifat esensial bagi kehidupan manusia. Kebutuhan yang pokok itu ada lima yaitu : agama (al-din), jiwa (al-nafs), keturunan (an-nasl), harta (al-mal) dan akal (al-aql). Sedangkan Hajjiyyat merupakan kebutuhan yang tidak bersifat esensial, melainkan kebutuhan yang dapat menghindarkan manusia dari kesulitan hidupnya. Tidak terpelihara kebutuhan ini tidak mengancam lima kebutuhan dasar manusia. Dan kalau Tahsiniyyat itu merupakan kebutuhan

yang menunjang peningkatan martabat manusia dalam masyarakat dan di hadapan Tuhannya sesuai dengan kepatuhan.

Lebih lanjut terkait dengan tingkatan dalam Maqashid al-Syariah, Umar Chapra menjelaskan bahwa istilah penjagaan dalam maqashid bermakna pengembangan dan pengayaan secara terusmenerus. Disamping hal tersebut, Umar Chapra menyebutkan bahwa meletakkan iman (al-din) pada urutan pertama dan harta (al-mal) pada urutan terakhir merupakan suatu hal yang sangat bijaksana. Lebih lanjut beliau mengatakan bahwa tidak selamanya peringkat yang pertama menunjukkan yang pertama lebih penting atau sebaliknya.

Pemahaman itu untuk mempermudah dapat digambarkan tentang gradasi tersebut berdasarkan peringkat kemaslahatan masing-masing, misal pada maqashid yang pertama yaitu Menjaga atau memelihara agama. Itu berdasarkan kepentingan dapat dibedakan menjadi tiga peringkat : (1) memelihara agama dalam peringkat dharuriyyat, yaitu memelihara dan melaksanakan kewajiban keagamaan yang masuk peringkat, seperti melaksanakan shalat lima waktu. (2) memelihara agama dalam peringkat hajjiyyat, yaitu melaksanakan ketentuan agama, dengan maksud menghindari kesulitan, seperti shalat jamak dan qasahar. Kalau ketentuan ini tidak dilaksanakan maka tidak akan mengancam eksistensi agama, tetapi hanya akan mempersulit bagi orang yang melakukannya. (3) memelihara agama dalam peringkat tahsiniyyat yaitu mengikuti petunjuk agama untuk menjunjung tinggi martabat manusia, sekaligus melengkapi pelaksanaan kewajiban terhadap Tuhan, mislanya menutup aurat, baik didalam maupun diluar sholat, dan lain-lain.

Teori *al-maslahat*. Secara etimologis, arti al-maslahah dapat berarti kebaikan, kebermanfaatan, kepantasan, kelayakan, keselarasan, kepatutan. Kata al-maslahah kebalikan dari kata al-mafsadah atau kerusakan.⁶² Pengertian masalah juga dikemukakan oleh 'Izz al-Dîn 'Abd al-Salâm

⁶² Jamâl al-Dîn Muhammad ibn Mukarram ibn Manzûr al-Ifrîqi, Lisân al-'Arab, (Riyad: Dâr 'Âlam al-Kutub, 1424 H/2003 M), Juz ke-2, h.348

yaitu, masalah identik dengan al-khair (kebajikan), al-naf' (kebermanfaatan), al-husn (kebaikan).⁶³

Maslahah dalam ilmu ushul al-fiqh, merupakan istilah teknis, yang berarti " berbagai manfaat yang dimaksudkan Syari' (Allah) dalam penetapan hukum bagi hamba-hamba- Nya, yang mencakup tujuan untuk memelihara agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta kekayaan, serta mencegah hal-hal yang dapat mengakibatkan luputnya seseorang dari kelima kepentingan tersebut.⁶⁴

Maslahah terbagi pada tiga bagian, masalah mu'tabarah, masalah murasalah, dan masalah mulghah. *Al-maslahah al-mu'tabarah* adalah kemaslahatan yang mendapat dukungan oleh syara'. baik jenis maupun bentuknya. Artinya kemaslahatan yang disebutkan secara jelas dalam al-Quran dan Sunnah; *Al-maslahah al-mursalah* adalah kemaslahatan yang didukung oleh sekumpulan makna nash (ayat atau hadis), bukan oleh nash yang rinci. Kemaslahatan ini keberadaannya tidak didukung syara' dan tidak pula dibatalkan (ditolak) syara' melalui dalil yang rinci; terakhir *Al-maslahah al-mulghah* adalah kemaslahatan yang ditolak oleh syara' karena bertentangan dengan ketentuan syara'.⁶⁵

Teori ini masalah ini sangat erat dengan teori maqashid syariah. Bahkan bisa disamakan. Maqashid syariah yang dirumuskan bermuara pada kemaslahatan itu sendiri. Kemaslahatan kaitan dengan hukum wakaf merupakan alasan hukum dari syariat wakaf itu sendiri. Artinya wakaf disyariatkan karena memiliki nilai kemaslahatan dan kemanfaatan yang nyata bagi kehidupan manusia. Apabila wakaf tidak memiliki nilai manfaat dan maslahat maka wakafnya bisa menjadi sia-sia.

Teori Prinsip hukum islam, teori ini di antaranya dikemukakan oleh Juhaya S. Praja. Juhaya memberikan pengertian prinsip sebagai permulaan;

⁶³ Izz al-Dîn ibn 'Abd al-Salâm, *Qawâ'id al-Ahkâm fi Masâlih al-Anâm*, (Kairo: Maktabat al-Kulliyât al-Azhariyyah, 1994), Juz ke-1, h.5

⁶⁴ H.M.Hasbi Umar, *Nalar Fiqh Kontemporer* (Cet. I; Jakarta: Gaung Persada Press, 2007), h.112

⁶⁵ Abdul Azis Dahlan et al, *Ensiklopedi Hukum Islam* (Cet III; Jakarta : Ihtiar Baru Van Hoeve, 1999), h. 1145.

tempat pemberangkatan; titik tolak; atau al-mabda. Secara terminologi, kata prinsip adalah kebenaran universal yang inheren di dalam hukum Islam dan menjadi titik tolak pembinaannya; prinsip yang membentuk hukum dan setiap cabang-cabangnya.⁶⁶ Prinsip hukum Islam meliputi prinsip umum dan prinsip khusus. Prinsip umum ialah prinsip keseluruhan hukum Islam yang bersifat unuversal. Adapun prinsip-prinsip khusus ialah prinsip-prinsip setiap cabang hukum Islam. Prinsip-prinsip hukum Islam menurut Juhaya S. Praja⁶⁷ sebagai berikut:

- a. Prinsip Tauhid
- b. Prinsip Keadilan
- c. Prinsip Amar Makruf Nahi Mungkar
- d. Prinsip Kebebasan/Kemerdekaan
- e. Prinsip Persamaan/Egalite
- f. Prinsip At-Ta'awun
- g. Prinsip Toleransi

Selain itu, Ibnu Qayyim⁶⁸ membuat rumusan yang menjadi dasar syariah, yaitu kemaslahatan, keadilan, kerahmatan, dan kemanfaatan/hikmah.

فإن الشريعة مبناهما وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة

Maksud dari perkataan Ibnu Qayyim tersebut bahwa syariat itu dibangun di atas prinsip hikmah/kemanfaatan dan kemaslahatan hamba baik di dunia maupun di akhirat. Syariat itu seluruhnya mengandung keadilan,

⁶⁶ Juhaya S. Praja, *Filsafat Hukum Islam*, (Bandung: LPPM, 1995), hal 69.

⁶⁷ Juhaya S. Praja, *Filsafat Hukum Islam*, h. 69

⁶⁸ Muhammad bin Abi Bakr Ibnu Qayyim Al-Jauziyyah, *I'lamu al-Muwaqi'in*. (Beirut: Dar al-Jail, 1973). Vol 3. H. 3

kasih sayang, kemaslahatan, dan kemanfaatan. Maka segala sesuatu yang tidak mengandung keempat hal tersebut tidaklah termasuk syariat.

Terakhir adalah teori resepsi digunakan untuk menganalisis penerimaan masyarakat Islam yang terafiliasi dengan ormas-ormas Islam Indonesia terhadap undang-undang nomor 41 tahun 2004 tentang wakaf pasal 1 ayat 1.

Penyerapan hukum Islam oleh masyarakat adat adalah sebuah fenomena yang terjadi di Indonesia. Maka untuk mendeskripsikan fenomena ini peneliti menggunakan teori resepsi (*receptie*) sebagai *Middle theory*. Teori ini digunakan untuk menjelaskan lebih lanjut masalah penyerapan hukum Islam oleh masyarakat di Indonesia. Teori resepsi adalah teori mengenai penyerapan hukum Islam oleh masyarakat Indonesia karena beberapa alasan, sebagian karena kesadaran akan konsekuensi syahadatnya, sebagian karena peraturan dari pemerintah menghendaki demikian dan karena kondisi lingkungan mengharuskan hal tersebut.

Penyerapan hukum Islam oleh masyarakat di Indonesia telah menarik perhatian beberapa cendekiawan dari Belanda untuk melakukan studi dengan tema ini. Maka munculah beberapa teori mengenai hal ini yaitu teori *receptio in complexu* dan *theory receptie*. Kedua teori ini setelah masa kemerdekaan dikritik oleh para ahli hukum dalam negeri dengan *theory receptie exit* dan *theory receptio a contrario*. Berikut adalah pembahasannya:

Teori pertama tentang penyerapan hukum adalah teori *receptio in complexu* yang dirumuskan oleh Lodewijk Willem Cristian Van Den Berg (1845-1927).⁶⁹ Sebelumnya teori ini juga disebutkan oleh H.A.R. Gibb, Menurut teori ini bagi orang Islam yang berlaku penuh adalah hukum Islam sebab dia telah memeluk Islam walaupun dalam pelaksanaannya masih terdapat penyimpangan-penyimpangan. Secara fakta teori Berg lebih rinci dibandingkan teori yang dikemukakan H.A.R. Gibb, sebab praktiknya

⁶⁹ Sajuti Thalib, *Receptio A Contrario*, Hubungan Hukum Adat dan Hukum Islam. (Jakarta: Bina Aksara, 1985), c et. Kelima, h. 5

hingga sekarang umat Islam di Indonesia masih banyak yang belum taat dalam menjalankan ajaran Islam. Ketaatan mereka masih terbatas pada shalat lima waktu, zakat, puasa dan haji, sedangkan ajaran Islam lainnya masih kurang diperhatikan misalnya ajaran Islam tentang ekonomi dan perbankan Islam.⁷⁰

Teori penerimaan hukum ini kemudian dikenal dengan istilah *receptio in complexu* yaitu penerimaan hukum Islam secara keseluruhan oleh masyarakat yang beragama Islam. Karakteristik dari teori ini adalah:

1. Hukum Islam dapat berlaku di Indonesia bagi pemeluk Islam
2. Umat Islam harus taat pada ajaran Islam
3. Hukum Islam berlaku universal pada berbagai bidang ekonomi, hukum pidana dan hukum perdata.⁷¹

Teori ini menjadi acuan dalam kebijakan-kebijakan pemerintah penjajah waktu itu dengan dikeluarkannya peraturan dalam Regeering Reglement (RR) th.1855, Statsblad 1855 Nomor 2. RR merupakan Undang-Undang Dasar Hindia Belanda. Bahkan dalam ayat 2 pasal 75 RR itu ditegaskan: "Dalam hal terjadi perkara perdata antara sesama orang Indonesia itu atau dengan mereka yang dipersamakan dengan mereka maka mereka tunduk kepada hakim agama atau kepala masyarakat mereka menurut undang-undang agama (*godsdiestige wetten*) atau ketentuan-ketentuan lama mereka".

Teori ini kemudian digantikan oleh teori *receptie* yang menyatakan bahwa hukum Islam di Indonesia baru berlaku apabila hukum adat menghendaki hal tersebut. Teori ini merupakan hasil dari penelitian Christian Snouck Hurgronje (1857-1936) yang dilakukan di Aceh dan Gayo. Ia menyimpulkan bahwa hukum Islam di Indonesia baru berlaku ketika telah diterima (*receptie*) oleh hukum adat. Teori ini tidak lepas dari kepentingan bangsa penjajah waktu itu yang ingin melemahkan perjuangan

⁷⁰ Sajuti Thalib, *Receptio A Contrario, Hubungan Hukum Adat dan Hukum Islam*. (Jakarta: Bina Aksara, 1985), cet. Kelima, h. 5

⁷¹ Juhaya S. Praja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, h. 81

umat Islam di Indonesia. Teori ini kemudian dikuatkan oleh kebijakan pemerintah kolonial dengan dikeluarkannya *Wet op De Staatsregeling* (IS) atau IS (*Indische Staatsregeling*) tahun 1929 Pasal 134 ayat (2) yang berbunyi: "Dalam hal terjadi masalah perdata antar sesama orang Islam, akan diselesaikan oleh Hakim agama Islam apabila hukum adat mereka menghendaknya".⁷²

Teori ini mendapat pertentangan yang sengit dari kalangan umat Islam dan juga tokoh-tokoh hukum Belanda, Hazairin menyebut teori ini sebagai teori Iblis karena telah mematikan pelaksanaan hukum Islam di Indonesia. Sementara Mr. Scholten van Oud Haarlem menulis sebuah nota kepada Pemerintah Hindia Belanda untuk tidak melakukan pelanggaran terhadap Bumiputera sebagai pencegahan terhadap perlawanan yang akan terjadi, maka diberlakukan pasal 75 RR (*Regeering Reglement*) suatu peraturan yang menjadi dasar bagi pemerintah Belanda untuk menjalankan kekuasaannya di Indonesia, S. 1855: 2 memberikan instruksi kepada pengadilan agar tetap mempergunakan undang-undang agama, lembaga-lembaga dan kebiasaan-kebiasaan itu sejauh tidak bertentangan dengan kepatutan dan keadilan yang diakui umum.

Teori yang dirumuskan Hazairin dikenal dengan teori *receptie exit* yang berarti bahwa setelah Indonesia merdeka dan setelah UUD 1945 dijadikan UUD negara, maka walaupun aturan peralihan menyatakan bahwa hukum yang lama masih berlaku selama jiwanya tidak bertentangan dengan UUD 1945, seluruh peraturan perundang-undangan pemerintah Hindia Belanda yang berdasarkan ajaran *receptie* tidak berlaku lagi karena jiwanya bertentangan dengan UUD 1945. Setelah Proklamasi, kemudian Undang-undang Dasar 1945 dinyatakan berlaku yang di dalamnya ada semangat merdeka di bidang hukum. Dengan peraturan peralihannya guna menghindari kevakuman hukum masih diberlakukan ketentuan-ketentuan hukum dan bangunan-bangunan hukum yang ada selama jiwanya tidak

⁷² R. Soepomo, *Bab-bab Tentang Hukum Adat*, (Jakarta: Pradnya Paramitha, 2000), cet. Ke-lima belas, h.10.

bertentangan dengan UUD 1945. Beliau berpendapat bahwa banyak aturan pemerintah Hindia Belanda yang bertentangan dengan UUD. Pertentangan tersebut terdapat pada pembukaan Undang-Undang Dasar Alinea ke III dan Alinea ke IV serta pada Pasal 29 Undang-Undang Dasar 1945. Kesimpulan dari teori ini adalah:

1. Teori *receptie* telah patah, tidak berlaku dan *exit* dari tata negara Indonesia sejak Tahun 1945 dengan merdekanya bangsa Indonesia dan memulai berlakunya UUD 1945 dan dasar negara Indonesia. Demikian pula keadaan itu setelah adanya Dekrit Presiden tanggal 5 Juli 1959 untuk kembali pada UUD 1945.
2. Sesuai dengan UUD 1945 pasal 29 ayat 1 maka negara Republik Indonesia berkewajiban membentuk hukum nasional Indonesia bahannya adalah hukum agama. Negara mempunyai kewajiban kenegaraan untuk itu.
3. Hukum agama yang masuk dan menjadi hukum Nasional Indonesia itu bukan hukum Islam saja, melainkan juga hukum agama lain untuk pemeluk agama lain. Hukum agama di bidang hukum perdata dan hukum pidana diserap menjadi hukum nasional Indonesia. Istilah hukum baru Indonesia dengan dasar Pancasila.⁷³

Selanjutnya muncul Teori *Receptio A Contrario* yang dikemukakan oleh Sajuti Thalib sebagai murid Hazairin, teori ini menyebutkan bahwa bagi umat Islam berlaku hukum Islam, hukum adat baru berlaku apabila tidak bertentangan dengan hukum Islam. Teori *Receptio A Contrario* memiliki unsur-unsur berikut:

1. Hukum Islam berlaku di Indonesia
2. Bagi umat Islam Indonesia berlaku hukum Islam.
3. Hukum adat bisa berlaku kalau tidak bertentangan dengan hukum Islam.⁷⁴

⁷³ Hazairin, *Tujuh Serangkai Tentang Hukum*, (Jakarta: Bina Aksara, 1985), cet. Ketiga, h. 52

⁷⁴ Lihat Juhaya S. Praja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*. (Bandung: Pustaka Setia, 2011), cet. I, h.