



Perkembangan Hukum Kontemporer di Indonesia

Kumpulan karya tulis ini dikelompokkan berdasarkan tema-tema, diantaranya Dinamika pemikiran Hukum Progresif sebagai solusi atas permasalahan hukum yang berkembang di masyarakat. Hukum positif dengan sifatnya yang normatif, rigid dan kaku, menuai problem dalam tataran implementasinya. Ketika Penegak hukum lebih menekankan aspek positif dari hukum, maka sulit menciptakan rasa adil bagi masyarakat. Padahal tujuan adanya hukum adalah untuk menciptakan rasa adil. Dengan problem tersebut hukum progresif yang digagas Prof. Sartjipto Raharjo mencoba menawarkan solusi, agar hukum dengan segala sistemnya tidak semata-mata menekankan pada aspek positif, tetapi juga aspek keadilan (*justice*) sebagai tujuan terciptanya hukum.

Bahkan untuk melihat aspek moralitas dalam hukum, selanjutnya ditawarkan aspek pemikiran hukum yang lebih melihat aspek moral dari suatu hukum demi terciptanya rasa keadilan. Positifisasi hukum terhadap permasalahan tertentu terkadang hanya memenuhi rasa kepuasan bagi pihak tertentu saja. Di Indonesia, upaya positifisasi banyak dilakukan, baik hal yang mencakup permasalahan sosial, politik, ekonomi, hukum, dan semua hal. Bahkan dalam perkembangannya setelah UU No 22 tahun 1999 tentang kewenangan legislasi bagi kepala daerah, melahirkan peraturan daerah (perda) daerah yang dalam beberapa hal menimbulkan tumpang tindih dengan sumber hukum yang ada di atasnya.

Seperti halnya perda bernuansa syari'ah yang ada di Aceh, Cianjur, Ciamis, Bulukumba dan sebagainya. Pertanyaan mendasarnya adalah sejauh mana pemerintah atau Negara mempunyai kewenangan untuk mengatur hal-hal yang bersifat privat termasuk masalah terkait agama? Padahal jelas Negara Indonesia bukanlah Negara agama, tetapi Negara yang berdasarkan Pancasila yang mengusung ketuhanan, kemanusiaan, persatuan, keberagaman dan keadilan.



Rafi Sarana Perkasa
Villa Ngaliyan Permai Blok. E9 Semarang 50189
Telp. +62 24 7611852
E-mail : rsp_rafi@yahoo.com

ISBN : 978-602-18365-8-3



9 78-602-18365-8-3

Perkembangan Hukum Kontemporer di Indonesia



Rafi Sarana Perkasa

Perkembangan Hukum Kontemporer di Indonesia

H. Abdul Ghofur
Novita Dewi Masyithoh
Anthin Lathifah
Uswatun Hasanah
Achmad Arief Budiman
Hasbi Hasan
Nur Hidayati Setyani
H. Ali Imron Hs

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

Undang Undang Nomor 19 Tahun 2002 Tentang Perubahan atas
Undang Undang Nomor 12 Tahun 1997 Pasal 44 Tentang Hak Cipta

1. Barang siapa dengan sengaja dan tanpa hak mengumumkan atau memperbanyak suatu ciptaan atau memberi izin untuk itu, dipidana dengan pidana penjara paling singkat 1 (satu) bulan dan/atau denda paling sedikit Rp. 1.000.000,00 (satu juta rupiah), atau pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah).
2. Barang siapa dengan sengaja menyerahkan, menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu ciptaan atau barang hasil pelanggaran hak cipta atau hak terkait sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah)

PERKEMBANGAN HUKUM KONTEMPORER DI INDONESIA

**H. Abdul Ghofur
Novita Dewi Masyithoh
Anthin Lathifah
Uswatun Hasanah
Achmad Arief Budiman
Hasbi Hasan
Nur Hidayati Setyani
H. Ali Imron Hs**

Perkembangan Hukum Kontemporer di Indonesia

ISBN : 978-602-18365-8-3
Penulis : H. Abdul Ghofur, Novita Dewi Masyithoh,
Anthin Lathifah, Uswatun Hasanah,
Achmad Arief Budiman, Hasbi Hasan,
Nur Hidayati Setyani, H. Ali Imron Hs.
Cover + Isi : Sujiantoko "Basscom Multimedia Grafika"

Cetakan Pertama, Januari 2013

Penerbit :
Rafi Sarana Perkasa (RSP)
Villa Ngaliyan Permai Blok. E9 Semarang 50189
Telp. +62 24 74000438
E-mail : rsp_rafi73@yahoo.com

Hak Pengarang dan penerbit dilindungi undang-undang No. 19
Tahun 2002. Dilarang memproduksi sebagian atau seluruhnya
dalam bentuk apapun tanpa izin tertulis dari penerbit.

KATA PENGANTAR

Buku yang ada di tangan pembaca ini merupakan bunga rampai yang merupakan kumpulan dari beberapa tulisan tenaga pendidik di Fakultas Syari'ah IAIN Walisongo Semarang sebagai upaya untuk merespon realitas hukum yang berkembang di masyarakat yang dituangkan dalam perkembangan pemikiran hukum di Indonesia. Di samping itu beberapa tulisan berasal dari hasil seminar yang diselenggarakan di Fakultas Syari'ah.

Kumpulan karya tulis tersebut dikelompokkan berdasarkan tema-tema, diantaranya Dinamika pemikiran Hukum Progresif sebagai solusi atas permasalahan hukum yang berkembang di masyarakat. Hukum positif dengan sifatnya yang normatif, rigid dan kaku, menuai problem dalam tataran implementasinya. Ketika Penegak hukum lebih menekankan aspek positif dari hukum, maka sulit menciptakan rasa adil bagi masyarakat. Padahal tujuan adanya hukum adalah untuk menciptakan rasa adil. Dengan problem tersebut hukum progresif yang digagas Prof. Sartjipto Raharjo mencoba menawarkan solusi, agar hukum dengan segala sistemnya tidak semata-mata menekankan pada aspek positif, tetapi juga aspek keadilan (*justice*) sebagai tujuan terciptanya hukum.

Bahkan untuk melihat aspek moralitas dalam hukum, selanjutnya ditawarkan aspek pemikiran hukum yang lebih melihat aspek moral dari suatu hukum demi terciptanya rasa keadilan. Positivisasi hukum terhadap permasalahan tertentu terkadang hanya memenuhi rasa kepuasan bagi pihak tertentu saja. Di Indonesia, upaya positivisasi banyak dilakukan, baik hal yang mencakup

permasalahan sosial, politik, ekonomi, hukum, dan semua hal. Bahkan dalam perkembangannya setelah UU No 22 tahun 1999 tentang kewenangan legislasi bagi kepala daerah, melahirkan peraturan daerah (perda) daerah yang dalam beberapa hal menimbulkan tumpang tindih dengan sumber hukum yang ada di atasnya. Seperti halnya perda bernuansa syari'ah yang ada di Aceh, Cianjur, Ciamis, Bulukumba dan sebagainya. Pertanyaan mendasarnya adalah sejauh mana pemerintah atau Negara mempunyai kewenangan untuk mengatur hal-hal yang bersifat privat termasuk masalah terkait agama? Padahal jelas Negara Indonesia bukanlah Negara agama, tetapi Negara yang berdasarkan pancasila yang mengusung ketuhanan, kemanusiaan, persatuan, keberagaman dan keadilan.

Tulisan-tulisan berikutnya menawarkan solusi problematika hukum perwakafan di Indonesia. Wakaf dalam tataran realitas semakin berkembang ke arah wakaf produktif. Hal ini dimaksudkan agar tujuan wakaf yang mengarah kepada kebajikan (*birr*), kebaikan (*ihsan*) dan persaudaraan (*ukhuwah*) dapat terwujud. Di samping itu secara normatif sistem perwakafan sudah diatur dalam UU No 41 tahun 2004, sudah berupaya merespon perkembangan dimensi wakaf termasuk wakaf uang. Demikian pula dalam masalah manajemen wakaf, upaya ke arah akuntabilitas wakaf dan profesionalisme nadzir juga semakin ditingkatkan. Dengan demikian wakaf betul-betul akan menjadi satu solusi yang bisa meningkatkan ekonomi umat.

Di samping itu, buku ini juga menjelaskan realitas perkembangan hukum *real* di Indonesia baik terkait

perdata maupun pidana seperti halnya permasalahan landasan Filosofis dan metoda hukum dalam putusan-putusan Mahkamah Agung (MA). Mahkamah Agung sebagai *top judiciary* memiliki peran yang strategis karena berwenang memutus di tingkat akhir (kasasi), melakukan penemuan hukum (*rechtfinding*) sehingga bisa menjadi yurisprudensi yang bisa menjadi acuan bagi hakim di Peradilan yang ada di bawahnya. Di samping itu Mahkamah Agung menurut perspektif metodologi hukum Islam menjalankan fungsi *ijtihad tathbiqi* (implementasi hukum) yang final atas perkara-perkara yang berkaitan dengan kompetensi Peradilan Agama.

Selanjutnya terkait masalah pembangunan hukum pidana di Indonesia terkait kejahatan fiskal menjadi bagian penting untuk dibahas. Hal ini penting karena kejahatan pidana fiskal semakin marak terjadi baik dilakukan oleh lembaga korporasi atau bahkan oleh pegawai pajak itu sendiri. Maka demikian format pertanggungjawaban pidana fiskal yang dilakukan korporasi menjadi satu bahasan penting yang harus diapresiasi.

Tulisan lain adalah terkait nikah sirri menggagas status hukum dan problematika nikah sirri yang marak terjadi di Indonesia. Pencatatan perkawinan yang menjadi syarat legalitas sebuah perkawinan tidak selamanya disadari dan dipatuhi oleh semua warga Negara, karena hukum Islam sebagai salah satu sumber hukum yang ada di Indonesia berasal dari fiqh klasik yang memiliki ciri dinamis, kontekstual, lokalitas. Namun ketika fiqh sudah menjadi satu konsep madzhab Negara memiliki sifat yang memaksa kepada masyarakat untuk ditaati. Hal ini yang menyebabkan problem dalam tataran implementasi, khususnya terkait nikah sirri.

Dengan demikian perlu disadari bahwa hukum dengan segala perkembangannya sangat bersifat dinamis, lokalitas, kontekstual, progresif membutuhkan satu nilai yang berbasis pada keadilan dan kemaslahatan umat.

Wa Allahu a'lam bi al Shawab

Editor

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR DAFTAR ISI

ASPEK PROGRESIFITAS

PERKEMBANGAN HUKUM DI INDONESIA

- Implementasi Hukum Progresif dan Problem Penegakan Hukum Berkeadilan di Indonesia.....1
- Eksistensi Transendensi Moral Hukum Alam dalam Hukum Progresif.....33
- Formalisasi dan Positivisasi Syari'at Islam di Indonesia.....55

PERKEMBANGAN PEMIKIRAN WAKAF DI INDONESIA

- Kebijakan Pengawasan Pengelolaan Wakaf.....75
- Optimalisasi Wakaf Uang bagi Peningkatan Kualitas Hidup Umat.....111

PERKEMBANGAN

PEMIKIRAN HUKUM POSITIF DI INDONESIA

- Filosofi dan Metoda Hukum Keputusan Mahkamah Agung dalam Hukum Perdata Islam.....133
- Pertanggungjawaban Pidana Korporasi terhadap Pidana Fiskal.....155
- Status Hukum dan Problematika Nikah Sirri di Indonesia.....183

IMPLEMENTASI HUKUM PROGRESIF DAN PROBLEM PENEGAKAN HUKUM BERKEADILAN DI INDONESIA

H. Abdul Ghofur

A. Pendahuluan

Mendirikan negara hukum tidak sama dengan memancangkan sebuah papan nama. Tetapi itu baru awal dari pekerjaan besar membangun sebuah proyek besar yang bernama negara hukum. Disebut proyek raksasa karena yang kita hadapi adalah sebuah pekerjaan yang melibatkan begitu banyak sektor kehidupan, seperti hukum, ekonomi, politik, sosial dan perilaku kita sendiri. Dengan demikian pekerjaan proyek besar ini di samping memakan waktu yang lama juga membutuhkan kecerdasan, kearifan, keuletan, kesabaran dan pengerahan energi yang amat besar. Indonesia, sebagai negara hukum, memikul beban yang sangat berat, yaitu memandu bangsa ini menuju kepada kehidupan yang bahagia.¹

¹ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2007, hal. xviii

Di Indonesia, sudah sepuluh tahun lebih proses reformasi dilalui bangsa ini, sejak orde baru runtuh dari panggung kekuasaan politik pada penghujung Mei 1998. Seperti diprediksi banyak pihak, reformasi ini memerlukan proses yang panjang dan segala sesuatu tidak mungkin diubah dengan cara yang cepat sesuai dengan tuntutan dan keinginan yang diharapkan rakyat. Dalam kenyataannya, justru bangsa Indonesia banyak menghadapi berbagai permasalahan serius yang harus dilalui dalam proses reformasi ini, mulai dari krisis moneter yang berkembang menjadi krisis ekonomi, meletusnya berbagai kerusuhan, mencuatnya kembali pertentangan etnis dan agama, munculnya kelompok-kelompok kepentingan yang saling berebut pengaruh dan sebagainya.

Hal ini langsung maupun tidak langsung tentu berpengaruh terhadap stabilitas negara dan ketenteraman masyarakat. Masyarakat menjadi resah, trauma, dan merasa tidak nyaman dalam menjalani kehidupan sehari-hari. Akses-akses reformasi yang merugikan tersebut, tentunya tidak diharapkan oleh masyarakat dan sedapat mungkin harus dicari jalan keluarnya. Sudah banyak gagasan dikemukakan oleh banyak kalangan, mulai dari para pejabat pemerintah, tokoh masyarakat, tokoh agama, ilmuwan, dan lain-lain untuk memberikan jalan keluar (*solution*) terhadap krisis yang tengah dihadapi masyarakat. Berbagai macam teori dan retorika pun dikemukakan untuk meyakinkan masyarakat.

Ternyata banyaknya konsep dan gagasan di atas belum sepenuhnya membawa hasil optimal ke arah penyelesaian yang konkrit. Justru masyarakat awam

semakin bingung harus mengikuti pendapat yang mana. Sebab, semua pendapat selalu mengaku yang terbaik, meskipun dalam kenyataannya sulit untuk diaplikasikan (*non-aplicable*). Hal ini membuktikan bahwa penyelesaian krisis yang menimpa bangsa Indonesia memerlukan alternatif pendekatan yang lebih relevan dan mampu mengakomodasikan berbagai kepentingan yang ada.

Melihat kenyataan tersebut, sudah selayaknya kalangan dunia pendidikan tinggi harus ikut mencoba mencari alternatif yang tepat untuk dapat diterapkan dalam rangka mengatasi berbagai krisis yang menimpa bangsa Indonesia ini. Dalam kaitan inilah, para pakar kaum akademisi maupun praktisi yang berbasis pendidikan tinggi hukum hendaknya dapat ikut berpartisipasi memberikan kontribusi pemikirannya terhadap situasi dan kondisi sebagaimana tersebut.

Dalam hal ini, para sarjana hukum tentunya tidak sekedar melihat persoalan dari pendekatan hukum dalam arti normatif semata, tetapi dapat ditempuh dengan pendekatan yang lebih mendasar, rasional, reflektif dan komprehensif melalui pengkajian dan analisis filsafati, alternatifnya adalah mengimplementasikan gagasan hukum progresif *ala* Satjipto Rahardjo yang bertitik tolak dari kerangka tinjauan hakekat ilmu hukum.

B. Kaedah Hukum dalam Konstelasi Dinamika Sosial

Sebagaimana disebutkan di atas, untuk melindungi kepentingan manusia di dalam masyarakat terdapat beberapa kaedah sosial. Tata kaedah tersebut terdiri dari kaedah kepercayaan atau keagamaan,

kaedah sopan santun dan kaedah hukum, yang dapat dikelompokkan sebagai berikut: *Pertama*, tata kaedah dengan aspek kehidupan pribadi yang dibagi menjadi (a) kaedah kepercayaan atau keagamaan (b) kaedah kesusilaan. *Kedua*, tata kaedah dengan aspek kehidupan antar pribadi yang dibagi menjadi (a) kaedah sopan santun atau adat (b) kaedah hukum.²

Kaedah kepercayaan atau keagamaan ditujukan kepada kehidupan beriman. Kaedah ini ditujukan terhadap kewajiban manusia kepada Tuhan dan kepada dirinya sendiri. Kaedah kesusilaan ditujukan kepada umat manusia agar terbentuk kebaikan akhlak pribadi guna penyempurnaan manusia dan melarang manusia melakukan perbuatan jahat. Kaedah sopan santun didasarkan atas kebiasaan, kepatutan atau kepantasan yang berlaku dalam masyarakat. Kepentingan manusia di dalam masyarakat dirasakan belum cukup terlindungi oleh ketiga kaedah sosial tersebut. Oleh karena itu diperlukan perlindungan kepentingan manusia yang belum mendapat perlindungan dari ketiga kaedah tersebut. Kaedah sosial ini adalah kaedah hukum dan biasa kita kenal dengan istilah "hukum" saja.

Dalam kenyataannya, hukum ada pada setiap masyarakat manusia di manapun di muka bumi ini. Bagaimana pun primitifnya dan bagaimanapun modernnya suatu masyarakat pasti mempunyai hukum. Oleh karena itu, keberadaan hukum sifatnya universal. Hukum tidak bisa dipisahkan dengan masyarakat,

²Prof. Dr. Sudikno Mertokusumo, SH, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, edisi kelima Yogyakarta: Liberty Yogyakarta, 2005, hal. 5

tetapi justru mempunyai hubungan timbal balik.³ Dalam kehidupan bernegara, salah satu hal yang harus ditegakkan adalah suatu kehidupan hukum dalam masyarakat. Pandangan ini diyakini tidak saja disebabkan negeri ini menganut negara hukum, melainkan lebih melihat secara kritis kecenderungan yang akan terjadi dalam kehidupan bangsa Indonesia yang berkembang ke arah suatu masyarakat modern.⁴

Umumnya, seringkali dipahami oleh masyarakat bahwa hukum adalah suatu perangkat aturan yang dibuat oleh negara dan mengikat warga negaranya dengan mekanisme keberadaan sanksi sebagai pemaksa untuk menegakkan hukum.⁵ Tujuan hukum sendiri adalah terciptanya suatu kedamaian yang didasarkan pada keserasian antara ketertiban dengan ketentraman. Tujuan hukum ini akan tercapai apabila didukung oleh tugas hukum, yakni keserasian antara kepastian hukum dengan kesebandingan hukum, sehingga akan menghasilkan suatu keadilan.⁶ Paling tidak, hukum mempunyai tiga peranan utama dalam masyarakat, yakni *pertama*, sebagai sarana pengendalian sosial; *kedua*, sebagai sarana untuk memperlancar proses

³ Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, edisi Revisi, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2004, hal. 27

⁴ Khudzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum: Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia*, Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2004, hal. 1

⁵ Dr. Teguh Prasetyo, SH, M.Si dan Dr Abdullah Halim Barkatullah, S.Ag, SH, M.Hum, *Ilmu Hukum dan Filsafat Hukum; Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007, hal. 39

⁶ Edmon Makarim, *Kompilasi Hukum Telematika*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2003, hal. 13

interaksi sosial; *ketiga*, sebagai sarana untuk menciptakan keadaan tertentu.⁷

Hukum dalam arti luas meliputi keseluruhan aturan normatif yang mengatur dan menjadi pedoman perilaku dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara dengan didukung oleh sistem sanksi tertentu terhadap setiap penyimpangan terhadapnya. Bentuk-bentuk aturan normatif seperti itu tumbuh sendiri dalam pergaulan hidup bermasyarakat dan bernegara atau sengaja dibuat menurut prosedur-prosedur yang ditentukan dalam sistem organisasi kekuasaan dalam masyarakat yang bersangkutan. Makin maju dan kompleks kehidupan suatu masyarakat, makin berkembang pula tuntutan keteraturan dalam pola-pola perilaku dalam kehidupan masyarakat itu. Kebutuhan akan keteraturan itu kemudian melahirkan sistem keorganisasian yang makin berkembang menjadi semacam *organizational imperative*.⁸

Makin maju suatu masyarakat, makin berkembang pula kecenderungan masyarakatnya untuk mengikatkan diri dalam sistem keorganisasian yang teratur. Dalam sistem pengorganisasian yang teratur itu pada gilirannya tercipta pula mekanisme yang tersendiri berkenaan dengan proses pembuatan hukum, penerapan hukum, dan peradilan terhadap penyimpangan-penyimpangan hukum dalam masyarakat yang makin terorganisasi itu. Dengan demikian, bukan saja di setiap masyarakat selalu ada

⁷ Soejono Soekanto, *Pengantar penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press, 1986, hal. 6

⁸ Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar Demokrasi: Serpihan Pemikiran hukum, Media dan Ham*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, hal. 3

hukum, akan tetapi juga bahwa setiap tahap perkembangan masyarakat yang makin kompleks dan maju akan menyebabkan kompleksitas perkembangan hukum semakin meningkat baik dari segi kuantitas maupun segi kualitas.

Apa yang diartikan sebagai hukum, dapat dibatasi pada empat kelompok pengertian. *Pertama*, hukum yang dibuat oleh institusi kenegaraan, dapat kita sebut Hukum Negara (*The State's Law*). Misalnya Undang-undang, Yurisprudensi, dan sebagainya. *Kedua*, hukum yang dibuat oleh dan dalam dinamika kehidupan masyarakat atau yang berkembang dalam kesadaran hukum dan budaya hukum masyarakat, seperti Hukum Adat (*The People's Law*). *Ketiga*, Hukum yang dibuat dan terbentuk sebagai bagian dari perkembangan pemikiran di dunia ilmu hukum, biasanya disebut doktrin (*The Professor's Law*). Misalnya teori Hukum fiqh madzhab Syafi'i yang diberlakukan sebagai hukum bagi umat Islam di Indonesia. *Keempat*, hukum yang berkembang dalam praktek dunia usaha dan melibatkan peranan para professional di bidang hukum, dapat kita sebut hukum praktek (*The Professional's Law*), misalnya perkembangan praktek hukum kontrak perdagangan dan pengaturan mengenai 'venture capital' yang berkembang dalam praktek di kalangan konsultan hukum, serta lembaga arbitrase dalam transaksi bisnis.⁹

Sebagai suatu konsep, istilah "hukum" itu sendiri sebenarnya mempunyai definisi yang sangat luas sehingga ia dapat diartikan apa saja sesuai dengan paradigma hukum atau pemahaman hukum oleh masyarakat itu sendiri. Oleh karena itu, hukum dapat

⁹*Ibid*, hal. 4

diartikan sebagai suatu disiplin, ilmu pengetahuan, kaidah, tata kaidah, keputusan pejabat petugas, Proses Pemerintahan, perilaku yang ajeg, jaringan nilai, atau bahkan suatu seni.¹⁰

Untuk membicarakan hakikat hukum secara tuntas, maka perlu diketahui tiga tinjauan yang mendasarinya, yaitu tinjauan ontologisme, tinjauan epistemologi, dan tinjauan aksiologis. Tinjauan ontologis membicarakan tentang keberadaan sesuatu (*being*) atau eksistensi (*existence*) sebagai objek yang hendak dikaji. Secara umum ada tiga hal yang dapat dikaji dari hukum, yaitu: (1) nilai-nilai hukum, seperti keadilan, ketertiban, kepastian hukum, (2) kaidah-kaidah hukum, berupa kaidah yang tertulis maupun tidak tertulis, kaidah yang berisat abstrak maupun nyata, (3) perilaku hukum atau dapat disebut kenyataan hukum atau peristiwa hukum.

Selama ini titik sentral pengkajian ilmu hukum adalah kaidah-kaidah hukum. Bagaimanapun ilmu hukum tidak dapat dipisahkan dari kaidah hukum. Tetapi persoalannya adalah dalam posisi dan situasi kaidah hukum yang bagaimana dan menjadi perhatian dari ilmu hukum. Ciri Umum dari kaidah hukum ialah adanya legitimasi dan sanksi. Sosiologi hukum dan antropologi hukum mempelajari perilaku hukum sebagai kenyataan hukum, namun keduanya tidak dapat lepas dari adanya kriteria bahwa perilaku dan kenyataan bersifat normatif. Dalam filsafat hukum, nilai-nilai yang dikaji juga harus bersifat normatif.

Tinjauan epistemologi menyoroti tentang syarat-syarat dan kaidah-kaidah apa yang harus dipenuhi oleh

¹⁰ Dr. Teguh Prasetyo, SH, M.Si dan Dr Abdullah Halim Barkatullah, S.Ag, SH, M.Hum, *Op Cit*, hal. 39

n siri ini yang
ah kawin siri,
tangan, kawin

h Munakahat

tsudkan dalam
nsipnya sama
nya. Ketika
syarat rukun
suami, calon
n dipersiapkan
syari'at Islam.
kawinan oleh
kawinan. Oleh
tidak adanya
ruhi sah atau
au tidak sah
terpenuhinya
meliputi calon
ua orang saksi.
ukun substantif
ah. Apabila di
Kantor Urusan
agi akad nikah

ristiwa hukum
an mempunyai
sipasi berbagai
n muncul di
ual tidak ada

suatu objek tertentu. Hal ini berka
metode atau pendekatan apa yang
untuk melihat objek tersebut. Pa
hukum sebagai ilmu bertujuan
kebenaran atau tepatnya keadilan
mencari keadilan yang benar itu, m
cara untuk mencarinya yang disebu
ilmu hukum ditentukan oleh asp
aksiologis dari hukum.

Kalau melihat hakikat hukum
didasarkan pada empirisme atau ra
Sebab, gejala hukum tidak hanya ber
diserap oleh indra atau pengalama
perilaku hukum saja, tetapi juga ber
terserap oleh indra manusia, yakni
Kebenaran yang dapat dicapai oleh
apabila disadari adanya penampaka
menyadari arti dibalik objek tersebut

Secara hakikat, ilmu hukum
menampilkan hukum secara integra
metode ilmu hukum harus bersifat in
ilmu hukum pada waktu sekarang
antara metode normatif, metode sos
filosofis.¹¹

Sementara secara aksiologis,
dari ilmu hukum antara lain; *per*
berpengaruh dalam pembentukan
penyusunan perundang-undangan. *A*
berpengaruh dalam praktik hukum
hukum. *Ketiga*, ilmu hukum k

¹¹ Bambang Sutiyoso, SH, M.Hum, *Aktualita Hu*
Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2004, hal. 10

pendidikan hukum. *Keempat*, ilmu hukum berpengaruh atas perkembangan bidang-bidang lainnya. *Kelima*, ilmu hukum berusaha untuk mengadakan sistematisasi. Bahan-bahan yang tercerai berai disatukan dalam susunan yang bersifat komprehenship.¹²

C. Problematika Penegakan Hukum Di Indonesia

Dalam berbagai kajian sistematis penegakan hukum dan keadilan, secara teoritis menyatakan bahwa efektivitas penegakan hukum baru akan terpenuhi apabila 5 (lima) pilar hukum dapat berjalan dengan baik. Kelima pilar hukum itu adalah (1) instrumen hukumnya (2) aparat penegak hukumnya (3) peralatannya (4) masyarakatnya (5) birokrasinya.

Secara empirik, efektivitas penegakan hukum juga telah dikemukakan oleh Walter C. Reckless, yaitu harus dilihat bagaimana sistem dan organisasinya bekerja, bagaimana sistem hukumnya, bagaimana sistem peradilannya dan bagaimana birokrasinya. Dari berbagai sistem tersebut dapat dikatakan bahwa efektivitas penegakan hukum dalam teori maupun praktek, problematika yang dihadapi hampir sama. Kemauan politik (*political will*) dari para pengambil keputusan merupakan faktor yang menentukan hukum dapat tegak atau ambruk, atau setengah-setengah.¹³

Masalah penegakan hukum pada dasarnya merupakan kesenjangan antara hukum secara normatif (*das sollen*) dan hukum secara realitas (*das sein*) atau kesenjangan antara perilaku hukum masyarakat dan

¹²*Ibid*, hal. 12

¹³ Anton Tabah, *Polri dan penegakan hukum di Indonesia*, Majalah UNISIA No. 22 tahun xiv, 1994, hal. 26

senyatanya. Roscoe Pound menyebutnya sebagai perbedaan antara *law in the book* dan *law in action* :

Secara konsepsional, inti dan arti penegakan hukum terletak pada kegiatan menyetarakan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan menegakan dan sikap tindakan sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara, dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.¹⁴

Hukum sebagai suatu kaidah di dalamnya merupakan seperangkat norma-norma yang memuat anjuran, larangan dan sanksi, yang salah satu fungsi pokoknya sebagai saran kontrol sosial dengan tujuan menjaga ketertiban, keseimbangan sosial dan kepentingan masyarakat. Sebagai seperangkat norma yang berfungsi dan bertujuan demikian itu, maka hukum pertama-tama akan hadir sebagai sesuatu yang bersifat *law in the books*, memuat ancaman hipotesis tentang batas-batas perilaku manusia yang boleh dan tidak boleh dilakukan serta memberi ancaman sanksi apabila ada di antara anggota masyarakat yang melakukan pelanggaran.

Pada taraf *law in the books* ini, hukum belum banyak dirasakan manfaatnya oleh masyarakat karena ia belum berjalan bergerak dan berfungsi seperti apa yang dijanjikannya. Ia baru akan dirasakan manfaatnya atau bahkan dirasakan dampaknya setelah ia ditegakkan di tengah-tengah masyarakat (*law in actions*). Oleh sebab itu, tidak mengherankan jika ada pernyataan bahwa hukum tidak bisa disebut hukum manakala ia

¹⁴ Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor yang mempengaruhi Penegakan hukum*, Jakarta: Rajawali, 1983, hal. 2

tidak pernah dilaksanakan. Oleh karena itu, norma-norma hukum yang berisi anjuran, larangan, dan sanksi perlu adanya konkretisasi dan operasionalisasi dengan ditegakkannya hukum secara sungguh-sungguh terutama oleh aparat penegak hukumnya

Pola penegakan hukum dipengaruhi oleh tingkat perkembangan masyarakat, tempat hukum tersebut berlaku dan diberlakukan. Dalam masyarakat sederhana, pola penegakan hukumnya dilaksanakan melalui prosedur dan mekanisme yang sederhana pula, Namun, dalam masyarakat modern yang bersifat rasional dan memiliki tingkat spesialisasi dan diferensiasi yang begitu tinggi, pengorganisasian penegakan hukumnya menjadi begitu kompleks dan sangat birokratis. Semakin modern masyarakat, maka semakin kompleks dan birokratis proses penegakan hukumnya. Sebagai akibatnya, yang memegang peranan penting dalam proses penegakan hukum bukan hanya manusia yang menjai aparat penegak hukum, namun juga organisasi yang mengatur dan mengelola operasionalisasi proses penegakan hukum.

Kondisi penegakan hukum dalam masyarakat bukan hanya ditentukan oleh faktor tunggal, melainkan dipengaruhi oleh berbagai faktor yang memberikan kontribusi secara bersama-sama terhadap kondisi tersebut. Namun, faktor mana yang paling dominan mempunyai pengaruh tergantung pada konteks sosial dan tantangan-tantangan yang dihadapi masyarakat bersangkutan.

Secara umum, faktor-faktor yang mempengaruhi penegakan hukum dapat dibedakan dalam dua hal, yaitu faktor-faktor yan terdapat dalam sistem hukum dan

faktor-faktor di luar sistem hukum. Adapun faktor-faktor dalam sistem hukum meliputi faktor hukumnya (undang-undang), faktor penegak hukum, dan faktor sarana dan prasarana. Sedangkan faktor-faktor di luar sistem hukum yang memberikan pengaruh adalah faktor kesadaran masyarakat, perkembangan masyarakat, kebudayaan, dan faktor politik atau penguasa negara.¹⁵

Realitas penegakan hukum dalam masyarakat kita yang sedang mengalami proses modernisasi juga dipengaruhi faktor-faktor majemuk tersebut. Dengan demikian, kondisi penegakan hukum yang masih buruk dalam masyarakat kita dipengaruhi oleh berbagai faktor.

Pertama adalah faktor hukum atau perundang-undangan itu sendiri. Faktor ini berkaitan dengan: (a) konsistensi asas-asas atau prinsip-prinsipnya. Apakah satu asas dengan asas lain tidak saling menegasikan atau bertentangan, (b) proses perumusannya, apakah memperhatikan kecenderungan hukum-hukum kebiasaan yang berlaku di masyarakat, dan apakah penyusunannya cukup demokratis dengan memperhatikan aspirasi masyarakat yang berkembang, dan (c) tingkat kemampuan hukum itu sendiri dalam operasionalisasinya, sebab tidak jarang ada sejumlah undang-undang yang tidak operasional, baik karena konsepnya tidak jelas, juga karena keharusannya untuk ditindaklanjuti dengan aturan pelaksanaan yang acapkali terlalu lama sehingga kalaupun aturan

¹⁵ Soerjono Soekanto menyebutkan bahwa ada lima faktor yang mempengaruhi penegakan hukum, yaitu (1) faktor hukumnya sendiri, (2) faktor penegak hukum, (3) faktor sarana atau fasilitas, (4) faktor masyarakat, dan (5) faktor kebudayaan. Selanjutnya lihat Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor yang mempengaruhi Penegakan hukum*, Jakarta: Rajawali, 1983, hal. 3-4

pelaksanaan itu pada akhirnya keluar sudah tidak relevan lagi dengan perkembangan yang ada.

Faktor kedua, yaitu yang berkaitan dengan sumber daya aparatur penegak hukumnya. Aparatur penegak hukum ini merupakan faktor kunci, karena di pundak merekalah terutama beban penegakan hukum diletakkan dalam praktik. Oleh karena itu, keberhasilan dan kegagalan proses penegakan hukum sangat dipengaruhi oleh kualitas penegak hukum, apakah penegak hukum itu profesional atautidak.

Arti penting penegak hukum profesional semakin terasa jika dikaitkan dengan realitas sosial yang penuh dengan ketimpangan dalam struktur sosial, ekonomi, pendidikan, politik maupun kekuasaan. Kurangnya profesionalisme ini terlihat dari lemahnya wawasan pemikiran sosiologi hukum, minimnya ketrampilan untuk bekerja, rendahnya motivasi kerja dan yang paling parah adalah rusaknya moralitas personal aparat penegak hukum, baik mulai dari polisi, jaksa, advokat maupun hakim.

Faktor ketiga, yaitu sarana dan prasarana, apakah aparat penegak hukum sudah dilengkapi dengan sarana dan prasarana fisik yang memadai, khususnya alat-alat teknologi modern dalam rangka sosialisasi hukum dan mengimbangi kecenderungan-kecenderungan penyimpangan sosial masyarakat, termasuk ketersediaan sarana dan prasarana tempat menjalani pidana dan seterusnya.

Fasilitas yang dimiliki organisasi-organisasi penegak hukum ternyata masih memprihatinkan, baik yang berupa fasilitas fisik, peralatan operasional, maupun finansial. Perkembangan kejahatan semakin

maju, namun peralatan yang dimiliki oleh polisi masih sangat terbatas dan sudah kuno. Dengan alasan kurang biaya operasional, sering memaksa polisi melakukan pungli ketika menjalankan tugas. Meskipun hal ini juga terkait dengan mentalitas dan moralitas masing-masing aparat penegak hukum tersebut.

Faktor keempat, yaitu faktor politik atau penguasa negara, khususnya deskripsi tentang campur tangan pemerintah dan kelompok-kelompok kepentingan dalam usaha-usaha penegakan hukum. Faktor ini patut diperhatikan karena pada kenyataannya, penegakan hukum itu tidak sekali-kali hanya diperuntukkan masyarakat kecil pedesaan, tetapi semua lapisan masyarakat, sehingga kemungkinan campur tangan dari kekuatan-kekuatan kepentingan dalam masyarakat sangat besar. Dalam proses peradilan, terkadang kita jumpai adanya intervensi pihak eksekutif atau lembaga ekstra yudisial lainnya dalam proses perkara yang sedang berlangsung. Campur tangan lembaga-lembaga tersebut membatasi hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara, sehingga proses peradilan yang jujur dan tidak memihak tidak berjalan dengan baik.

Faktor kelima, yaitu masyarakat yang berkaitan dengan persepsi masyarakat tentang hukum, tentang ketertiban, dan tentang fungsi penegak hukum. Sebab, dalam kenyataan masyarakat yang masih kuat memegang teguh hukum rakyat (*folks law*) pemahaman tentang apa itu hukum, apa itu ketertiban, dan apa itu penegak hukum bisa berbeda dengan yang dimaksudkan oleh hukum modern.

Di samping itu, faktor di luar sistem hukum yang berpengaruh terhadap proses penegakan hukum adalah kesadaran hukum masyarakat dan perubahan sosial. Kesadaran hukum masyarakat kia masih rendah, baik di kalangan masyarakat terdidik maupun di seputar masyarakat kurang berpendidikan, bahkan jua di kalangan aparat penegak hukum sendiri. Indikator rendahnya kesadaran hukum masyarakat dapat terlihat dari banyaknya tindakan main hakim sendiri yang terjadi dalam masyarakat, baik yang dilakukan oelh masyarakat pada umumnya maupun yang dilakukan aparat penegak hukum sendiri.

Pengaruh perubahan sosial terhadap proses penegakan hukum tergambar dari perubahan tata nilai dalam masyarakat. Perubahan tata nilai merupakan perubahan tata kelakuan dalam pola interaksi sosial di antara sesama wrga masyarakat. Nilai-nilai lama sudah ditinggalkan sementara nilai-nilai baru belum melembaga yang mengakibatkan perbenturan nilai atau terjadinya dualisme nilai dalam masyarakat.

Nilai-nilai dualistik tersebut misalnya nilai kemanfaatan sosial dan keadilan, nilai-nilai tradisional dan modern, kekeluargaan dan individualisme dan lain-lain. Ketidakserasian antara nilai-nilai yang berpasangan tersebut menimbulkan kerancuan nilai dan ketidakpastian sehingga merangsang aparat penegak hukum melakukan tindakan patologis.

D. Menggagas Hukum Progresif dan Upaya Penegakan Keadilan

1. *Konsepsi Hukum Progresif*

Hal pertama yang kita pertanyakan adalah apa makna dan konsep hukum progresif itu?. Mengenai pengertian hukum, telah diuraikan secara panjang lebar di depan. Sedangkan kata progresif berasal dari kata *progress* yang berarti kemajuan. Dalam hal ini hendaknya hukum mampu mengikuti perkembangan zaman dengan segala dasar di dalamnya, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia penegak hukum sendiri.¹⁶

Menurut Prof. Satjipto Rahardjo, gagasan hukum progresif pertama-tama didasari oleh keprihatinan terhadap kontribusi rendah ilmu hukum di Indonesia dalam turut mencerdaskan bangsa ini untuk keluar dari krisis, termasuk krisis di bidang hukum tentunya. Hukum progresif melampaui pikiran sesaat dan karena itu memiliki ilmiah tersendiri, artinya ia dapat diproyeksikan dan dibicarakan dalam konteks keilmuan secara universal.¹⁷

Hukum progresif, menurutnya adalah tipe yang selalu gelisah melakukan pencarian dan pembebasan. Pencarian terus dilakukan, kaena memang hakikat ilmu itu adalah mencari kebenaran. Meski harus diakui bahwa kebenaran sejati (ultimate truth) tidak

¹⁶ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2007, hal. ix

¹⁷ Prof. Dr. Satjipto Raharjo, SH, "Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia" dalam Prof. Dr. Qodri Azizy, MA dkk, *Menggagas Hukum Progresif di Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006, hal. 2

akan pernah mampu digenggam. Perbedaan dengan hukum praktis terletak pada bahwa hukum praktis menggunakan paradigma peraturan (*rule*), sedangkan hukum progresif memakai paradigma manusia (*people*). Oleh sebab itu, hukum progresif sangat memperhatikan faktor perilaku (*behavior, experience*). Bagi hukum progresif, hukum adalah untuk manusia, sedangkan hukum praktis manusia lebih untuk hukum.¹⁸

Gagasan Prof. Tjip ini antara lain dilatar belakangi oleh kondisi riil bahwa *pertama*, kondisi hukum Indonesia sebelum reformasi tidak mampu memberikan kepastian sebagaimana yang diharapkan apalagi memberikan keadilan sebagai dambaan masyarakat. Namun, rezim Orde Baru, pada saat itu beranggapan telah melaksanakan pemerintahan atas dasar kepastian hukum yang ada. Terdapat persepsi yang kuat pada rezim Orba, bahwa tanpa mengikuti perkembangan alur perumbuhan hukum modern (madzhab hukum positivistic) Indonesia tidak akan menjadi negara dan bangsa yang modern dan maju. Menyerahkan pertumbuhan hukum pada masyarakat sebagaimana dianut oleh madzhab hukum non-positivistic dengan memberi perhatian *The living law* dianggap sua kemunduran.¹⁹

Kedua, Walaupun reformasi telah berhasil menurunkan rezim Orba, kebebasan politik telah berhasil dihadirkan, pemerintahan atas dasar sistem "*Check and Balance*" dapat diciptakan, otonomi daerah

¹⁸*Ibid*, hal. 9

¹⁹ Firman Muntaqo, "Meretas Jalan Bagi Pembangunan Tipe Hukum Progresif melalui Pemahaman terhadap Peranan Madzhab hukum Positivis dan Non-Positivis dalam Kehidupan Berhukum di Indonesia" dalam Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progresif, Op Cit*, hal. 151

dapat diimplementasikan, dan berbagai instrumen hukum, politik dan kemasyarakatan telah tumbuh, namun ternyata keadilan yang didambakan oleh masyarakat di bumi Nusantara ini ternyata tidak kunjung tiba. *Ketiga*, komersialisasi dan *commodification* hukum makin tahun makin marak. Dalam pemberantasan korupsi misalnya, walaupun berbagai peraturan diubah dan dibuat, berbagai komisi dibentuk, namun hasilnya tetap mengecewakan. Hampir di mana-mana hukum sepatinya tidak mampu mengatasi berbagai persoalan yang dihadapi bangsa Indonesia ini.

Menanggapi ketidak mampuan hukum mengatasi berbagai persoalan hukum pasca reformasi, Prof Tjip menganjurkan kita untuk merumuskan kembali strategi yang akan kita implementasikan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara serta melakukan peninjauan kembali basis teori hukum yang menjadi dasar pembangunan sistem hukum nasional. Beliau menganjurkan kita untuk menolak *status quo*, dan secara progresif melakukan pembebasan yang dirumuskan ke dalam gagasan *Hukum Progresif*, yaitu mengubah secara cepat, melakukan pembalikan yang mendasar dalam teori dan praksis hukum serta melakukan berbagai terobosan.²⁰

Benang merah yang dapat ditarik dari lontaran gagasan mengenai hukum progresif adalah, seyogyanya penegak hukum bahkan kita semua harus berani keluar dari alur tradisi penegakan hukum yang hanya bersandarkan kepada peraturan perundang-undangan *an-sich*. Sebab hukum bukanlah semata-mata ruang

²⁰*Ibid*, hal. 154

hampa yang steril dari konsep-konsep non-hukum. Hukum harus pula dilihat dari perspektif sosial, perilaku yang senyatanya dan dapat diterima oleh dan bagi semua insan yang ada di dalamnya. Meski tak jarang penerimaan itu sendiri tak selalu bermakna sama bagi semua. Hukum progresif adalah salah satu terapi krisis hukum Indonesia saat ini menuju masa depan.

2. Penegakan Hukum sebagai aktualisasi Hukum Progresif

Penegakan hukum dalam arti formal (yang berpedoman secara mutlak pada UU yang resmi berlaku atau tertulis) dapat menimbulkan ketidakadilan karena bisa dimanipulasi. Karena inti dari konsepsi negara hukum itu sebenarnya menegakkan keadilan dan kebenaran. Oleh sebab itu, sebaiknya setiap orang yang berperkara atau menangani perkara memposisikan diri sebagai penegak keadilan dan penegak kebenaran, bukan hanya penegak hukum dalam arti formal. Ini berarti bahwa dalam berperkara itu sebaiknya yang dicari bukan kemenangan, melainkan keadilan dan kebenaran. Untuk mengerti keadilan dan kebenaran, hati nurani di dalam setiap penanganan suatu perkara menjadi sangat penting sebab hati nurani senantiasa berbicara jujur.²¹

Menegakkan *the rule of law* itu memang tidak mudah dan berhadapan dengan sejumlah problem yang sulit disikapi. Tetapi, jika diterima prinsip bahwa hukum itu berfungsi menegakkan keadilan, kebenaran, dan ketertiban di tengah-tengah masyarakat, sikap memilih

²¹Dr. Moh, Mahfud MD, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, Yogyakarta: Gama Media, 1999: 152

menegakkan keadilan memang harus lebih diutamakan daripada menegakkan hukum. Seringkali seseorang menang berperkara atau hakim memutuskan suatu perkara berdasarkan dalil-dalil hukum yang formal, tetapi kenyataannya menusuk rasa keadilan. Oleh sebab itu, penegakan keadilan harus didahulukan daripada penegakan hukum sehingga jika ada hukum yang secara resmi berlaku tetapi memuat ketidakadilan, hukum harus dikesampingkan

Hukum itu bukan hanya bangunan peraturan, melainkan juga bangunan ide, kultur dan cita-cita. Sering orang menyingkat hukum modern sebagai *rule of law* saja dan tidak melihatnya juga sebagai *rule of morality*. Hukum itu lalu hanya dilihat sebagai peraturan, prosedur, yang kesemuanya mempunyai konotasi netral. Orang mengabaikan atau melupakan bahwa di belakang semua struktur formal tersebut terdapat suatu nilai dan gagasan tertentu, sehingga menjadi partikular. Sehingga sistem hukum modern, sebenarnya, menjadi tidak netral.²²

Sejak hukum modern memberi peluang besar terhadap berperannya faktor prosedur, atau formalitas, atau tata cara dalam proses hukum, perburuan terhadap keadilan menjadi sangat rumit. Hukum modern memiliki berbagai kelebihan dibanding dengan hukum tradisional, tetapi keunggulannya juga terbatas. Salah satu keterbatasannya adalah keterkaitannya yang kuat kepada prosedur serta format-format tersebut. Dalam konteks arsitektur yang demikian itu, maka **keadilan** menjadi susah didapat

²² Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, SH, *Sisi-sisi lain Hukum di Indonesia*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2006, hal. 22

disebabkan hukum modern telah menjadi karya teknologi belaka. Sebagai teknonologi, maka prestasi dan kinerja hukum akan banyak ditentukan oleh manusia yang mengoperasikan teknologi itu. Di sinilah letak tragedi hukum modern. Ketika masyarakat mendambakan kehadirannya sebagai lembaga yang memberikan keadilan, masyarakat ternyata lebih banyak disuguhi operator-operator hukum yang sibuk saja.

Tidak dipungkiri lagi bahwa hukum dapat berfungsi sebagai rekayasa sosial, namun harus tetap diwaspadai. Sebab, dewasa ini kata rekayasa mempunyai makna “kepentingan”, terutama kepentingan penguasa. Tidak jarang, hukum dipakai sebagai instrumen kekuasaan, padahal hukum secara historis bernuansa membela yang lemah dan terpinggirkan. Pada masa-masa kekuasaan Orde Baru terlihat jelas bagaimana hukum dijadikan sebagai sarana rekayasa penguasa. Dalam hal ini jelas hukum sudah keluar dari misi utamanya sebagai sarana keadilan. Tulisan Nonet dan Selznick (1978: 29-32) telah memperlihatkan dengan jelas bagaimana hukum “*in action*” tidak selalu sejalan dengan yang ditulis dalam teks, bahkan ada kecenderungan ke arah inkonsistensi. Padahal, mestinya hukum diposisikan sebagai sistem norma yang merefleksikan nilai-nilai yang ingin dikejar melalui hukum yakni keadilan. Sebab, keadilan adalah tujuan dan hukum adalah jalan menuju kepada keadilan.²³

²³Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, SH, *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, *Op Cit*, hal. xiv-xv

Dalam sistem hukum di mana pun di dunia, keadilan selalu menjadi objek perburuan, khususnya melalui lembaga pengadilan. Dari pengamatan terhadap sistem hukum di dunia hampir tidak ada negara yang benar-benar telah puas dengan sistem hukum yang digunakannya. Oleh karena itu, perombakan, pembaharuan atau reformasi hukum terjadi dari waktu ke waktu di berbagai Negara, termasuk Amerika Serikat (AS) yang sering dianggap “jago” dalam hal hukum. Hal ini dilakukan karena negara yang bersangkutan merasa ada yang kurang benar pada sistem yang dipakainya untuk berburu keadilan tersebut.

Di Amerika Serikat ketidakpuasan tersebut antara lain dirumuskan dalam berbagai ungkapan, seperti *the collapse of the American criminal justice system* (ambruknya sistem peradilan pidana Amerika) dan *the expensive failure of the American criminal trials* (kegagalan yang mahal dari pengadilan pidana AS). Sistem atau penyelenggaraan hukum di Indonesia dewasa ini juga mengalami suasana keambrokan. Hal yang paling sering disoroti adalah kinerja pengadilan atau sistem peradilan yang jauh dari memuaskan, tetapi sebetulnya, fokus keambrokan itu terjadi tidak hanya di pengadilan tetapi lebih luas daripada itu.²⁴

Kerusakan dan kemerosotan dalam perburuan keadilan melalui hukum modern disebabkan, antara lain, permainan prosedur yang menyebabkan timbul pertanyaan “apakah pengadilan itu tempat mencari keadilan atau kemenangan?”. Sejak hukum modern memberi peluang besar terhadap berperannya faktor prosedur, atau formalitas, atau tata cara dalam proses

²⁴Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Op Cit, hal. 270-271

hukum, perburuan terhadap keadilan menjadi sangat rumit. Dalam hal ini, kita dapat mengaca pada kasus Akbar Tanjung di Indonesia dan OJ Simpson (1993) di Amerika.²⁵

Itu semua bisa terjadi oleh karena adanya keleluasaan besar untuk "bermain-main" dengan prosedur. Para pembela Simpson tidak berusaha membuktikan ketidaksalahan Simpson, melainkan menyoroti prosedur penanganan kasusnya. Barangkali mereka tahu bahwa Simpson sebetulnya memang melakukan pembunuhan yang didakwakan dan oleh karena itu yang dipersoalkan adalah prosedur penanganannya. Proses pengadilan di Negara tersebut sangat sarat dengan prosedur (*heavily proceduralized*). Menjalankan prosedur dengan baik ditempatkan di atas segala-galanya, bahkan di atas ketepatan penanganan substansi (*accuracy of substance*). Sistem seperti memancing terjadinya *trial without truth* (mengadili yang tidak menghasilkan kebenaran).

Dalam kasus yang demikian pengadilan sangat dibebani keharusan mengunggulkan prosedur di atas keadilan dan kebenaran. Padahal yang ideal adalah yang perlu mendapat perhatian khusus adalah keadilan substantif bukan keadilan yang menekankan pada prosedur. Mempraktekkan keadilan yang sarat dengan prosedur seperti di AS menjadi terlalu mahal bagi Indonesia, baik dalam bilangan materi maupun kegagalan memberikan keadilan. Negara Hukum Indonesia hendaknya menjadi negara yang

²⁵Ada yang berpendapat bahwa andaikata OJ Simpson diadili di Inggris, ia tidak akan makan waktu begitu lama dan hasilnya mungkin Simpson akan dinyatakan bersalah.

membahagiakan rakyatnya dan untuk itu dipilihlah konsep keadilan yang progresif, yang tidak lain adalah keadilan keadilan substantif.

3. Budaya Hukum dalam Konteks Penegakan Hukum di Indonesia

Hukum dan undang-undang itu tidak berdiri sendiri. Ia tidak sepenuhnya otonom dan punya otoritas absolut. Apabila kita menyoroti kehidupan hukum suatu bangsa hanya dengan menggunakan tolok ukur undang-undang maka biasanya hasil yang kita peroleh tidaklah memuaskan. Maksudnya, kita tidak dapat memperoleh gambaran tentang keadaan hukum yang sebenarnya hanya dengan membaca peraturan perundang-undangan saja. Diperlukan potret kenyataan hukum yang hanya dapat dilihat melalui perilaku hukum sehari-hari. Perilaku dan hukum suatu bangsa terlalu besar untuk hanya dimasukkan ke dalam pasal-pasal undang-undang begitu saja. Dalam kenyataannya, gambar mengenai gambar hukum tampil melalui perilaku hukum, bukan pasal undang-undang.

Budaya hukum suatu bangsa ditentukan oleh nilai-nilai tertentu yang menjadi acuan dalam mempraktikkan hukum. Problema yang dihadapi oleh bangsa-bangsa di luar Eropa adalah bahwa nilai-nilai yang ada dalam hukum yang mereka pakai, yakni hukum modern, tidak persis sama dengan yang ada dalam masyarakat. Perilaku substantif mereka diresapi dan dituntun oleh sistem nilai yang berbeda. Bangsa-bangsa Korea, Jepang, Indonesia dan beberapa bangsa lainnya mengalami hal yang sama. Pada bangsa-bangsa tersebut kehidupannya berputar pada sumbu nilai-nilai

kolektif dan komunal, sedang hukum modern bertumpu pada individualisme.²⁶

Pengamatan terhadap pemahaman dan perilaku hukum bangsa kita masih menunjukkan bahwa ukuran-ukuran yang dipakai untuk mengevaluasi dan menghakimi kehidupan hukum kita adalah ukuran yang mutlak, *flat*, kaku, dan hitam putih. Dari segi normatif mungkin merupakan hal yang lumrah dan benar, api setidaknya dari perspektif sosiologis, penggunaan ukuran yang demikian itu masih dapat diperdebatkan. Pada dasarnya, hukum bukan hanya barang di atas kertas, melainkan yang dipraktekkan dan dalam konteks itu hukum selalu mengalami ujian dalam kehidupan sehari-hari. Sosiologi hukum yang melihat dan mendiskusikan serta mencoba menjelaskan kenyataan tersebut memahami kehidupan dan dunia hukum sebagai sesuatu yang kompleks dan tidak semudah hiam putihnya undang-undang. Sosiologi yang berusaha untuk menerima dan mengamati realitas sehari-hari secara lebih penuh melihat bagaimana hukum dijabarkan ke dalam perilaku manusia. Perspektif yang sama juga dipakai untuk mengamati interaksi hukum dengan lingkungan sosial yang lebih besar.²⁷

Penegakan hukum tidak berlangsung dalam suasana vakum atau kekosongan sosial. Yang dimaksud kekosongan sosial ialah tiadanya proses-proses di luar hukum yang secara bersamaan berlangsung dalam masyarakat. Proses-proses tersebut antara lain berupa ekonomi dan politik. Penegakan hukum berlangsung di

²⁶Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, SH, *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, *Op Cit*, hal. 96

²⁷*Ibid*, hal. 179

tengah-tengah berjalannya proses-proses tersebut. Ini berarti, dengan dikeluarkannya undang-undang, misalnya maka tidak serta merta lalu segalanya menjadi sama persis seperti dikehendaki oleh undang-undang tersebut.

Hubungan kompetitif, tarik menarik dan dorong-mendorong antara hukum dan bidang serta proses lain di luarnya tetap terjadi. Undang-undang dasar kita dengan arif dan halus mengutarakan realitas tersebut dengan kata-kata, "Negara Indonesia berdasar hukum, tidak berdasarkan kekuasaan belaka". Hal ini mengandung pengakuan bahwa hukum senantiasa berada bersama dan bekerja berdampingan dengan kekuatan dan kekuasaan lain dalam masyarakat.

Di Dunia ini hampir tidak ada hukum yang bekerja dalam lingkungan yang sama sekali tertib. Mungkin hanya satu-dua negeri saja di dunia ini yang mendekati ketertiban "sempurna" tersebut, seperti Swiss dan Jepang. Selainnya hukum harus bekerja dalam suasana tidak tertib.²⁸

Namun, bagaimanapun juga hukum dan ketidaktertiban tidak saling meniadakan begitu saja melainkan harus diakui bahwa masyarakat itu senantiasa menerima suatu *margin of tolerance* dalam penegakan hukum. Artinya, penegakan hukum "berkompromi" dengan keadaan tidak tertib di masyarakat. Ini berarti bahwa dalam keadaan tidak tertib hukum juga tetap dapat bekerja.

Keadaan di Indonesia juga tidak merupakan kekecualian. Di negeri kita ini perang erus menerus terjadi dalam berbagai bidang seperti lalu lintas,

²⁸*Ibid*, hal. 180

lingkungan hidup, pengadilan dan bidang-bidang lainnya. Keadaan demikian tidak jarang menimbulkan kesan, bahwa hukum itu munafiq dan Cuma mitos belaka.hukum itu Cuma bagus untuk dituliskan, tetapi prakteknya lain.

Dilihat dari kaca mata sosiologis masalahnya adalah tidak sesederhaa itu.Pandangan ini menerima kenyataan bahwa dalam masyarakat hukum itu hadir idak hanya “untuk dapat dipatuhi”, tetapi juga “untuk dapat dilanggar”.Oleh sebab itulah, ada sanksi pidana, ada polisi dan ada penjara.Ini artinya, hukum itu harus berjuang keras dri segalanya tidak ertib mnjadi tertib, begitu suatu undang-undang dikeluarkan.

4. Dekonstruksi Pemahaman terhadap Hukum dan Undang-undang

Pelajaran hidup bernegara hukum selama berpuluh tahun adalah terlalu mahal untuk tidak membuat kita menjadi berani melakukan pemikiran ulang terhadap cara-cara kita memahami hukum, undang-undang, dan negara hukum.*Kredo* yang berbunyi: *kita tidak boleh menjadi tawanan undang-undang* harus kita jadikan intisari dari esensi dalam melakukan dekonstruksi terhadap cara-cara kita berpikir mengenai hukum yang meliputi aspek kognitif dan afektif. Sedangkan Landasan filosofis yang dijadikan rujukan adalah *hukum itu utuk manusia dan tidak sebaliknya*.²⁹

Dengan memilih bernegara hukum pada tahun 1945, kehidupan kebanyakan rakyat ternyata tidak

²⁹ Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, SH, *Sisi-sisi lain dari Hukum di Indonesia*, Jakarta: Penerbit Kompas, 2006, hal. 120

menjadi lebih sejahtera dan berkeadilan. Ini berarti ada indikasi yang menunjukkan bahwa tidak adanya hubungan logis dan kausal antara negara hukum dan masyarakat yang sejahtera dan berkeadilan. Sebagian dari masyarakat memang mengalami kesejahteraan yang sangat meningkat, tetapi tidak keseluruhan rakyat, bahkan hukum belum memberikan sumbangan ke arah itu. Dalam kenyataannya, alih-alih menjadi kendaraan untuk membangun Indonesia yang modern dan sejahtera, hukum malah menjadi beban tersendiri dalam menuju masyarakat yang berkeadilan dan berkemakmuran,

Kita tentunya harus menyadari bahwa hukum itu bukan semata-mata peraturan atau undang-undang, tetapi lebih daripada itu, yakni: pelaku. Dalam prakteknya, kesejahteraan dan keadilan tidak begitu aja datang secara otomatis hanya karena telah memilih bernegara hukum, tetapi harus diusahakan dan itulah hakekat makna perilaku tersebut. Berbicara mengenai perilaku, mau tidak mau kita harus memasuki kawasan yang sebut manusia; manusia hakim, manusia jaksa, manusia birokrat, dan manusia warga negara.

Hakim, jaksa, dan siapa saja dapat dengan penuh kejujuran dan determinasi berkehendak memberikan keadilan kepada masyarakat. Akan tetapi, dapat juga berbuat sebaliknya yang kelihatannya siuk menerapkan hukum, tetapi sebetulnya melakukan *cover up*. Dan anehnya keduanya mengaku berdasarkan hukum.

Jadi, dengan legalitas hukum yang sama, dapat muncul hasil yang berbeda, yang disebabkan oleh perilaku yang berbeda. Dekonstruksi pemahaman bahwa hukum itu bukan peraturan semata melainkan

dan terutama adalah perilaku, diharapkan akan mampu mendatangkan perubahan besar dalam mengusahakan hukum positif dan produktif dari hukum dan negara hukum. Dalam rangka membangun negara hukum, kita tidak dapat hanya berkonsentrasi pada perundang-undangan, melainkan lebih dari pada itu pada perilaku, pada manusia-manusia dalam hukum.

Dari dekontruksi tersebut, muncul hubungan yang spesifik antara undang-undang di satu pihak dan manusia yang mengoperasikannya di pihak lain. Artinya bahwa undang-undang tidak berisi petunjuk absolut yang tinggal dioperasikan oleh manusia, melainkan ia memuat semacam ruang kebebasan yang tidak kecil. Melalui perilaku inilah inilah pengoperasian undang-undang tidak dijadikan medan di mana manusia menjadi "tawanan" undang-undang. Inilah yang menjadi esensi dari *Holmesian Dictum* yang terkenal: *The life of the law has not been logic, but experience*.³⁰ Logika hukum yang terlalu jauh akan menjadikan hakim sebagai tawanan undang-undang.

Dalam rangka menjadikan hukum itu sesuatu yang mensejahterakan dan mengadilkan bangsa ini, di mana kita tidak ingin menjadi tawanan undang-undang, Dan, demi pembangunan Indonesia yang modern, sejahtera, dan berkeadilan, kita memerlukan hakim-hakim, jaksa-jaksa, para advokat dan para akademisi hukum yang memiliki mental juang yang tangguh dalam menyadari rangka membebaskan hukum dari tawanan undang-undang untuk menggapai keadilan dan kebenaran yang hakiki dan seutuhnya.

³⁰*Ibid*, hal. 122

DAFTAR PUSTAKA

- A. Qodri Azizy, Dr, M.A, *Eklekisme Hukum Nasional*, Yogyakarta: Gama Media, 2002
- A. Qodri Azizy, Prof. Dr. MA dkk, *Menggagas Hukum Progresif di Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006
- Anthon Freddy Susanto, SH, MH, *Semiotika Hukum dari Dekonstruksi Teks Menuju Progresivitas Makna*, Bandung: Refika Aditama, 2005
- Anton Tabah, *Polri dan penegakan hukum di Indonesia*, Majalah UNISIA No. 22 tahun xiv, 1994
- Bambang Sutiyoso, SH, M.Hum, *Aktualita Hukum dalam Era Reformasi*, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2004
- Edmon makarim, *Kompilasi Hukum Telematika*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2003
- H. Hilman Hadikusuma, Prof., SH, *Pengantar Antropologi Hukum*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2004
- H.L. A. Hart, *The Concept of Law*, New York: Oxford University Press, 1997
- Jimly Asshiddiqie Prof. Dr., *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar Dmokrasi: Serpihan Pemikiran hukum, Media dan Ham*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006
- Khudzaifah Dimyati, *Teorisasi Hukum: Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia*, Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2004
- Moh, Mahfud MDDr., SH, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, Yogyakarta: Gama Media, 1999
- Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum*, Jakarta: Bulan Bintang, 1992

- Philippe Nonet-Philip Selznick, *Law and Society in transition: Toward Responsive law*, Penerjemah Raisul Muttaqien, *Hukum Responsif*, Jakarta: Nusa Media, 2007
- Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, edisi Revisi, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2004
- Satjipto Rahardjo, *Sisi-sisi lain Hukum di Indonesia*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2006
- Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006
- Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2007
- Soejono Soekanto, *Faktor-faktor yang mempengaruhi Penegakan hukum*, Jakarta: Rajawali, 1983
- Soejono Soekanto, *Pengantar penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press, 1986
- Sudikno Mertokusumo, Prof. Dr., SH, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, edisi kelima Yogyakarta: Liberty Yogyakarta, 2005
- Teguh Prasetyo, Dr. SH, M.Si dan Dr Abdullah Halim Barkatullah, S.Ag, SH, M.Hum, *Ilmu Hkum dan Filsafat Hukum; Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007

EKSISTENSI TRANSENDENSI MORAL HUKUM ALAM DALAM HUKUM PROGRESIF

Novita Dewi Masyithoh³¹

A. Pendahuluan

Moral adalah satu kata yang seringkali dianggap sepele bahkan tidak punya nilai dan makna yang berarti dalam kancah struktur hukum di Indonesia. Pembuat hukum sampai dengan penegak hukum adalah hamba hukum yang perjuangannya membela kebenaran dan keadilan, namun pada kenyataannya seringkali di tangan merekalah hukum menjadi berwarna dan ketika sampai ke masyarakat ditanggapi secara berbeda. Hukum bukanlah sebuah buku yang hanya berisikan tulisan tanpa makna, bahkan penegakan hukum tidak hanya membutuhkan *rule of law* saja, tetapi lebih kepada *rule of man*, karena hukum dibuat oleh manusia, ditegakkan oleh manusia dan hukum untuk mengatur manusia. Oleh karena itu,

³¹ Dosen Jurusan Ahwal Al-Syakhsiyyah Fakultas Syari'ah IAIN Walisongo Semarang

moral menjadi sangat penting karena menjadi dasar *rule of man*. Hukum progresif adalah pencerahan pemikiran dan merupakan koreksi terhadap sisi negative dari hukum modern yang sangat terstruktural, tersistematis dan birokratis. Dimensi moral menjadi sangat penting dalam hukum progresif yang dapat mengarahkan hukum sebagai suatu institusi yang bertujuan mengantarkan masyarakat pada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.

Berangkat dari rasa keprihatinan terhadap pandangan masyarakat tentang hukum yang seringkali dicerca, diremehkan bahkan dihujat, karena penilaian masyarakat terhadap hukum justru berasal dari tangan-tangan pembuat dan penegak hukum yang melaksanakan *law enforcement*. Banyak anggapan masyarakat yang menilai hukum merupakan produk kekuasaan yang melegitimasi kekuasaannya, banyak undang-undang pesanan, hukum membela yang bayar, hukum bisa dibeli, dan masih banyak lagi.

Hukum modern merupakan hukum yang penuh dengan formalism, terstruktur, organis, sistematis, dan penuh dengan birokrasi, sehingga hal-hal di luar itu menjadi tidak penting. Akar dari hukum, basis dari hukum, yaitu masyarakat tidak lagi menjadi bahan utama pembuatan hukum, karena kepentingan lebih mendominasi. Dogmatisasi dan positivisme hukum adalah yang paling utama dan mempunyai kekuatan sentral dalam mengatur masyarakat. Itulah sebabnya, kelanggengan dan akumulasi positivism tidak dapat terganggu gugat. Namun, pada realitas masyarakat yang terus menerus mengalami pergerakan dan

perkembangan, tuntutan akan aturan yang mampu menyesuaikan dengan kebutuhan masyarakat menjadi batu sandungan bagi eksistensi positivisme, sampai akhirnya terjadi anomalies, karena banyak permasalahan-permasalahan di masyarakat yang tidak mampu dijawab dan diselesaikan dengan formalism hukum modern yang ada saat ini. Hukum modern yang ada justru menjadi boomerang bagi kelangsungan hidup bermasyarakat dan bernegara karena semakin lama masyarakat justru resisten terhadap hukum sendiri.

Satjipto Rahardjo, Begawan Ilmu Hukum Indonesia menawarkan suatu revolusi paradigma dalam memandang hukum dan memberikan pencerahan bagi dunia keilmuan hukum untuk melihat hukum sebagai sebuah proses yang tidak final dan tidak akan ada akhirnya, selama ilmu dipelajari dan hukum dibutuhkan oleh mengatur masyarakat. Sebuah teori hukum baru yang pro rakyat, pro keadilan dan kebenaran dan lebih dari itu hukum untuk memanusiakan manusia. Hukum progresif, memberikan ruang yang luas bagi pemahaman hukum, karena meletakkan hukum pada basisnya, yaitu masyarakat dan meletakkan ilmu hukum pada filsafat ilmunya untuk memberikan kebijaksanaan, kemaslahatan dan pencerahan, agar tidak terbelenggu pada doktrinasi, dogmatisasi, dan positivisme.

Dalam makalah ini, penulis berusaha merekonstruksi kembali pemahaman moral yang bersifat transenden dan menjadi satu kesatuan kodrati dengan manusia yang dijadikan salah satu landasan/dasar dalam memahami hukum progresif.

B. Hukum Dan Kekuasaan

Manusia adalah makhluk ciptaan Tuhan yang memiliki transendensi dengan penciptanya. Semua tatanan yang ada di dunia dan dibuat oleh manusia dalam kehidupannya bermasyarakat adalah hasil tatanan ketuhanan yang terbaca oleh akal keilahian manusia. Menurut Thomas Aquinas, ada empat macam hukum yang berlaku, yaitu *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex divina* dan *lex humana*.³²

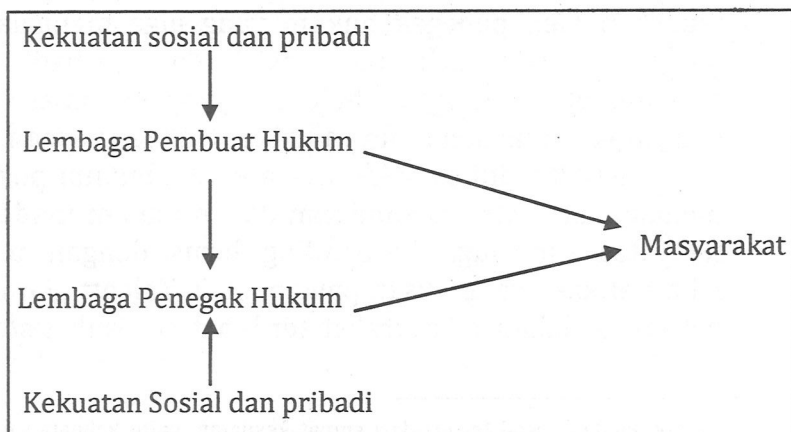
Lex Aeterna adalah akal keilahian yang dapat memberikan tuntunan terhadap semua perbuatan manusia di alam semesta. Manusia dikaruniai akal pikiran oleh Tuhan agar mampu membaca semua gejala-gejala alam dan akibatnya, termasuk *sunnatullah*. Namun, tidak semua manusia dapat menggunakan akal pikirannya untuk menangkap semua akal keilahian dari Tuhan. Ada kemampuan yang berbeda antar manusia satu dengan manusia yang lainnya karena kemampuan akal dan pikirannya.

Apa yang bisa ditangkap oleh akal keilahian ini yang disebut dengan *Lex Naturalis*. *Lex naturalis* adalah apa yang ada di alam semesta yang dapat dipelajari oleh manusia dengan akal keilahian yang dimilikinya. Sedangkan *lex divina* adalah petunjuk-petunjuk yang terdapat dalam kitab suci yang dapat dipelajari oleh manusia secara tekstual dan kontekstual. *Lex humana* adalah kemampuan dari *lex aeterna* yang bersumber dari *lex naturalis* dan *lex divina* yang dilembagakan dalam bentuk aturan-aturan yang dibuat oleh manusia.

³²Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bhakti, 2006, hal. 264-266.

Akal adalah sumber utama dari hukum yang bersumber dari Tuhan. Transendensi manusia dan Tuhan dalam berhukum terletak di sini. Bahwa hukum yang dibuat oleh kemampuan akal manusia dari *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex divina* dan *lex humane* adalah berasal dari Tuhan. Oleh karena itu, pada dasarnya hukum dapat bersifat adil dan dilaksanakan berdasarkan landasan moralitas yang dimiliki oleh manusia karena *lex aeterna* yang dimiliki oleh manusia. Demikian halnya dengan kekuasaan yang seringkali mengintervensi keberlakuan hukum, khususnya dalam hal penegakan hukumnya.

Menurut Chambliss dan Seidman, terdapat hubungan yang sangat erat antara hukum dan kekuasaan (Lihat Bagan)³³



³³*ibid*, hal.20

Berdasarkan bagan di atas, tampak adanya kekuatan sosial³⁴ dan pribadi yang terdapat di masyarakat yang keberadaannya menekan lembaga pembuat hukum secara langsung sebagai lembaga yang membuat hukum dan secara tidak langsung menekan lembaga penegak hukum, sedangkan lembaga penegak hukum juga mengalami tekanan secara langsung dari kekuatan sosial dan pribadi. Lembaga pembuat hukum bekerja dengan membuat peraturan yang ditujukan untuk mengatur masyarakat, demikian pula dengan lembaga penegak hukum yang bekerja untuk melakukan *law enforcement* untuk ditegakkan di masyarakat. Masyarakat adalah tujuan akhir dari bekerjanya hukum. Jadi dapat dikatakan bahwa hukum yang dibuat oleh pembuat hukum yang sudah mengalami tekanan dari kekuatan sosial dan pribadi ditegakkan oleh penegak hukum yang juga mengalami tekanan dari kekuatan sosial dan pribadi ke masyarakat, sehingga hukum yang sampai ke masyarakat adalah hukum yang bercorak kekuasaan.

Realitas ini semakin nyata ketika hukum positif menjadi satu-satunya sandaran dalam hukum modern. Kenyataan ini juga berbanding lurus dengan teori Sibernetika³⁵ yang disampaikan oleh Talcott Parson, bahwa di dalam masyarakat terdapat sub-sub sistem,

³⁴Kekuatan sosial terdiri dari empat kekuatan, yaitu kekuatan uang, kekuatan politik, kekuatan massa dan kekuatan Ilmu Pengetahuan dan Teknologi (IPTEK). Zainuddin Ali, *Sosiologi Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2006, hal. 33.

³⁵ Konsep siberetik ini pertama kali disampaikan oleh Norbert Wiener pada tahun 1947 untuk memberikan nama pada proses kontrol otomatis. Berasal dari kata Yunani *kybernetike*, yang berarti seni keahlian untuk mengarahkan. Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, hal. 136.

yang terdiri dari sub sistem budaya dengan fungsi primernya mempertahankan pola, sub sistem sosial dengan fungsi primernya integrasi, sub sistem politik dengan fungsi primernya mengejar tujuan dan sub sistem ekonomi dengan fungsi primernya adaptasi. Sub-sub sistem dalam masyarakat tersebut berlangsung melalui proses arus informasi dan arus energi. Arus energi yang terkuat adalah sub sistem ekonomi mengarah ke sub sistem politik, sosial dan arus energi terlemah adalah sub sistem budaya. Sebaliknya, arus informasi terkuat adalah sub sistem budaya, mengarah ke sub sistem sosial, politik dan arus informasi terlemah adalah sub sistem ekonomi. Di mana letak hukum? Hukum terletak di antara sub sistem budaya dan sosial, karena hukum pada dasarnya membentuk pola di dalam masyarakat. Oleh karena itu hukum memiliki arus energi yang sangat lemah di bandingkan politik dan ekonomi. Itulah sebabnya, mengapa hukum apabila dihadapkan dengan politik dan ekonomi selalu kalah dan mudah dipengaruhi, karena arus energinya lemah. Kekuatan hukum terletak pada pembentukan pola pikir dan pola perilaku di masyarakat sebagaimana yang dikehendaki.³⁶

Berdasarkan kedua teori ini, kekuasaan sangat berpotensi untuk mengintervensi hukum, baik dalam proses legislasi maupun *law enforcement*. Proses legislasi digawangi oleh para pembuat hukum, demikian juga dalam proses penegakan hukum, yang terdiri dari hamba hukum yang secera teoritis sangat memahami tugas dan pekerjaannya. Kemungkinan terjadinya penyelewengan dan penyalahgunaan sangat

³⁶*Ibid.*, hal. 137.

besar, karena hukum tidak memiliki arus energi yang kuat dan dapat ditekan oleh kekuatan sosial dan pribadi. Oleh karena itulah, prinsip-prinsip *rule of man* sangat penting sebagai fondasi pembuatan dan penegakan hukum.

C. Transendensi Moral Hukum Alam

Hukum alam menyatakan suatu idealisme moral. Hukum yang sesungguhnya adalah akal yang benar yang sesuai dengan akal. Dalam anggapan hukum alam, yang bisa menciptakan sejumlah besar peraturan yang dialirkan dari beberapa asas yang absolut yang lazim dikenal dengan hak-hak asasi manusia.³⁷ Hukum alam dibagi menjadi dua, yaitu hukum alam irasional dan hukum alam rasional. Hukum alam irasional menyatakan bahwa hukum yang berlaku secara universal dan abadi itu sumbernya berasal dari Tuhan secara langsung.³⁸ Sedangkan hukum alam rasional menyatakan bahwa sumber hukum yang universal dan abadi adalah rasio/akal manusia.³⁹ Pandangan ini muncul setelah Renaissance (masa di mana rasio manusia dipandang lepas dari tertib ketuhanan) menyatakan bahwa hukum alam muncul dari pikiran manusia sendiri tentang apa yang baik dan apa yang

³⁷*Ibid.*, hal. 260.

³⁸ Aliran hukum alam irasional ini diikuti oleh beberapa filsuf, yaitu Thomas Aquinas, John Salisbury, Dante Alighieri, Pierre Dubois, Marsilius Padua, William Occam, John Wycliffe dan Johannes Huss.

³⁹ Aliran hukum alam rasional didukung oleh Hugo de Groot (Grotius), Christian Thomasius, Immanuel Kant dan Samuel von Pufendorf.

buruk, yang penilaiannya terletak pada kesusilaan (moral) alam.⁴⁰

Thomas Aquinas dikategorikan sebagai pengikut hukum alam irasional, walaupun dalam tesisnya menyatakan bahwa ia mengakui adanya kebenaran wahyu juga kebenaran akal. Tesisnya ini didasarkan pada kenyataan bahwa terdapat beberapa pengetahuan manusia yang diperoleh oleh akal namun tidak dapat ditembus oleh akal (keterbatasan akal yang dimiliki oleh manusia).⁴¹ Pemikiran Thomas Aquinas tentang hukum adalah :

Sejak dunia diatur oleh ketentuan-ketentuan yang ditetapkan oleh Tuhan, seluruh masyarakat di alam semesta diatur oleh akal yang berasal dari Tuhan. Hukum Tuhan berada di atas segala-galanya. Namun demikian, tidak semua hukum Tuhan dapat diperoleh manusia. Manusia diciptakan oleh Tuhan sebagai makhluk yang dilengkapi oleh akal, sehingga manusia dapat membedakan yang baik dan buruk.⁴²

Pernyataan Thomas Aquinas tentang hukum alam meletakkan moral sebagai satu kesatuan kodrati yang dimiliki manusia karena kelebihan akal yang diberikan oleh Tuhan untuk mengerti dan memahami tentang hukum Tuhan, walaupun ada keterbatasan akal manusia untuk mengerti dan memahami hukum Tuhan.

⁴⁰ Darji Darmodiharjo dan Sidharta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2006, hal. 104.

⁴¹*Ibid.*, hal. 105.

⁴² L.M. Friedman, *American Law*, New York: WW Norton & Co, 1990, hal.

Berbeda dengan Thomas Aquinas, Hugo de Groot (Grotius) menyatakan bahwa sumber hukum adalah rasio manusia, karena manusia diciptakan berbeda dengan makhluk yang lain karena akal yang dimilikinya. Hukum alam ini hadir sesuai dengan kodrat manusia yang tidak dapat diganggu gugat.⁴³ Pernyataan yang sama juga disampaikan oleh Samuel von Pufendorf dan Christian Thomasius, bahwa hukum alam adalah aturan yang berasal dari akal pikiran yang murni, sehingga unsur naluriah manusia yang lebih berperan.⁴⁴

Immanuel Kant, menyatakan tentang konsep moral, bahwa persoalan moral harus sama sekali lepas dan tidak ada hubungannya dengan lingkungan, kebiasaan dan segala hal yang bersifat empirik. Moral adalah hal yang sangat mutlak dan didasarkan oleh nilai-nilai yang mutlak sehingga tidak dapat diganggu gugat.⁴⁵ Kebangkitan hukum alam pun juga menyatakan hal yang sama, walaupun terdapat perbedaan. Hukum alam yang sebelumnya menganut absolutism dari hukum Tuhan, sedangkan kebangkitan hukum alam menganut relativitas, namun keduanya didasari oleh keinginan untuk menyatakan suatu idealism moral.⁴⁶

Kedudukan moral di dalam hukum kembali hadir pada masa Postmodernisme (postpositivisme)⁴⁷

⁴³ Darji Darmodiharjo dan Sidharta, *Op.Cit.*, hal. 110-111.

⁴⁴ *Ibid.*, hal. 111-112.

⁴⁵ Frans Magnis Suseno, *13 Tokoh Etika Sejak Zaman Yunani sampai Abad ke-19*, Yogyakarta: Kanisius, 1997, hal. 126.

⁴⁶ Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, hal. 262.

⁴⁷ Postpositivisme lahir pada tahun 1970-1980an sebagai kritik terhadap positivisme logis. Secara ontologis, aliran ini bersifat *critical realism*, yang memandang bahwa realitas senyatanya sesuai dengan hukum alam. Pemikiran aliran ini banyak dipengaruhi oleh Neil Bohr, Werner Heisenberg dan Einstein.

yang kehadirannya jauh dari hukum alam sebagai reaksi dari *analytical jurisprudence*. Postpositivisme menekankan keterkaitan antara wilayah empirik dan moral dan telah melahirkan pandangan bahwa hukum tidak dimaknai sebagai realitas sosial yang empirik *an sich*, tetapi hukum juga dimaknai sebagai realitas metafisik yang tidak dapat dijangkau oleh indera. Berdasarkan pemahaman ini, hukum dimaknai tidak saja sebagai fenomena sosial tetapi juga fenomena rohani.⁴⁸ Para teolog dan filsuf pada masa itu telah mencurahkan pemikiran *transcendental* untuk mengesahkan dan menunjukkan tentang kebenaran moral dan menyatakan bahwa hukum alam terdiri dari prinsip-prinsip moral yang sangat kebal terhadap keragu-raguan, karena merupakan kehendak Tuhan.⁴⁹

Moral sebagai bentuk manifestasi akal yang diberikan oleh Tuhan berbeda dengan kedudukan akal/rasio dalam aliran *positivism*, karena *positivism* memisahkan secara tegas antara hukum dan moral. *Reine Rechtslehre* dari Hans Kelsen menyatakan bahwa, hukum adalah susunan logis dari peraturan-peraturan yang berlaku pada satu tempat tertentu dan ilmu hukum adalah ilmu pengetahuan tentang peraturan-peraturan itu. *Positivisme* adalah salah satu aliran dalam filsafat (teori) hukum yang beranggapan, bahwa teori hukum itu hanya bersangkutan paut dengan hukum positif saja. Ilmu hukum tidak membahas apakah hukum

Yesmil Anwar dan Adang, *Pengantar Sosiologi Hukum*, Jakarta: Gramedia Widiasarana Indonesia, 2008, hal. 54-55.

⁴⁸Costaz Douzinas. et. al., *Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in The Texts of Law* Routledge: London, 1991, hal. 28.

⁴⁹Anton F. Susanto, *Hukum Dari Consilience Menuju Paradigma Hukum Konstruktif Transgresif*, Bandung: Refika Aditama, 2007, hal. 69.

positif itu baik atau buruk, dan tidak pula membahas soal efektivitasnya hukum dalam masyarakat.⁵⁰ Fokus perhatian hukum semata-mata pada bentuk, bukan pada isi, sehingga hukum tetaplah sah walaupun tidak adil dan tidak mengandung nilai-nilai moralitas. Tokoh-tokoh teoretisi positivisme lain, seperti John Austin dan H.L.A.Hart, mereka menjadikan tugas ilmiahnya sebagai pemberi legitimasi terhadap hukum positif, dan mencoba membangun suatu teori mendasar, dimulai dari hakikat peraturan hukum dan membedakan serta memisahkannya dengan moral, etika, kesusilaan, agama maupun norma-norma kehidupan lain.⁵¹

Sejak adanya dominasi positivisme, dan seiring dengan kehidupan bernegara, berbangsa dan bermasyarakat pada era modern yang ditata dengan hukum positif, maka kehidupan dengan segala aspeknya dipaksa harus rasional. Itulah realitas yang dipandang benar. Manakala ilmu hukum berbicara tentang keadilan, maka keadilan pun harus diukur dengan ukuran-ukuran yang rasional pula. Rasio menjadi di atas segala-galanya. Sejak saat itu, ilmu hukum menjadi ilmu yang *distinct* dan esoterik, baik dalam substansi, metodologi maupun administrasi.⁵² Bahkan, Antonio Boggiano menyatakan bahwa kaum positivis hukum berusaha sedapat mungkin menghindari pembahasan tentang hukum dan moral.⁵³

⁵⁰Achmad Roestandi, *Responsi Filsafat Hukum*, Bandung: Armico, 1992. hal 80

⁵¹ Ghazali, *Implementasi Moral ke Dalam Sistem Hukum*, www.badilag.net

⁵²*Ibid.*

⁵³ Anton F. Susanto, *Op.Cit.*, hal. 68.

Hegemoni aliran positivisme-sekular seakan telah menjadi panggilan sejarah sekaligus bagian dari proses perkembangan ilmu hukum di sebagian besar belahan dunia ini. Hukum modern sebagai bentuk matang dari positivisme, menjadi kehilangan ciri kemanusiaannya yang utuh, ketika akal (*ratio*) diperankan melampaui batas-batas yang proporsional dengan mengabaikan wilayah-wilayah yang paling substansial, yaitu hati nurani. Sebagaimana dinyatakan oleh Nasr, bahwa hukum modern hanya mampu mengantarkan manusia untuk menemukan setengahnya saja dari dunia dan tidak bisa membantu manusia untuk menemukan *The Great Chain Being*.⁵⁴

D. Eksistensi Transendensi Moral Hukum Alam Dalam Hukum Progresif

Hukum progresif hadir sebagai sebuah pencerahan pemikiran sekaligus sebagai kritik yang tegas atas belenggu positivism yang mengformalisasi hukum modern. Negara-negara modern saat ini meletakkan sistem hukumnya pada hukum modern⁵⁵ yang sangat sarat dengan bentuk-bentuk formal, procedural dan birokratis. Ini mengakibatkan hukum menjadi suatu institusi yang penuh dengan artificial dan esoteric, sehingga hukum hanya bisa dijangkau dan

⁵⁴Seyyed Hossein Nasr, *Man and Nature: The Spiritual Crisis of Modern Man*, London: George Allen & Unwin Ltd, 1976.

⁵⁵ Karakteristik hukum modern adalah : 1. Mempunyai bentuk tertulis, 2. Hukum berlaku untuk seluruh wilayah Negara dan 3. Hukum merupakan instrument yang dipakai secara sadar untuk mewujudkan keputusan-keputusan politik masyarakatnya. Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, hal. 214.

dijamah oleh orang-orang tertentu yang telah menjalani inisiasi dan pendidikan khusus. Hukum semakin menjauh dari masyarakat sebagai basis dan bahan hukum, bahkan hukum merupakan suatu mesin yang sengaja diproduksi untuk memproduksi masyarakat sebagaimana yang diinginkannya. Hukum adalah sebuah tatanan. Hukum ada dalam sebuah tatanan yang paling tidak dapat dibagi kedalam tiga yaitu : tatanan transedental, tatanan sosial dan tatanan politik yang utuh (holistik) selalu bergerak, baik secara evolutif maupun revolusioner. Sifat pergerakan itu merupakan sesuatu yang tidak dapat dihilangkan atau ditiadakan, tetapi sebagai sesuatu yang eksis dan prinsipil.⁵⁶

Pemahaman *Law as a tool of Social Engineering*⁵⁷ sudah banyak bergeser, karena rekayasa masyarakat yang dilakukan oleh hukum dengan otoritas positivistiknya dan birokrasinya, sehingga dirasakan sangat represif oleh masyarakat, menyakitkan bahkan membentuk masyarakat yang sakit.

⁵⁶Turiman, *Memahami Hukum Progresif Prof. Satjipto Rahardjo dalam Pradigma "Thawaf" (Sebuah Kontemplasi Bagaimana Mewujudkan Hukum Teori Hukum yang Membumi/Grounded Theory yang meng-Indonesia,* http://eprints.undip.ac.id/3222/2/Paradigma_Hukum_Progresif_Prof_Satjipto_Rahardjo.pdf.

⁵⁷*Law as a Tool of Social Engineering* adalah teori yang dikemukakan oleh Roscou Pound, yang menyatakan bahwa hukum adalah sarana/alat yang dapat digunakan untuk melakukan rekayasa sosial. *Social Engineering* bersifat sistematis, yang diawali dengan mengidentifikasi permasalahan yang secara riil ada di masyarakat, memahami nilai-nilai yang ada dalam masyarakat, membuat hipotesa-hipotesa dan mengutamakan hal-hal penting untuk lebih didahulukan untuk dicari penyelesaian permasalahannya dan mengiringi terus menerus jalannya penerapan hukum serta senantiasa mengukur efektivitas dan pengaruhnya terhadap masyarakat. *Ibid*, hal. 208.

Masyarakat yang sakit dapat kita lihat dari begitu alerginya masyarakat pada aparat penegak hukum, seperti contohnya polisi. Lembaga kepolisian banyak dinilai oleh masyarakat sebagai lembaga yang sangat otonom sehingga kesipilannya tidak dirasakan, sampai-sampai terdapat kata-kata “hukum sengaja dibuat untuk dilanggar”, “berani membela yang bayar”, “hukum dapat dibeli”, dan masih banyak lagi. Mafia hukum, bahkan mafia peradilan adalah hamba-hamba hukum yang secara intelektual dan akademis belajar tentang hukum, namun justru mereka-mereka lah yang bermain-main mempermainkan hukum dan basis hukumnya. Ini hal yang sangat memprihatinkan.

Seorang hakim Mahkamah Agung yang bernama Bismar Siregar menyatakan bahwa keadilan harus berada di atas hukum dan undang-undang. Ini senada dengan Taverne, yang menyatakan bahwa “berikan pada saya jaksa yang baik, maka dengan peraturan yang buruk pun saya bisa membuat putusan yang baik”.⁵⁸

Pendidikan hukum yang mencetak sarjana-sarjana dan ilmuwan hukum lebih menekankan pembelajaran *rule of law* untuk mencetak tukang-tukang hukum yang mumpuni dan mempunyai kemampuan artificial dan esoteric dalam pembuatan maupun penegakan hukum. Hukum dibuat sedemikian rupa, seartifisial mungkin sehingga hukum berkarakter *das sollen* yang dalam prakteknya menjauh dari masyarakat. Sisi lain dari kemampuan berhukum tidak lagi penting, seperti pembentukan *rule of man*. Padahal,

⁵⁸ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif: Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Yogyakarta; Genta Publishing, 2009, hal. 10.

hukum dibuat oleh manusia, ditegakkan oleh manusia dan ditujukan untuk manusia. Berarti manusia adalah tokoh sentral dalam ber hukum. Hukum tidak dibutuhkan kalau tidak ada manusia dan masyarakat. Karl Renner menyatakan bahwa *"the development of the law gradually works out what is socially reasonable"*.⁵⁹

Gerry Spence mengkritik pendidikan hukum dengan mengatakan, "sejak mahasiswa memasuki pintu fakultas hukum, maka rasa kemanusiaannya dirampas dan direnggut." Disamping pada ranah pendidikan, peranan perilaku manusia dalam ber hukum juga terkait dengan profesi pengemban hukum seperti hakim, jaksa, polisi, pengacara dan profesi hukum lainnya. Peranan para pengemban hukum memiliki signifikansi cerminan hukum bagi masyarakat.⁶⁰ Diperlukan perpaduan yang saling menyapa antara berbagai perspektif dalam memahami pemikiran hukum yang berkembang saat ini baik doctrinal maupun yang non doktrinal atau yang melakukan pendekatan analisis normologik, yakni wajah hukum yang beragam: (1) wajah hukum yang sarat dengan asas keadilan, (2) wajah hukum hukum yang sarat dengan norma yang dipositifkan melalui peraturan perundang-undangan dan (3) wajah hukum yang judgemande atau yang tampil dalam putusan-putusan hakim, Tipologi wajah hukum yang demikian itu selalu eksis sebagai bagian dari suatu sistem doktrin

⁵⁹ Kar Renner, *The Development of Capitalist Property and The Legal Institutions Complementary to The Property Norm*, dalam "Sociology of Law", Vilhelm Aubert (ed), Harmondsworth: Penguin Books, 1969, hal. 33.

⁶⁰ Yance Arizona bekerjasama dengan Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa), <http://yancearizona.wordpress.com/2007/12/30/hukum-progresif-yang-mengalir/>

atau ajaran, yakni ajaran tentang bagaimana hukum harus ditemukan atau diciptakan untuk menyelesaikan perkara atau problem solving baik daridimensi kenegaraan maupun dimensi kemasyarakatan, sebaliknya dengan yang melakukan analisis nomologik, yakni logika hukum yang berlandaskan pada nomos(realitas sosial). Konsep hukum yang demikian itu jelas tidak akan menampilkan wajah hukum yang normatif (*rules*), melainkan sebagai regularities (pola-pola perilaku) yang terjadi dalam pengalaman dan atau sebagaimana yang tersimak di dalam kehidupan sehari-hari (*sine ira et studio*).⁶¹

Oleh karena itulah, Satjipto Rahardjo mengarahkan pencitraan fakultas hukum sebagai tempat menimba ilmu yang sangat teknologis diubah menjadi fakultas hukum yang berhati nurani, dengan mengajarkan *compassion, commitment, dan emphathy*.⁶² Langkah selanjutnya yang perlu dilakukan dalam kerangka hukum progresif adalah dengan mengubah kultur pembuatan dan penegakan hukum agar terbentuk kultur hukum yang baik di masyarakat. Penegakan hukum diarahkan pada penegakan hukum yang bersifat kolektif. Kolektif yang dimaksud bukan menjadi sarang bagi komponen penegak hukum untuk membuat kompromi-kompromi politis, tetapi untuk lebih mengefektifkan penegakan hukum pada sesuatu yang jauh lebih besar kepentingannya, yaitu kepentingan mensejahterakan dan memberikan

⁶¹Soetandyo Wignyoebroto, "Materi Tutorial Mata Kuliah Penulisan Disertasi untuk Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2001, hal.11-15.

⁶²Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, hal. 25.

keadilan kepada rakyat (*bringing justice to the people*).⁶³ Oleh karena itu diperlukan recruitment fungsionaris hukum yang lebih mengutamakan predisposisi spiritual, disamping kemampuan akademis dan menerapkan prinsip *reward and punishment* sebagai spirit bagi mereka untuk terus berprestasi sekaligus sebagai ancaman yang menyakitkan bagi yang tidak memiliki komitmen keadilan dan kebenaran.⁶⁴

Hukum progresif lebih mengutamakan faktor manusia daripada hukumnya, sehingga faktor perilaku menjadi sesuatu yang paling penting di atas faktor peraturan dalam ber hukum. Oleh karena itulah, hukum progresif di antaranya bernafaskan teori-teori hukum alam, karena letak kepedualiannya terhadap hal-hal yang bersifat *meta-juridical* dan lebih mengutamakan *the search for justice*.⁶⁵ *Meta-Juridical* yang disampaikan dalam hukum alam adalah *mutatis mutandis* yang ada dalam dunia hukum. Kemampuan IQ (*Intellectual Quotient*) diperlukan untuk mewakili hukum analitis dengan bantuan logika. Namun, dibutuhkan kemampuan lain, yaitu EQ (*Emotional Quotient*), yaitu kemampuan berpikir dengan hati nurani dan badan. Terakhir, diperlukan SQ (*Spiritual Quotient*), yaitu kesempurnaan intelegensi dengan memanfaatkan semua kemampuan, yaitu akal, hati nurani dan spiritual. Keseluruhan ini ada pada setiap manusia sebagai kesatuan kodrati yang diberikan oleh Tuhan.

⁶³*Ibid.*

⁶⁴*Ibid.*, hal. 25-26.

⁶⁵ Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir: Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*, Jakarta: Kompas Media Nusantara, 2007, hal. 93.

E. Kesimpulan

Berdasarkan pembahasan di atas dapat disimpulkan bahwa keberadaan hukum alam yang jauh lebih dulu dibandingkan hukum progresif, bahkan banyak menuai kritik dari positivism dan teori hukum murni, justru memberikan pencerahan ketika hukum berevolusi mengarah ke hukum modern. Hukum alam dengan konsep-konsep pemikiran para filsufnya kembali mengemuka dan menjadi rujukan penting ketika positivisme mengalami anomalies dan tidak mampu memberikan keadilan serta menjawab permasalahan-permasalahan hukum yang ada di masyarakat.

Konsep moral yang bersifat *meta-juridis* dalam hukum alam menginspirasi hukum progresif untuk menempatkan hukum sebagai pemberi keadilan dan bekerja untuk manusia. Ini disebabkan hukum dibuat oleh manusia, ditegakkan oleh manusia dan ditujukan untuk manusia dan masyarakat. Sehingga hukum harus memiliki hati nurani, undang-undang yang berhati nurani, pengadilan yang berhati nurani dan pembuat serta penegak hukum yang berhati nurani. *Rule of man* adalah inti dari hukum, karena perilaku diletakkan di atas peraturan dan moral diletakkan di atas hukum. Sedangkan manusia adalah makhluk yang memiliki kemampuan *ideen haft* yang membedakannya dengan makhluk material lainnya, karena memiliki software akal, budi dan hati nurani, sehingga manusia menjadi satu kesatuan kodrati dengan moral. Moralitas itu secara kodrati melekat pada manusia dan oleh karenanya hukum bisa lebih bermoral dan berhati nurani.

DAFTAR PUSTAKA

- Ali , Zainuddin, 2006, *Sosiologi Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Anwar, Yesmil dan Adang, 2008, *Pengantar Sosiologi Hukum*, Jakarta: Gramedia Widiasarana Indonesia.
- Arizona, Yance, bekerjasama dengan Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa), <http://yancearizona.wordpress.com/2007/12/30/hukum-progresif-yang-mengalir/>
- Darmodiharjo, Darji dan Sidharta, 2006, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- Douzinaz, Costaz. et. al., 1991, *Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in The Texts of Law* Routledge : London.
- Friedman, L.M., 1990, *American Law*, New York: WW Norton&Co.
- F. Susanto, Anton, 2007, *Hukum Dari Consilience Menuju Paradigma Hukum Konstruktif Transgresif*, Bandung: Refika Aditama.
- Ghazali, Implementasi Moral ke Dalam Sistem Hukum, www.badilag.net
- Nasr, Seyyed Hossein, 1976, *Man and Nature: The Spiritual Crisis of Modern Man*, George Allen &Unwin Ltd, London,
- Rahardjo, Satjipto, 2006, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bhakti.
- Rahardjo, Satjipto, 2007, *Biarkan Hukum Mengalir: Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*, Jakarta: Kompas Media Nusantara.

- Rahardjo, Satjipto, 2009, *Hukum Progresif: Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Yogyakarta; Genta Publishing.
- Renner, Karl, 1969, *The Development of Capitalist Property and The Legal Institutions Complementary to The Property Norm*, dalam "Sociology of Law", Vilhelm Aubert (ed)., Harmondsworth: Penguin Books.
- Roestandi, Achmad, 1992, *Responsi Filsafat Hukum*, Bandung: Armico.
- Suseno, Frans Magnis, 1997, *13 Tokoh Etika Sejak Zaman Yunani sampai Abad ke-19*, Yogyakarta: Kanisius.
- Turiman, *Memahami Hukum Progresif Prof. Satjipto Rahardjo dalam Pradigma "Thawaf" (Sebuah Kontemplasi Bagaimana Mewujudkan Hukum Teori Hukum yang Membumi/Grounded Theory yang meng-Indonesia,*
http://eprints.undip.ac.id/3222/2/Paradigma_Hukum_Progresif_Prof_Satjipto_Rahardjo.pdf.
- Wignyosoebroto, Soetandyo, 2001, "Materi Tutorial Mata Kuliah Penulisan Disertasi untuk Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang.

FORMALISASI DAN POSITIVISASI SYARI'AT ISLAM DI INDONESIA

Anthin Lathifah

A. Latar Belakang

Dewasa ini, upaya formalisasi dan positivisasi syari'at Islam di Indonesia semakin marak dilakukan, utamanya didukung oleh komunitas Islam fundamental⁶⁶. Hal ini dapat dilihat dari perda-perda Syariah yang muncul di berbagai daerah di Indonesia seperti perda tentang penerapan syari'at Islam di Aceh, Kabupaten Cianjur, Gowa. Bahkan tidak hanya dalam Islam, Perda Kota Injil pun lahir di Manokwari.

Hadirnya perda-perda bernuansa syari'at tersebut diinisiasi keinginan sebagian masyarakat untuk membuat aturan hukum yang mengikat dan menjadi acuan bagi semua masyarakat yang ada dalam wilayah

⁶⁶ Menurut John L. Esposito fundamentalisme dicirikan pada sifat kembali kepada kepercayaan fundamental agama, dimana semua aspek kehidupannya mendasarkan pada pemahaman Al-Qur-an dan Sunnah secara literalis dan berharap kembali pada masa lalu. Lih. M. Imdadun Rahmad, *Arus Baru Islam Radikal*, Jakarta: Penerbit Erlangga, 2005, hal. Xvi-xvii

hukum di mana perda tersebut ada, agar masyarakat berperilaku sebagaimana ajaran agama yang dimuat dalam perda tersebut. Namun dalam tataran realitas tidak sedikit masalah yang muncul akibat dipositivisasikannya perda tersebut, baik problem konstitutif, problem sosial dan problem norma hukum.

Secara konstitusional, Negara Indonesia bukanlah Negara Islam, namun Negara yang berdasarkan Pancasila yang mengakomodir perbedaan agama, sosial, menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan dan keadilan sosial. Di samping itu terjadinya tumpang tindih dengan aturan-aturan hukum lain yang telah ada. Secara sosial upaya pormalisasi Syari'at Islam juga menimbulkan masalah kesenjangan sosial dengan munculnya perda-perda "tandingan" seperti perda Injil, kesenjangan gender dan problem minoritas. Di samping itu perda Syari'ah hanya melihat aspek positif dari suatu hukum tanpa mempertimbangkan norma hukum dan keadilan masyarakat, akibatnya seringkali pemberlakuan sanksi hanya mengedepankan aspek formalitas hukum saja.

Secara sosial, upaya positifisasi syari'at Islam dilakukan oleh kelompok Islam fundamental yang ingin menggantikan Negara Indonesia yang berdasar pancasila⁶⁷ dengan Negara Islam. Beberapa kelompok tersebut diantaranya NII yang lebih terstruktur, disamping gerakan-gerakan Islam seperti Hizbut Tahrir dengan cita-citanya membangun Khilafah Islam di

⁶⁷ Pancasila bagi pemerintah dianggap sebagai ideology pemersatu, namun bagi islam fundamentalis justru menjadi penyebab disintegrasi. Lih. Zainuddin Maliki, *Agama Rakyat Agama Penguasa*, Yogyakarta: Galang Press, 2000, hal. 110-111

Indonesia, ataupun gerakan radikal sepertihalnya Front pembela Islam, Jama'ah Islamiyah yang ada di Indonesia sebagaimana upaya Abdullah Sungkar dan Abu Bakar Ba'asyir yang hendak menggantikan dasar Negara pancasila dengan Al-Qur'an.⁶⁸ Bahkan mereka dikategorikan sebagai warga negara yang berani menentang pemerintah (Orde Baru) dan dituduh subversive (*civil disobedience*).⁶⁹

Upaya formalisasi dan positivisasi syari'at Islam tersebut justru berkembang setelah tumbanganya Orde Baru 1998 atau sejak munculnya Era reformasi.⁷⁰ Kelahiran perda-perda Syari'at tersebut, dalam perspektif politik, sebenarnya lahir sebagai produk kontestasi etno-politik dari berbagai masyarakat daerah ataupun pusat.⁷¹ Di samping itu , secara ideologis seolah melahirkan kembali ketegangan agama dan Negara yang muncul sejak kasus Piagam Jakarta yang menimbulkan kontroversi antara Islam fundamental dan Islam moderat.⁷²

⁶⁸ Ismail Hasani, Bonar Tigor Naipospos (Ed.) *Dari Radikalisme menuju Terorisme, Studi Relasi dan Transformasi Organisasi Islam Radikal di Jawa Tengah dan D.I. Yogyakarta*, Jakarta: Setara Institut, 2012, hal. 33-34

⁶⁹ Lih. Zuly Qodir, *Islam Syari'ah Vis a Vis Negara*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007, hal 67.

⁷⁰ Budi Munawar Rachman, Moh. Shofan, *Sekularisme, liberalism dan Pluralisme*, Jakarta: Grasindo, 2010, hal. 36-37. Lihat pula Lihat M. Imdadun Rahmat, *Arus Baru Islam radikal, Transmisi Revivalisme Islam Timut Tengah ke Indonesia*, Jakarta: Penerbit Erlangga, 2005.

⁷¹ Lih. Musdah Mulia, *Islam dan Hak Asasi Manusia*, Yogyakarta: Naufan Pustaka, 2011, hal. 55

⁷²Islam fundamental menganggap bahwa membuang kalimat" dengan menjalankan syari'at bagi pemeluk agamanya" dan menjadikan pancasila sebagai dasar hukum bagi Negara Indonesia, sebagai hilangnya power Islam dalam tata hukum Indonesia, sementara kalangan lain menganggap hal tersebut sebagai upaya yang tidak sia-sia demi terciptanya suasana harmoni keberagaman, sehingga bagi mereka, pancasila adalah hadiah dari umat Islam.

Dengan latar belakang tersebut, maka permasalahan yang hendak dibahas bagaimana landasan filosofis, kondisi sosial dan politik terkait formalisasi dan positivisasi syari'at Islam di Indonesia, serta tawaran Islam yang semacam apa yang bisa menjadi solusi bagi ketegangan Islam dan Negara di bumi Indonesia yang multikultur multi agama dan multi ras.

B. Syari'at Islam

Syari'ah secara bahasa berarti jalan menuju sumber air yang tidak ada habis-habisnya, atau diambil dari kata *syara'a al syai'a* yang berarti menjelaskan atau menyatakan sesuatu.⁷³ Ada beberapa ayat Al-Qur'an yang menyebutkan syari'ah dimaknai jalan, diantaranya QS. Al Jatsiyah, 45: ayat 18,. Dalam ayat tersebut syari'ah mencakup syari'at Islam, Kristen, yahudi termasuk masing-masing agama mempunyai syari'atnya sendiri-sendiri (QS. 5: 48).

Adapun secara istilah terjadi perbedaan antara satu intelektual dengan intelektual yang lain, seperti Mahmud Syaltut mengartikan syari'ah sebagai system ajaran yang (pokok-pokoknya) ditetapkan Allah terkait hubungan manusia dengan Tuhannya, dengan sesama

Hal tersebut mereka lakukan karena satu orang yang tidak setuju terhadap diberlakukannya syari'at bagi yang beragama Islam, akan keluar dari Negara kesatuan Republik Indonesia. Faisal Ismail, *Ideologi hegemoni dan Otoritas Agama; Wacana ketegangan Kreatif Islam dan Pancasila*, Yogyakarta: Tiara Wacana, 1999. Lih. Munir Mulkan dan Bilveer Singh, *Demokrasi di bawah Bayangan Mimpi NII*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2011, hal. 259.

⁷³ *Mu'jam Alfad al-Qur'an al-Karim*, Kairo: Majma al Lughah al-'Arabiyyah, juz 2, t.th., hal. 13

muslim dan manusia dengan lingkungannya.⁷⁴ Berbeda dengan Coulson, syariah secara fundamental didasarkan pada al-Qur'an dan Sunnah sebagaimana dipahami melalui praktik pertama umat Islam yang jelas dan tegas yang pasti dipraktekkan Nabi dan sahabat-sahabatnya dan generasi berikutnya.⁷⁵ Demikian pula An Naim yang menyetujui konsep Coulson, menurutnya syari'ah bukanlah keseluruhan Islam itu sendiri melainkan interpretasi terhadap nash dasarnya (Al-Qur'an dan sunnah) yang dipahami dalam konteks historis tertentu, yakni yang sudah dipraktekkan oleh Nabi, sahabat-sahabatnya dan generasi berikutnya. Menurut Naim, berbeda dengan fiqh (yurisprudensi) bermula pada masa Dinasti Abasiyyah tahun 750 M yang ditandai dengan proses konsolidasi dan sistematisasi karya ahli hukum tertentu dengan karya tertentu.⁷⁶

Menurut Khalaf, fiqh, secara bahasa berasal dari kata faqaha (*al-fiqh*) yang berarti memahami dan mengerti. Secara istilah ilmu fiqh dimaksud "*al Ilmu bil ahkam al-syar'iyah al muktasab min adillatiha al-tafshiliyyah*",⁷⁷ yakni sebagai ilmu yang berbicara tentang hukum-hukum syar'i yang penetapannya diupayakan melalui pemahaman yang mendalam

⁷⁴ Mahmud Syaltout, *Al Islam Aqidah wa Syari'ah*, Kairo: Dar al Qola, 1968, hal. 12.

⁷⁵ N.J. Coulson, *A History of Islamic Law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1964, hal. 65.

⁷⁶ Lih An-Na'im, *Dekonstruksi Syari'ah* (terj.), Yogyakarta: Pustaka Pelajar, cet.1, 1994, hal. Viii dan 31 -36

⁷⁷ Lih Abdul Wahab Khallaf, *Ilmu Ushul Fiqh*, Dar al Ilmi li al-thiba'ah wa al-Nasr wa al-tauzi', cet.12, 1398 H/ 1978 M, hal.11. Bandingkan Hasbi Al-Shiddiqy, *Pengantar Ilmu Fiqh*, Jakarta: CV. Mulia 1967, hal. 17.

terhadap dalil-dalil yang terperinci dalam nash al-Qur'an dan hadits).

Hukum syar'i yang dimaksud dalam definisi di atas adalah segala perbuatan yang diberi hukum yang diambil dari syari'at yang dibawa oleh Nabi Muhammad saw. Adapun kata *'amali* dimaksud sebagai perbuatan seorang mukallaf dan tidak termasuk didalamnya masalah keyakinan (aqidah) mukallaf. Sedangkan dalil-dalil terperinci (*al-tafsili*) dimaksud dalil-dalil yang terdapat dan terpapar dalam nash di mana satu persatu menunjuk pada hukum tertentu.

Menurut Khallaf, fiqh juga disebut sebagai "*majmuatu al-ahkam al-syar'iyyah al-'amaliyyah al-mustafadat min adillatiha al-tafshiliyyah*"⁷⁸, yakni koleksi hukum-hukum syari'at yang berkaitan dengan perbuatan mukallaf dan diambil dari dalil-dalil yang terperinci.

Di sisi lain, syari'ah tidak dapat dipisahkan dari agama Islam karena syariah sering menggantikan istilah *din al-Islam*, walaupun Ahmad Hasan membedakan makna syari'ah dan *din*. Menurutnya *din* tidak pernah berubah, namun syari'ah berubah sepanjang sejarah, *din* merupakan pokok-pokok keagamaan sedangkan syari'ah pelaksanaan berbagai kewajiban sebagai wujud dari keimanan. *Din* (agama) para rasul tidak berbeda karena semuanya beragama tauhid, namun yang berbeda menurut situasi dan kondisinya adalah syariah.⁷⁹

⁷⁸ Abdul Wahab Khalaf, *Ilmu Ushul Fiqh...*, hal. 11

⁷⁹ Lih. Adang Djumhur Salikin, *Reformasi Syari'ah dan HAM dalam Islam*, Yogyakarta: Gama Media, 2004, hal. 52-53.

Dalam konteks pembahasan ini, nampaknya konsep syari'ah Islam yang dimaksud oleh beberapa kelompok keislaman yang ada di Indonesia, berbeda antara yang satu dengan yang lain. Tokoh moderat NU seperti Sahal Mahfud memaknai syari'at Islam sebagai pengejawantahan dan manifestasi dari aqidah Islamiyah yang mengajarkan keyakinan akan adanya jaminan hidup dan kehidupan termasuk kesejahteraan bagi manusia, sedangkan tujuan syari'at Islam dijabarkan oleh para ulama dalam ajaran fiqh. Syari'at Islam juga mengatur hubungan antara manusia dengan Allah, dalam fiqh sosialnya menjadi komponen ibadah baik sosial maupun individual, *muqayyadah* (terikat oleh syarat dan rukun) ataupun *muthlaqah* (tidak terikat oleh syarat dan rukun). Ia juga mengatur sesama manusia, dalam fiqhnya mengatur *mu'asyarah* (pergaulan) maupun *mu'amalah* (hubungan transaksi untuk memenuhi kebutuhan hidup). Demikian pula mengatur hubungan dan tata cara berkeluarga, yang dirumuskan dalam komponen *munakahat*, sedangkan untuk menata pergaulan yang menjamin ketentraman dan keadilan dijabarkan dalam komponen *jinayah*, *jihad* dan *qadla'*. Selanjutnya beberapa komponen fiqh tersebut merupakan teknis operasional dari lima tujuan prinsip dalam syari'at Islam (*maqasid as Syari'ah*, yaitu memelihara-dalam arti luas- agama, akal, jiwa, nasab dan harta benda).⁸⁰

Dalam Islam, terdapat dua hal yang fundamental yaitu aqidah dan syari'ah. Aqidah adalah kepercayaan yang timbul di hati manusia dan tidak bisa dipaksakan

⁸⁰ Sahal Mahfudh, *Nuansa Fiqh Sosial*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, cet.1, 1994, hal. 4-5.

kehadirannya. Dari aqidah ini dijabarkan beberapa unsur keimanan. Sedangkan syari'ah adalah hal yang mengatur tata kehidupan manusia muslim sehari-hari, termasuk didalamnya hal ibadah. Fiqh, sebagai refleksi syari'ah memiliki empat pokok komponen ajaran yaitu 'ubudiyah (peribadatan), mu'amalah, munakahat dan jinayah.⁸¹

Berbeda dengan pemahaman syari'at Islam fundamentalis, terutama yang melakukan gerakan-gerakan konfrontatif terhadap sistem sosial dan politik yang ada. Mereka menganggap Islam adalah solusi (*al Islam huwa al hall*), dan syari'at Islam adalah solusi kritis dan mendirikan Negara Islam (iqamah daulah Islamiyyah) dan formalisasi syari'at Islam merupakan muara dari semua aktifitas yang mereka lakukan.⁸²

C. Formalisasi dan Positivisasi Syariat Islam di Indonesia; Tinjauan Filosofis, Sosiologis dan Politis

Secara konstitutif Negara Indonesia bukanlah negara agama "Islam", sehingga pemberlakuan syariat Islam mestinya mempertimbangkan aspek hukum yang hidup di Negara Indonesia. Hal ini sebagaimana Ketetapan MPR No IV/MPR-RI/1999 tentang GBHN bab IV arah kebijakan A. Hukum butir 2, menetapkan bahwa hukum Islam, hukum adat, hukum Barat adalah sumber pembentukan hukum nasional.⁸³ Hal ini menimbulkan permasalahan ketika ada upaya formalisasi hukum

⁸¹ Sahal Mahfudh, *Nuansa Fiqh*....hal. 18.

⁸² M. Imdadun Rahmat, *Arus Baru Islam Radikal*....., hal. xi

⁸³ Tap MPR RI, *hasil sidang umum MPR RI tahun 1999 beserta perubahan pertama atas UUD RI tahun 1945*. Jakarta: BP Panca Usaha, 1999, hal. 64.

jinayat di Indonesia, karena aspek moralitas dan legalitas yang menjadi filosofi tasyri' jinai tidak bisa menyatu.⁸⁴ Artinya pemerintah sebagai pemegang kekuasaan eksekulif berkewajiban untuk menghukum pezina misalnya, tanpa harus adanya pengaduan, namun nyatanya di Indonesia masih menggunakan KUHP peninggalan Belanda yang hanya memperhatikan aspek legalitas, bahkan konsep zina secara khusus diperlakukan bagi mereka yang sudah menikah, sedangkan bagi pasangan yang belum menikah, apalagi seandainya didasarkan suka sama suka, tidak termasuk perbuatan zina. Permasalahan lain muncul dalam penerapan hukuman di lapangan terkait konsistensi penerapan hukuman yang diberikan Mahkamah Syar'iyah seperti yang terjadi di Aceh, apakah sudah menyentuh semua komunitas?

Disamping itu menurut Sahal Mahfudh, jinayat merupakan bagian dari fiqh, yang artinya formulasi hukuman dapat disesuaikan dengan konteks lokal Indonesia dengan standarisasi kemaslahatan dan keadilan, walaupun sampai saat ini secara adat biasanya masyarakat memberi sanksi sosial dan moral dengan meminta pasangan berzina untuk menikah.

Dilihat dari perspektif politik terkait konstitusional, dapat dikaji bagaimana upaya formalisasi syariat Islam harus sejalan dengan dasar hukum pancasila. Dalam konteks hukum Nasional, terdapat hierarkhi sumber hukum di Indonesia, dimana pancasila dan UUD 1945 yang terakhir diamandemen

⁸⁴ Lih. Abu Hafs, *Deformalisasi Islam* (Ikhtiyar Membangun Islam dalam Bingkai NKRI), Makalah disampaikan pada Seminar "Menangkal Penetrasi Pemikiran dan Gerakan NII ke Dunia Kampus, 23 juni 2011

merupakan hukum tertinggi Negara, sehingga hukum yang ada dibawahnya tidak boleh bertentangan dengan asas-asas yang terdapat dalam Pancasila dan UUD tersebut.

Namun yang terjadi beberapa ketentuan hukum seringkali tidak mengacu pada sumber hukum tertinggi yakni Pancasila dan UUD 1945. Terkait UU No 22 tahun 1999 tentang kewenangan legislasi bagi kepala daerah, yang kemudian memunculkan peraturan daerah (perda), seringkali aturan yang ada di perda tidak sesuai dengan ketentuan hukum yang ada dalam Pancasila yang terdiri dari 1) Ketuhanan yang Maha Esa, 2) kemanusiaan yang adil dan beradab 3) persatuan Indonesia, 4) kerakyatan yang dipimpin oleh hikmah kebijaksanaan dalam permuasyawaratan perwakilan, dan 5) keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Sebagai contoh perda Tangerang yang memberi sanksi bagi perempuan keluar rumah di atas jam 10 malam, menjadi boomerang bagi perempuan pekerja pabrik yang pulang lebih dari jam 10 malam. Tentu perda ini tidak memenuhi syarat keadilan sosial yang diamanatkan Pancasila, disamping rentan dengan isu kesetaraan gender, karena akan memunculkan stigma bahwa perempuan yang berjalan di jalan raya pada jam 10 lebih diidentikkan dengan perempuan yang tidak baik, Ironisnya ketentuan itu tidak berlaku pada laki-laki.

Contoh lain adalah perda Aceh tentang jinayat yang mengalami masalah di lapangan karena dilakukan secara tidak efektif, bahkan dalam pelaksanaannya terjadi perbedaan hukuman antara orang yang berstrata sosial tinggi dan yang rendah. Begitu pula

perda tentang busana, yang sudah membatasi konsep pakaian yang dianggap sesuai dengan syari'at yang hanya ditujukan buat perempuan, sedangkan format pakaian laki-laki tidak dilakukan pembatasan. Dalam masalah ini ketentuan dalam perda menjadi sebuah dilema karena disamping tidak semuanya sesuai dengan ketentuan Pancasila, juga melanggar Hak Asasi Manusia.

Disamping itu permasalahan lain muncul terkait pasal 29 UUD 1945 ayat (1) menyatakan bahwa "Negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa". Namun dalam ayat (2) "menjamin kebebasan individu untuk melaksanakan kewajiban agama dan kepercayaannya masing-masing", dimana kewajiban itu terbatas pada lima agama pada masa orde baru, yaitu Islam, Katolik, Protestan, Hindu, Budha, serta ditambah agama Kong Hucu pada masa pemerintahan Gus Dur. Pembatasan pilihan agama dan berbagai ketidakpastian peraturan menjadi semakin bermasalah bila kita melihat realitas keberagamaan di Indonesia yang sangat kompleks, bahkan banyak muncul aliran kepercayaan.⁸⁵ Tentu fenomena tersebut bertentangan dengan makna pasal 29 UUD 1945, dimana seluruh warga negara memiliki kedudukan, hak dan kewajiban yang sejajar, tidak ada hierarki, diskriminasi, pemaksaan dan superioritas terhadap satu kelompok masyarakat oleh masyarakat yang lain karena perbedaan keyakinan. Ini artinya, Perda yang bernuansa syariat Islam di Bulukumba, Aceh dan Tangerang tidak sejalan dengan pasal tersebut

⁸⁵ Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Islam dan Negara Sekuler, Menegosiasikan Masa Depan Syariah* (Terj.), Bandung: Mizan, 2007, hal. 41

Menurut An Naim,⁸⁶ keberadaan perda-perda bernuansa syari'ah dapat dilihat dari sejarah munculnya upaya formalisasi dan positivisasi syari'at Islam yang disebabkan oleh beberapa faktor, yakni bersamaan dengan runtuhnya Orde Baru pada 1998, bersamaan dengan munculnya berbagai gerakan sosial, isu Piagam Jakarta dan tuntutan untuk memperbesar peran syari'ah ini, maka secara umum, ada dua tipe gerakan islam. *Pertama*, mereka yang mendukung penerapan syari'ah di tingkat Negara, misalnya Dewan Dakwah Islamiyah Indonesia (DDII), Komite Indonesia untuk Solidaritas Dunia Islam (KISDI), Majelis Mujahidin Indonesia (MMI), Front Pembela Islam (FPI), Laskar Jihad, Hizbut Tahrir Indonesia (HTI), dan lainnya. *Kedua*, mereka yang menolak penerapab syari'ah, misalnya Muhammadiyah dan NU, NGO-NGO Islam, seperti Paramadina, Jaringsan Islam Liberal, dan lain sebagainya.

Namun, perubahan struktural terkait UU No. 22 tahun tentang kebijakan otonomi daerah pada tahun 1999 merambah kerumitan situasi ini, karena kebijakan tersebut memberikan ruang bagi komuitas lokal untuk menerapkan syari'ah di tingkat kabupaten dan provinsi, tanpa memperhatikan sikap dan posisi pemerintahan pusat. Inisiatif-inisiatif yang muncul di tingkat lokal tersebut mengundang kecurigaan para penentang gagasan Negara Islam. Mereka khawatir bahwa pengakuan terhadap aktivitas-aktivitas tersebut akan berakhir dengan pengesahan kembali tujuh kata

⁸⁶ Abdullahi Ahmad an-Na'im, *Islam dan Negara Sekular : Menegosiasikan Masa Depan Syari'ah* (Jakarta: Mizan Media Utama, 2007), hal. 399-400.

yang dicabut dari Piagam Jakarta. Namun demikian problem yang muncul di lapangan adalah di satu sisi progresifitas gerakan pendukung syari'at islam senantiasa berkobar, sedangkan para penentang gagasan Negara Islam juga disulitkan dengan ambiguitas klaim mereka sendiri: apa yang sebetulnya dimaksud dengan Negara Islam dan penerapan syari'ah?

Menurut Hasil penelitian Ismail Hasani et.al., masyarakat Jawa Tengah dan D.I.Yogyakarta tidak menyetujui peraturan daerah berbasis syari'ah, hal ini bisa dilihat dari prosetase hasil penelitain bahwa di Jawa Tengah yang mendukung perda Syari'ah hanya 23,8 %, sedangkan yang tidak mendukung 47,5 % dan yang tidak tahu/tidak menjawab 28,7%. Adapun di D.I.Yogyakarta, yang mendukung 25,6 %, yang tidak mendukung 55,9% dan yang menjawab tidak tahu/tidak menjawab 18,5 %.⁸⁷

Permasalahan sosial lain muncul terkait SKB Menteri agama dan Menteri dalam Negeri tahun 2006 tentang aturan pendirian rumah ibadah yang harus didukung minimal oleh masyarakat setempat merupakan SKB yang tidak memberi rasa keadilan dan ketentraman. Artinya bertentangan dengan pasal 29 UUD 1945 yang berkewajiban memberi keadilan pada semua masyarakat dalam menjalankan ibadah dan ritual kepercayaannya. Selain itu, adanya perda Kota Injil di Manokwari menunjukkan bahwa perda syari'at bisa membuat Indonesia tersekat-sekat oleh keyakinan

⁸⁷ Ismail Hasani, et.al. (Ed.) *Dari Radikalisme menuju terorisme.....*, hal. 155.

keagamaan yang eksklusif yang mengancam Pancasila sebagai dasar Negara.

D. Syari'at Islam sebagai Etika Sosial

Menurut Zainuddin Maliki,⁸⁸ terdapat tiga varian hubungan agama dan politik, yaitu skriptualistik berhadapan dengan rasionalistik, idealistik berhadapan dengan realistik, formalistik berhadapan dengan substansialistik.

Skriptualistik menampilkan pemahaman yang bersifat tekstual dan literal, sementara faham rasional menolaknya dengan menampilkan penafsiran rasional dan kontekstual, lalu keduanya melahirkan pandangan yang berbeda mengenai Negara. Pemikir seperti Sayyid Qutb yang skriptual misalnya mengartikan secara harfiah ayat Al-Qur'an "barangsiapa yang tidak memutuskan menurut apa yang diturunkan Allah maka mereka itu adalah orang-orang yang kafir" (QS. 5: 44,45,46). Sementara kalangan rasionalis memahami ayat tersebut tidak berbicara tentang sistem pemerintahan sehingga tidak ada kewajiban bagi umat Islam untuk membangun Negara ataupun pemerintahan Islam. Namun bagi rasionalis, nilai spiritualis, etik dan moral yang dipesankan Islam haruslah menjadi perhatian.

Kedua varian idealistik, cenderung melakukan idealisasi terhadap sistem pemerintahan dengan menawarkan nilai-nilai islam yang ideal. Tokohnya seperti al-Farabi, yang mengajukan Negara ideal

⁸⁸ Zainuddin Maliki, *Agama Rakyat Agama Penguasa*, Yogyakarta: Galang Press, 2000, hal. 9-13

dengan al-Madinah al-Fadhilah. Konsep idealis ini cenderung a-historis sehingga mereka cenderung menolak format kenegaraan yang ada. Sementara perspektif realisme cenderung menerima format Negara yang ada, seperti al-Mawardi dan al-Ghazali. Al-Mawardi cenderung melegitimasi kekuasaan yang ada, sedangkan al-Ghazali memilih untuk melakukan koreksi lewat pemberian isyarat pesan moral dalam format kenegaraan yang sedang berlangsung.

Adapun varian formalistik lebih mengedepankan bentuk (*body*) daripada isi (*mind*). tanpa harus terusik dengan berbagai kenyataan, bahwa bisa saja kekuasaan mengendalikan *body*, tetapi tidak otomatis dapat mengendalikan *mind*. Bagi mereka, Negara merupakan simbolisme keagamaan. Sedangkan bagi varian substantivistik lebih mengedepankan *mind* daripada *body*, yang dalam penyelenggaraan kekuasaan lebih mengedepankan ide, etika dan nilai-nilai keagamaan.

Dilihat dari teori tersebut, gerakan yang menghendaki formalisasi dan positifikasi syari'at Islam cenderung berada pada varian skriptualistik, idealistik, dan formalistik. Yakni berdirinya Negara Islam atau khilafah Islamiyah di bumi Indonesia menjadi satu tujuan dari perjuangan politik mereka. Hal ini wajar karena Hizbut Tahrir dan gerakan salafi yang ada di Indonesia merupakan transmisi gerakan revivalis Timur Tengah, seperti halnya gerakan salafi, terutama dalam masalah politiknya diilhami oleh pemikiran tokoh ikhwanul muslimin Sayyid Qutb yang menjadi oposisi pemerintahan Mesir yang dianggap tidak sesuai dengan syari'at Islami. Sedangkan Hizbut Tahrir yang

ada di Indonesia merupakan salah satu cabang gerakan Hizbut Tahrir yang ada di Dunia yang pertama kali dicetuskan di Yordania oleh Taqiyuddin an-Nabhani, Dawud Hamdan, Munir Syakir, Adil an-Nablusi, dan Ghanim Abduh yang menghendaki digantinya asas nasionalisme Yordania kepada asas Islam.

Demikian pula gerakan Jama'ah Islamiyah Indonesia yang dalam masalah kedaulatan politik memiliki kesamaan dengan gerakan revivalis Ikhwanul Muslimin seperti Sayyid Qutb, yakni terkait politik hakimiyyah (kedaulatan), *Manhaj* (metode dan pentahapan perjuangan yang bersumber dari pengalaman sejarah Nabi) sebagai pedoman bagi perjuangan masa kini dan mendatang. Demikian pula terkait Negara Islam, yakni orang Islam harus menguasai Negara guna menjamin pembagian kekayaan merata, memberikan bimbingan dan hal-hal kebijakan umum serta melaksanakan pandangan dan nilai-nilai Islam. Beberapa pandangan Sayyid Qutb terkait politik adalah; 1) masyarakat hanya bisa diislamkan melalui kegiatan sosial dan politik dengan agenda meraih kekuasaan. 2) masyarakat yang terdiri dari orang-orang Islam saja tidak cukup, tetapi harus Islami dalam landasan dan strukturnya, dan setiap orang mempunyai kewajiban untuk memberontak terhadap penguasa yang korup, bahkan mengkafirkan penguasa yang dipandang murtad serta melakukan tindakan kekerasan terhadap penguasa tersebut⁸⁹

Konsep tersebut juga dipakai oleh beberapa gerakan Islam lokal seperti Laskar Umat Islam Surakarta (LUIS) menyerukan gerakan anti maksiat,

⁸⁹ Zainuddin Maliki, *Agama Rakyat*, hal. 46-56.

menegakkan syari'at Islam dengan jihad amar ma'ruf nahi munkar dan anti demokrasi.⁹⁰

Upaya formalisasi dan positivisasi yang dilakukan terutama oleh radikal, nampaknya tidak dapat menciptakan harmonisasi bagi masyarakat Indonesia yang multi kultur, ras dan agama yang sudah memiliki Pancasila sebagai dasar hukum dan UUD 1945. Beberapa tawaran muncul seperti Sahal Mahfudh yang lebih setuju dengan konsep fiqh sosial yang lebih berprespektif keadilan dan kemaslahatan umat, bahkan menurut Abu Hafsin, model pendekatan yang ditawarkan Sahal Mahfudh dengan fiqh sosialnya merupakan model yang paling ideal dalam rangka membangun umat Islam yang agamis dan nasionalis. Model ini tentu mampu menghantarkan tiga kesalehan sekaligus, baik kesalehan individu, muslim, saleh sebagai bagian dari bangsa yang plural dan multikultural dan saleh sebagai warga NKRI yang nota bene bukan Negara agama. Tawaran lain seperti Zuli Qodir yang menawarkan konsep humanisasi teologi, yang mencerminkan dimensi kemanusiaan tinimbang ritual simbolik.⁹¹

D. Kesimpulan

Formalisasi dan positivisasi syari'at Islam yang seringkali dibarengi dengan kekerasan atas nama agama, baik ideology maupun fisik, menimbulkan problem filosofis, sosial dan politik. Formalisasi yang

⁹⁰ Ismail Hasani, *Dari Radikalisme.....*, hal 21-22

⁹¹ Zuli Qodir, *Islam Syari'at Vis-a Vis Negara, Ideologi Gerakan Politik di Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007, hal 281-286

berangkat dari pemahaman skriptualistik terhadap ajaran agama, selalu mengimpikan idealisme lahirnya kembali Negara Islam berdasarkan syari'ah sebagaimana Islam masa awal, demikian juga positivisasi menjadi masalah yang bisa melunturkan keberagaman Indonesia baik agama dan kultur, bahkan seringkali berhadapan dengan masalah hak asasi manusia.

Dengan demikian menjadikan moral syari'ah sebagai pendekatan adalah sesuatu yang tepat untuk menciptakan manusia sebagai individu yang saleh secara pribadi dan sosial.

Wa Allahu a'lam bi al-shawab

DAFTAR PUSTAKA

- Abu Hafsin, *Deformalisasi Islam (Ikhtiyar Membangun Islam dalam Bingkai NKRI)*, Makalah disampaikan pada Seminar "Menangkal Penetrasi Pemikiran dan Gerakan NII ke Dunia Kampus, 23 Juni 2011.
- Al-Shiddiqy, Hasbi, *Pengantar Ilmu Fiqh*, Jakarta: CV. Mulia 1967.
- An-Na'im, Abdullah Ahmad, *Dekonstruksi Syari'ah* (terj.), Yogyakarta: Pustaka Pelajar, cet.1, 1994.
- An-Na'im, Abdullahi Ahmed, *Islam dan Negara Sekuler, Menegosiasikan Masa Depan Syariah* (Terj.), Bandung: Mizan, 2007.
- Hasani, Ismail, dan Bonar Tigor Naipospos (Ed.) *Dari Radikalisme menuju Terorisme, Studi Relasi dan Transformasi Organisasi Islam Radikal di Jawa Tengah dan D.I. Yogyakarta*, Jakarta: Setara Institut, 2012.
- Ismail, Faisal, *Ideologi Hegemoni dan Otoritas Agama; Wacana ketegangan Kreatif Islam dan Pancasila*, Yogyakarta: Tiara Wacana, 1999.
- Khallaf, Abdul Wahab, *Ilmu Ushul Fiqh*, Dar al Ilmi li al-thiba'ah wa al-Nasr wa al-tauzi', cet.12, 1398 H/ 1978 M.
- Mahfudh, Sahal, *Nuansa Fiqh Sosial*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, cet.1, 1994.
- Maliki, Zainuddin, *Agama Rakyat Agama Penguasa*, Yogyakarta: Galang Press, 2000.
- Mu'jam Alfad al-Qur'an al-Karim*, Kairo: Majma al Lughah al-'Arabiyyah, juz 2, t.th.

- Mulkhan, Munir dan Bilveer Singh, *Demokrasi di bawah Bayangan Mimpi NII*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2011.
- Mulia, Musdah, *Islam dan Hak Asasi Manusia*, Yogyakarta: Naufan Pustaka, 2011
- N.J. Coulson, *A History of Islamic Law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1964.
- Qodir, Zuli, *Islam Syari'at Vis-a Vis Negara, Ideologi Gerakan Politik di Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007.
- Rachman, Budi Munawar, dan Moh. Shofan, *Sekularisme, liberalism dan Pluralisme*, Jakarta: Grasindo, 2010.
- Rahmad, M. Imdadun, *Arus Baru Islam Radikal*, Jakarta: Penerbit Erlangga, 2005.
- Salikin, Adang Djumhur, *Reformasi Syari'ah dan HAM dalam Islam*, Yogyakarta: Gama Media, 2004.
- Syaltout, Mahmud, *Al Islam Aqidah wa Syari'ah*, Kairo: Dar al Qola, 1968.
- Tap MPR RI, hasil sidang umum MPR RI tahun 1999 beserta perubahan pertama atas UUD RI tahun 1945. Jakarta: BP Panca Usaha, 1999.

KEBIJAKAN PENGAWASAN PENGELOLAAN WAKAF

Uswatun Hasanah⁹²

A. Latar Belakang

Salah satu lembaga ekonomi Islam yang sangat berperan dalam pemberdayaan ekonomi umat adalah wakaf. Dalam sejarah, wakaf telah memerankan peran yang penting dalam pengembangan sosial, ekonomi dan budaya masyarakat. Hal-hal yang menonjol dari lembaga wakaf adalah peranannya dalam membiayai berbagai pendidikan Islam dan kesehatan. Sebagai contoh misalnya di Mesir, Saudi Arabia, Turki dan beberapa negara lainnya, pembangunan dan berbagai sarana dan prasarana pendidikan dan kesehatan dibiayai dari hasil pengembangan wakaf. Kestinambungan manfaat hasil wakaf dimungkinkan oleh berlakunya wakaf produktif yang didirikan untuk menopang berbagai kegiatan sosial dan keagamaan. Wakaf produktif pada umumnya berupa tanah pertanian atau perkebunan, gedung-gedung komersial, dikelola

⁹²Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Indonesia

sedemikian rupa sehingga mendatangkan keuntungan yang sebagian hasilnya dipergunakan untuk membiayai berbagai kegiatan tersebut. Bahkan dalam sejarah, wakaf sudah dikembangkan dalam bentuk apartemen, ruko dan lain-lain. Di samping apartemen dan ruko, terdapat pula wakaf toko makanan, pabrik-pabrik, dapur umum, mesin-mesin pabrik, alat-alat pembakar roti, pemeras minyak, tempat pemandian, dan lain-lain. Wakaf produktif ini kemudian dipraktikkan di berbagai negara sampai sekarang. Hasil dari pengelolaan wakaf tersebut dimanfaatkan untuk menyelesaikan berbagai masalah sosial ekonomi umat.

Meskipun dalam sejarah wakaf telah memainkan peranan yang sangat penting dalam pembangunan masyarakat, namun dijumpai pula berbagai kenyataan di beberapa negara yang tidak berhasil mengelola wakaf. Di samping pengelolaannya yang tidak memadai, cukup banyak wakaf yang diselewengkan. Hal ini juga terjadi di Indonesia. Sebenarnya Indonesia merupakan salah satu negara yang memiliki harta wakaf yang cukup banyak. Pada umumnya harta wakaf yang ada di Indonesia berupa tanah dan peruntukkannya antara lain untuk masjid, mushalla, sekolahan, madrasah, dan lain-lain yang berkaitan dengan tempat peribadatan. Di Indonesia masih sedikit sekali wakaf yang dikelola secara produktif. Beberapa nazhir yang mengelola wakaf secara produktif di Indonesia memang ada, misalnya wakaf yang dikelola oleh Yayasan Badan Wakaf UII, Yayasan Badan Wakaf Sultan Agung, Yayasan Pemeliharaan dan Perluasan Wakaf Modern Gontor, dan lain-lain. Dari segi benda yang diwakafkan, pada umumnya benda yang diwakafkan di Indonesia

berupa benda tidak bergerak, yakni tanah. Padahal sebenarnya benda yang boleh diwakafkan tidak hanya berupa benda tidak bergerak, tetapi juga boleh benda bergerak seperti uang, logam mulia, surat berharga, kendaraan, hak atas kekayaan intelektual, hak sewa, dan benda bergerak lain sesuai dengan ketentuan syariah dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Wakaf uang memang belum lama dikenal di Indonesia. Padahal wakaf uang (wakaf tunai) tersebut sebenarnya sudah cukup lama dikenal dalam dunia Islam, yakni sejak zaman Mamluk. Memang, para ahli fikih memperdebatkan boleh atau tidaknya uang diwakafkan. Ada sebagian ulama yang membolehkan wakaf uang, dan ada sebagian ulama yang melarangnya, dan masing-masing mempunyai alasan yang memadai. Meskipun wakaf uang sudah dikenal pada masa Imam Mazhab, namun wakaf uang baru akhir-akhir ini mendapat perhatian para ilmuwan dan menjadi bahan kajian yang intensif. Di berbagai Negara wakaf uang ini sudah lama menjadi bahan kajian, dan bahkan sudah dipraktikkan serta diatur dalam peraturan perundang-undangan. Yang menjadi masalah di berbagai tempat baik di Indonesia maupun di negara lain adalah pengelolaannya. Tidak jarang wakaf dikelola dengan manajemen yang kurang bagus sehingga dapat mengakibatkan wakaf tersebut berkurang atau hilang. Padahal wakaf sebagai harta Allah tidak boleh berkurang sedikitpun. Agar wakaf dapat dikelola oleh nazhir yang profesional dan harta wakafnya dapat berkembang dengan baik, maka wakaf harus dikelola secara transparan dan akuntabilitas. Yang menjadi

masalah berikutnya adalah cara melakukan pengawasan terhadap pengelolaan wakaf tersebut. Dalam kesempatan ini penulis akan membahas mengenai "Kebijakan Pengelolaan Wakaf di Indonesia".

B. Wakaf dan Wakaf Uang

Wakaf adalah salah satu lembaga yang sangat dianjurkan dalam ajaran Islam untuk dipergunakan oleh seseorang sebagai sarana penyaluran rezeki yang diberikan oleh Allah kepadanya. Meskipun wakaf tidak jelas dan tegas disebutkan dalam al-Qur'an, tetapi ada beberapa ayat yang digunakan oleh para ahli sebagai dasar hukum disyariatkannya wakaf. Sebagai contoh misalnya firman Allah yang artinya lebih kurang sebagai berikut "Hai orang-orang yang beriman, nafkahkanlah (di jalan Allah) sebagian yang baik-baik dari hasil usahamu dan dari apa yang Kami keluarkan dari bumi untuk kamu. Dan janganlah kamu memilih yang buruk-buruk di antaranya yang kamu nafkahkan..." (al-Baqarah, ayat 267).

Di samping beberapa ayat ada juga beberapa Hadits yang memerintahkan manusia untuk berbuat baik kepada sesama manusia dalam masyarakat. Adapun hadits yang dijadikan landasan khusus perbuatan mewakafkan harta yang dimiliki seseorang adalah hadits yang diirwayatkan oleh Jama'ah; yang mana hadits itu menyebutkan bahwa Umar pernah mendapatkan sebidang tanah di Khaibar, kemudian ia bertanya (kepada Rasulullah): Ya Rasulullah, saya mendapat sebidang tanah di Khaibar, suatu harta yang belum pernah kudapat sama sekali yang lebih baik

bagiku selain tanah itu, lalu apa yang hendak engkau perintahkan kepadaku ? Kemudian Nabi menjawab; “Jika engkau mau, tahanlah pangkalnya dan sedekahkan hasilnya”. Kemudian Umar menyedekahkannya dengan syarat tidak boleh dijual, tidak boleh dihibahkan dan tidak boleh diwariskan. Adapun hasilnya itu disedekahkan untuk orang-orang fakir dan keluarga dekat, untuk memerdekakan hamba sahaya, untuk menjamu tamu, untuk orang yang kehabisan bekal dalam perjalanan (ibnussabil) dan tidak berdosa orang yang mengurusinya itu untuk memakan sebagiannya dengan cara yang wajar dan untuk memberi makan (kepada keluarganya) dengan syarat jangan dijadikan hak milik. Dalam satu riwayat disebutkan bahwa harta yang diwakafkan tersebut tidak boleh dikuasai pokoknya (Asy-Syaukani, Jilid IV: 127).

Wakaf merupakan salah satu lembaga sosial ekonomi Islam yang potensinya belum sepenuhnya digali dan dikembangkan. Pada akhir-akhir ini upaya untuk mengembangkan potensi wakaf ini terus menerus dilakukan melalui berbagai pengkajian, baik dari segi peranannya dalam sejarah, maupun kemungkinan peranannya di masa yang akan datang. Cukup banyak pemikir-pemikir Islam khususnya pakar hukum Islam dan ekonomi Islam, sebagai contoh misalnya, Monzer Kahf, Khaled R. Al-Hajeri dan Abdulkader Thomas, M.A. Mannan dan lain-lain melakukan pengkajian tentang wakaf. Pengkajian tentang wakaf ini tidak hanya terjadi di universitas-universitas Islam, tetapi juga di Harvard University. Di Universitas ini para pakar ekonomi syari’ah berkumpul setiap tahunnya untuk mengkaji masalah ekonomi

Islam termasuk di dalamnya mengenai wakaf. Di Indonesia sendiri, saat ini wakaf juga cukup mendapat perhatian dari para ilmuwan dan para praktisi. Hal ini dibuktikan dengan adanya berbagai seminar maupun lokakarya dan karya ilmiah tentang wakaf baik itu berupa skripsi, tesis maupun disertasi. Bahkan pada saat ini cukup banyak perguruan tinggi yang menjadikan wakaf sebagai salah satu mata kuliah seperti contohnya di Fakultas Hukum UI, Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara, Islamic Economics and Finance (IEF), Post Graduate Program, Trisakti University, PSTTI Pascasarjana UI dan lain-lain. Hal ini semakin meyakinkan kita bahwa wakaf merupakan salah satu lembaga sosial-ekonomi Islam yang potensial untuk dikembangkan.

Para ulama sepakat bahwa dalam pembentukan wakaf diperlukan beberapa rukun. Menurut 'Abdul Wahhab Khallaf, rukun wakaf ada empat: (1) Orang yang berwakaf atau wakif, yakni pemilik harta benda yang melakukan tindakan hukum; (2) Harta yang diwakafkan atau *mauquf bih* sebagai obyek perbuatan hukum; (3) Tujuan wakaf atau yang berhak menerima, yang disebut *mauquf 'alaih*; dan (4) Pernyataan wakaf dari wakif yang disebut *sighat* atau ikrar wakaf. Dari ke empat rukun tersebut, *mauquf bih* merupakan salah satu rukun yang relevan dengan topik yang sedang kita kaji. Harta yang diwakafkan merupakan hal yang sangat penting dalam perwakafan. Namun demikian harta yang diwakafkan tersebut baru sah sebagai harta wakaf, kalau benda tersebut memenuhi syarat. Adapun syarat-syarat itu antara lain adalah sebagai berikut:

1. Benda yang diwakafkan harus bernilai ekonomis, tetap zatnya dan boleh dimanfaatkan menurut ajaran Islam dalam kondisi apapun (Muhammad Salam Madkur, 1970: 304). Namun dalam *Qanun* yang ada di Mesir wakaf (benda yang diwakafkan) tidak hanya dibatasi pada benda-benda tidak bergerak, tetapi juga benda-benda bergerak (Wahbah az-Zuhaily; 185).
2. Benda yang diwakafkan harus jelas wujudnya dan pasti batas-batasnya. Syarat ini dimaksudkan untuk menghindari perselisihan dan permasalahan yang mungkin terjadi di kemudian hari setelah harta tersebut diwakafkan. Dengan kata lain persyaratan ini bertujuan untuk menjamin kepastian hukum dan kepastian hak bagi mustahik untuk memanfaatkan benda tersebut (Wahbah az-Zuhaily: 185);
3. Harta yang diwakafkan itu harus benar-benar kepunyaan wakif secara sempurna, artinya bebas dari segala beban (Muhammad 'Ubaid al-Kubaisyi, 1977: 351);
4. Benda yang diwakafkan harus kekal. Pada umumnya para ulama berpendapat bahwa benda yang diwakafkan zatnya harus kekal (Muhammad Abu Zahrah, 1971: 103). Ulama Hanafiyyah mensyaratkan bahwa harta yang diwakafkan itu "*ain*" (zatnya) harus kekal dan memungkinkan dapat dimanfaatkan terus menerus. Mereka berpendapat bahwa pada dasarnya benda yang dapat diwakafkan adalah benda tidak bergerak. Akan tetapi menurut mereka (Ulama Hanafiyyah) benda bergerak dapat diwakafkan dalam beberapa hal: Pertama, keadaan harta bergerak itu mengikuti benda tidak bergerak

dan ini ada dua macam: (1) Barang tersebut mempunyai hubungan dengan sifat diam di tempat dan tetap, misalnya bangunan dan pohon. Menurut Ulama Hanafiyyah bangunan dan pohon termasuk benda bergerak yang bergantung pada benda tidak bergerak. (2) Benda bergerak yang dipergunakan untuk membantu bhenda tidak bergerak seperti alat untuk membajak, kerbau yang dipergunakan bekerja dan lain-lain. Kedua, kebolehan wakaf benda bergerak itu berdasarkan asar yang memperbolehkan wakaf senjata dan binatang-binatang yang dipergunakan untuk berperang. Sebagaimana diriwayatkan bahwa Khalid bin Walid pernah mewakafkan senjatanya untuk berperang di jalan Allah ta'ala. Ketiga, wakaf benda bergerak itu mendatangkan pengetahuan seperti wakaf kitab-kitab dan mushaf. Menurut Ulama Hanafiyyah, pengetahuan adalah sumber pemahaman dan tidak bertentangan dengan nas. Mereka menyatakan bahwa untuk mengganti benda wakaf yang dikhawatirkan tidak kekal adalah memungkinkan kekalnya manfaat. Menurut mereka mewakafkan buku-buku dan mushaf di mana yang diambil adalah pengetahuannya, kasusnya sama dengan mewakafkan *dirham dan dinar*. Oleh karena itu Ulama Hanafiyyah membolehkan **wakaf uang**. Ulama Hanafiyyah juga memperbolehkan mewakafkan barang-barang yang memang sudah biasa dilakukan pada masa lalu seperti tempat memanaskan air, sekop, kampak sebagai alat manusia bekerja (Muhammad Abu Zahrah, 1971: 103 - 104).

Dari beberapa pendapat yang sudah dikemukakan jelas bahwa pada prinsipnya para ulama termasuk ulama Hanafiyyah berpendapat bahwa syarat benda yang diwakafkan adalah benda-benda tidak bergerak, hanya benda-benda bergerak tertentu saja yang boleh diwakafkan, yakni benda-benda yang memenuhi syarat yang sudah dikemukakan dan jenis-jenis benda yang sudah pernah diwakafkan oleh para sahabat.

Selain ulama Hanafiyyah, Imam az-Zuhri juga berpendapat bahwa mewakafkan dinar, hukumnya boleh dengan cara menjadikan dinar tersebut sebagai modal usaha. Keuntungan dari usaha tersebut kemudian disalurkan kepada *mauquf 'alaih*. Di samping Imam az-Zuhri dan Ulama Hanafiyyah, sebagian Ulama Mazhab Syafi'i juga membolehkan wakaf dinar dan dirham. Bolehnya mewakafkan benda-benda bergerak seperti uang dan saham ini sangat penting untuk mengembangkan benda-benda tidak bergerak. Untuk itu perumusan tentang benda yang boleh diwakafkan sangat diperlukan, terutama di negara yang wakafnya belum berkembang dengan baik seperti Indonesia. Hasil perumusan tersebut harus disosialisasikan kepada umat Islam, sehingga umat Islam memahami masalah perwakafan dengan baik dan benar. Dengan demikian umat Islam dapat mengembangkan wakaf yang ada secara produktif dan hasilnya dapat dipergunakan untuk mewujudkan kesejahteraan sosial.

Mengenai wakaf uang di Indonesia, pada saat ini sudah tidak ada masalah lagi. Pada tanggal 11 Mei 2002 Komisi Fatwa Majelis Ulama Indonesia telah

menetapkan fatwa tentang wakaf uang, yang isinya adalah sebagai berikut:

1. Wakaf uang (*Cash Wakaf/Waqf al-Nuqud*) adalah wakaf yang dilakukan seseorang, kelompok orang, lembaga atau badan hukum dalam bentuk uang tunai.
2. Termasuk ke dalam pengertian uang adalah surat-surat berharga.
3. Wakaf uang hukumnya jawaz (boleh).
4. Wakaf uang hanya boleh disalurkan dan digunakan untuk hal-hal yang dibolehkan secara syar'i.
5. Nilai pokok wakaf uang harus dijamin kelestariannya, tidak boleh dijual, dihibahkan, dan atau diwariskan.

Wakaf uang ini penting sekali untuk dikembangkan di Indonesia di saat kondisi perekonomian yang kian memburuk. Wakaf uang dapat dipergunakan untuk menyelesaikan masalah-masalah sosial yang terjadi di Indonesia.

C. Wakaf dan Permasalahannya di Indonesia

Sebagaimana sudah dikemukakan, wakaf di Indonesia pada umumnya berupa tanah. Sayangnya tanah wakaf tersebut belum dikelola secara produktif, sehingga wakaf di Indonesia belum dapat berperan dalam memberdayakan ekonomi umat. Menurut penulis ada beberapa faktor yang menyebabkan wakaf di Indonesia belum berperan dalam memberdayakan umat:

1. *Masalah Pemahaman Masyarakat tentang Hukum Wakaf*

Pada umumnya masyarakat belum memahami hukum wakaf dengan baik dan benar, baik dari segi rukun dan syarat wakaf, maupun maksud disyariatkannya wakaf. Memahami rukun wakaf bagi masyarakat sangat penting, karena dengan memahami rukun wakaf, masyarakat bisa mengetahui siapa yang boleh berwakaf, apa saja yang boleh diwakafkan, untuk apa dan kepada siapa wakaf diperuntukkan, bagaimana cara berwakaf, dan siapa saja yang boleh menjadi nazhir. Pada saat ini cukup banyak masyarakat yang memahami bahwa benda yang dapat diwakafkan hanyalah benda tidak bergerak seperti tanah, bangunan dan benda-benda tidak bergerak lainnya. Dengan demikian peruntukannyapun sangat terbatas, seperti untuk mesjid, mushalla, rumah yatim piatu, madrasah, sekolah dan sejenisnya. Pada umumnya masyarakat mewakafkan tanahnya untuk dibangun mesjid, karena mesjid dipergunakan untuk beribadah. Walaupun wakaf untuk mesjid penting, namun jika mesjid sudah banyak, akan lebih manfaat jika wakif mewakafkan hartanya untuk hal-hal yang lebih produktif. Karena pemahamannya masih pada wakaf konsumtif, maka nazhir yang dipilih oleh wakif juga mereka yang ada waktu untuk menunggu dan memelihara mesjid. Dalam hal ini wakif kurang mempertimbangkan kemampuan nazhir untuk mengembangkan mesjid sehingga mesjid menjadi pusat kegiatan umat. Dengan demikian wakaf yang ada, hanya terfokus untuk memenuhi kebutuhan peribadatan, dan sangat sedikit wakaf yang berorientasi untuk meningkatkan perkonomian umat. Padahal jika dilihat dari sejarah wakaf pada masa lampau, baik yang dilakukan Nabi Muhammad maupun para sahabat,

selain mesjid dan tempat belajar, cukup banyak wakaf yang berupa kebun yang hasilnya diperuntukkan bagi mereka yang memerlukan. Untuk mengatasi masalah ini sebaiknya, di negara yang bersangkutan dilakukan perumusan konsepsi fikih wakaf baru, kemudian dituangkan dalam Undang-undang tentang Wakaf, dan undang-undang tersebut disosialisasikan kepada masyarakat. Dengan demikian perwakafan dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya, sehingga tujuan wakaf dapat tercapai. Alhamdulillah pada saat ini Indonesia sudah memiliki Undang-undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf dan Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tentang Pelaksanaan Undang-undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf.

2. Pengelolaan dan Manajemen Wakaf

Saat ini ada beberapa negara yang pengelolaan dan manajemen wakafnya sangat memprihatinkan. Sebagai akibatnya cukup banyak harta wakaf terlantar dalam pengelolaannya, bahkan ada harta wakaf yang hilang. Salah satu sebabnya antara lain adalah karena umat Islam pada umumnya hanya mewakafkan tanah dan bangunan sekolah, dalam hal ini wakif kurang memikirkan biaya operasional sekolah, dan nazhirnya kurang profesional. Oleh karena itu kajian mengenai manajemen pengelolaan wakaf ini sangat penting. Kurang berperannya wakaf dalam memberdayakan ekonomi umat di Indonesia dikarenakan wakaf tidak dikelola secara produktif. Untuk mengatasi masalah ini, paradigma baru dalam pengelolaan wakaf harus diterapkan. Wakaf harus dikelola secara produktif dengan menggunakan manajemen modern. Untuk

mengelola wakaf secara produktif, ada beberapa hal yang perlu dilakukan sebelumnya. Selain perumusan konsepsi fikih wakaf dan peraturan perundang-undangan, nazhir harus profesional untuk mengembangkan harta yang dikelolanya, apalagi jika harta wakaf tersebut berupa uang. Di samping itu, untuk mengembangkan wakaf secara nasional juga diperlukan badan khusus yang antara melakukan pembinaan nazhir, seperti Badan Wakaf Mesir. Alhamdulillah pada saat ini sudah ada Keputusan Presiden Tentang Pengangkatan Anggota Badan Wakaf Indonesia.

3. Benda yang diwakafkan dan Nazhir Wakaf.

Nazhir adalah salah satu unsur penting dalam perwakafan. Berfungsi atau tidaknya wakaf sangat tergantung pada kemampuan nazhir. Di berbagai negara yang wakafnya dapat berkembang dan berfungsi untuk memberdayakan umat, wakaf dikelola oleh nazhir yang profesional. Sayangnya, masih ada beberapa negara yang wakafnya dikelola oleh mereka yang kurang profesional, bahkan ada beberapa nazhir yang kurang memahami hukum wakaf, termasuk kurang memahami hak dan kewajibannya. Kasus semacam ini juga terjadi di Indonesia, bahkan pada umumnya wakaf di Indonesia dikelola nazhir yang belum mampu mengelola wakaf yang menjadi tanggungjawabnya. Dengan demikian, wakaf yang diharapkan dapat memberi kesejahteraan pada umat, kadangkala biaya pengelolaannya terus-menerus tergantung pada zakat, infaq dan shadaqah masyarakat. Pada hal andaikata, nazhirnya kreatif, dia bisa mengelola wakafnya secara produktif. Sayangnya, cukup banyak tanah yang diwakafkan luasnya hanya

cukup untuk mushalla. Untuk menghadapi masalah ini, harus disosialisasikan kepada masyarakat perlunya dikembangkan wakaf benda bergerak, selain benda tidak bergerak. Di samping itu, dalam berbagai kasus ada sebagian nazhir yang kurang memegang amanah, seperti melakukan penyimpangan dalam pengelolaan, kurang melindungi harta wakaf, dan kecurangan-kecurangan lain sehingga memungkinkan wakaf tersebut berpindah tangan. Kondisi ini juga pernah terjadi di Turki, yang menyebabkan Pemerintah mengeluarkan Undang-undang. Pada waktu itu ada keluhan dari masyarakat tentang sikap negatif nazhir dan wali serta kerusakan yang mereka lakukan terhadap harta wakaf, serta tidak terealisasinya tujuan yang diinginkan wakif (Monzer Kahf, 2005: 296). Selain Turki, kasus serupa juga terjadi di Indonesia. Untuk mengatasi masalah ini, hendaknya calon wakif sebelum berwakaf memperhatikan lebih dahulu apa yang diperlukan masyarakat, dan dalam memilih nazhir hendaknya mempertimbangkan kompetensinya.

4. Masalah pengawasan pengelolaan wakaf.

Masalah pengawasan adalah hal yang sangat mutlak dilakukan. Selama beratus-ratus tahun perwakafan di Indonesia kurang mendapat pengawasan yang serius. Akibatnya, cukup banyak harta wakaf yang terlantar bahkan ada sebagian harta wakaf yang hilang. Di berbagai negara yang sudah maju perwakafannya, unsur pengawasan merupakan salah satu unsur yang sangat penting, apalagi jika wakaf yang dikembangkan adalah wakaf uang atau benda bergerak lainnya. Oleh

karena itu suatu lembaga wakaf dalam hal ini nazhirnya harus bersedia untuk diaudit.

Kalau seseorang akan mengkaji tentang pengelolaan wakaf, ia juga harus membahas tentang nadzir wakaf. Hal ini disebabkan karena berkembang tidaknya harta wakaf, salah satu di antaranya sangat tergantung pada nadzir wakaf. Walaupun para mujtahid tidak menjadikan nadzir sebagai salah satu rukun wakaf, namun para ulama sepakat bahwa wakif harus menunjuk nadzir wakaf. Mengingat pentingnya nadzir dalam pengelolaan wakaf, maka di Indonesia nadzir ditetapkan sebagai unsur perwakafan. Pengangkatan nadzir ini tampaknya ditujukan agar harta wakaf tetap terjaga dan terpelihara sehingga harta wakaf itu tidak sia-sia. Nadzir adalah orang yang diserahi tugas untuk mengurus dan memelihara benda wakaf. Pengertian ini kemudian di Indonesia dikembangkan menjadi kelompok orang atau Badan Hukum yang diserahi tugas untuk memelihara dan mengurus benda wakaf. Dengan demikian nadzir dapat diartikan sebagai orang atau pihak yang berhak untuk bertindak atas harta wakaf, baik untuk mengurus, memelihara, dan mendistribusikan hasil wakaf kepada orang yang berhak menerimanya, ataupun mengerjakan segala sesuatu yang memungkinkan harta itu tumbuh dengan baik dan kekal (Muhammad Ibn. Isma'al ash-Shan'any: 112). Dari pengertian nadzir yang sudah dikemukakan jelas bahwa dalam perwakafan nazhir memegang peranan yang sangat penting. Agar harta itu dapat berfungsi sebagaimana mestinya dan dapat berlangsung terus-menerus, maka harta itu harus

dijaga, dipelihara, dan dikembangkan. Dilihat dari tugas nazhir, di mana dia berkewajiban untuk menjaga, mengembangkan dan melestarikan manfaat dari harta yang diwakafkan bagi orang-orang yang berhak menerimanya, jelas bahwa berfungsi dan tidak berfungsi suatu berwakafan bergantung pada nazhir.

Dalam hukum Islam, wakaf tidak terbatas pada benda tidak bergerak tetapi juga benda bergerak termasuk uang. Di beberapa negara seperti Mesir, Yordania, Saudi Arabia, Turki, Kuwait, wakaf selain berupa sarana dan prasarana ibadah dan pendidikan juga berupa tanah pertanian, perkebunan, flat, hotel, pusat perbelanjaan, uang, saham, real estate dan lain-lain yang semuanya dikelola secara produktif. Dengan demikian hasilnya benar-benar dapat dipergunakan untuk mewujudkan kesejahteraan umat. Sepanjang sejarah Islam, wakaf telah berperan sangat penting dalam pengembangan kegiatan-kegiatan sosial, ekonomi dan kebudayaan masyarakat Islam serta telah memfasilitasi sarjana dan mahasiswa dengan sarana dan prasarana yang memadai yang memungkinkan mereka melakukan berbagai kegiatan seperti riset dan menyelesaikan studi mereka. Cukup banyak program-program yang didanai dari hasil wakaf seperti penulisan buku, penerjemahan dan kegiatan-kegiatan ilmiah dalam berbagai bidang termasuk bidang kesehatan. Wakaf tidak hanya mendukung pengembangan ilmu pengetahuan, tetapi juga menyediakan berbagai fasilitas yang diperlukan mahasiswa maupun masyarakat. Sebagai contoh misalnya di bidang kesehatan, lembaga wakaf juga

menyediakan fasilitas-fasilitas untuk meningkatkan kesehatan masyarakat dan fasilitas pendidikan dengan pembangunan rumah sakit, sekolah medis, dan pembangunan industri obat-obatan serta kimia.

Pada saat ini, di Indonesia sedang dilakukan sosialisasi wakaf uang. Di negara lain seperti Turki, Kuwait, Bangladesh sudah cukup lama dikembangkan, sehingga dapat mengembangkan harta benda wakaf yang lain. Hasil pengelolaan wakaf di negara-negara tersebut sangat membantu menyelesaikan berbagai masalah umat, khususnya masalah sosial dan ekonomi masyarakat. Wakaf uang sebenarnya sudah dikenal oleh para ulama klasik. Ulama yang membolehkan wakaf uang berpendapat, bahwa uang dapat diwakafkan asalkan uang tersebut diinvestasikan dalam usaha bagi hasil (*mudlarabah*), kemudian keuntungannya disalurkan sesuai dengan tujuan wakaf. Dengan demikian uang yang diwakafkan tetap, sedangkan yang disampaikan kepada *mauquf 'alaih* adalah hasil pengembangan wakaf uang itu. Pada saat ini sudah cukup banyak bermunculan bentuk baru pengelolaan wakaf uang. Munculnya bentuk-bentuk pengelolaan wakaf uang tersebut tidak terlepas dari munculnya berbagai bentuk investasi dan berbagai cara dalam pengelolaan ekonomi. Salah satu bentuk baru dalam pengelolaan wakaf uang adalah wakaf uang yang dikelola oleh perusahaan investasi. Biasanya wakaf uang di sini dikelola atas asas *mudlarabah*. Dalam hal ini uang diserahkan kepada badan atau yayasan yang menerima pinjaman usaha bagi hasil atau kepada yayasan yang dikelola oleh pengelola sewaan,

sedangkan hasilnya diberikan kepada *mauquf 'alaih* sebagai amal kebaikan sesuai dengan tujuan wakaf.

C. Peranan Wakaf Uang dalam Memberdayakan Ummat

Pada dasarnya semua wakaf harus dikembangkan secara produktif, namun pengembangannya tentu disesuaikan dengan benda yang diwakafkan dan peruntukannya. Sebagaimana sudah dikemukakan bahwa di Indonesia memiliki tanah wakaf yang cukup banyak dan luas. Di antara tanah-tanah wakaf tersebut cukup banyak yang dapat dikembangkan dan dikelola secara produktif. Kendala utama yang dihadapi dalam pengembangan wakaf di Indonesia adalah terbatasnya nazhir profesional dan dana untuk mengelola dan mengembangkan wakaf benda tidak bergerak. Sebagaimana sudah penulis kemukakan bahwa di Indonesia cukup banyak tanah wakaf yang memungkinkan dikelola secara produktif karena tanahnya yang cukup luas dan tempatnya sangat strategis untuk dibangun gedung sebagai tempat usaha atau disewakan. Yang menjadi masalah adalah tidak adanya dana wakaf yang dapat dipergunakan untuk mengelola lahan-lahan yang potensial untuk dikembangkan. Apabila tanah-tanah wakaf tersebut dikelola sesuai dengan kondisi tanah-tanah tersebut oleh para nazhir profesional, menurut penulis hasilnya bisa dipergunakan untuk memberdayakan masyarakat. Yang menjadi masalah saat ini adalah cara menghimpun wakaf tunai dari masyarakat, karena kalau ada komitmen dari untuk menjangkau dana wakaf dari masyarakat, dana tersebut dapat dipergunakan

untuk membangun hotel, rumah sakit, apartemen (untuk disewakan), menghidupkan lahan pertanian dan perkebunan yang berupa tanah wakaf.

Sebagaimana sudah kita ketahui bersama bahwa pada saat ini masih cukup banyak saudara-saudara kita yang hidup di bawah garis kemiskinan, tetapi di sisi sebenarnya cukup banyak juga saudara-saudara kita yang sudah berkecukupan bahkan lebih dari cukup. Apabila kesadaran untuk berwakaf khususnya wakaf uang ada pada setiap orang Islam yang mampu dan uang yang diwakafkan diinvestasikan dalam berbagai usaha oleh nazhir, penulis yakin permasalahan kemiskinan di Indonesia bisa diatasi.

Dalam kaitannya dengan pengembangan wakaf ini penulis ambil contoh di Sudan dan Kuwait. Untuk mengembangkan wakaf, di Sudan dibentuk Badan Wakaf yang bekerja tanpa ada keterikatan secara birokratis dengan Kementerian Wakaf. Badan Wakaf Sudan ini mengurus wakaf yang belum tertib dan mengawasi jalannya pengelolaan wakaf dan menyerahkan wewenang sepenuhnya kepada nazhir (Monzer Kahf, 2005: 308). Yang perlu diperhatikan dalam praktik perwakafan di Sudan adalah berdirinya badan wakaf yang menggunakan sistem manajemen yang sesuai dengan kondisi perwakafan di Sudan. Tugas utama Badan Wakaf Sudan adalah (a) menggalakkan wakaf baru, dan (b) meningkatkan pengembangan harta wakaf produktif. Untuk menggalakkan wakaf baru, Badan Wakaf Sudan membuat produksi dan investasi proyek-proyek wakaf yang dapat memenuhi kebutuhan masyarakat dan pembangunan umum. Di antara proyek tersebut antara

lain adalah proyek wakaf pembangunan asrama mahasiswa; proyek wakaf pembangunan rumah sakit; proyek pembangunan pasar sebagai pusat perdagangan, dan lain-lain. Di samping itu Badan Wakaf Sudan juga mempunyai proyek wakaf yang disebut Lembaga Dana Sosial yang bertujuan menggalang dana wakaf umum untuk diinvestasikan pada pasar uang dan properti, serta menyalurkan hasilnya untuk berbagai tujuan kebaikan sesuai yang ditentukan program tahunan dan anggaran tahunan Badan Wakaf. Adapun garapan Badan Wakaf Sudan yang kedua adalah mengelola dan melakukan investasi wakaf lama yang ada di tengah-tengah masyarakat Sudan. Untuk wakaf yang jelas akte dan memenuhi syarat termasuk jelas nadzirnya, Badan Wakaf hanya membantu nazhir dalam mengembangkan harta wakaf, dan bila perlu memberi bantuan dana kepada wakaf yang ada, tetapi terhadap wakaf yang belum ada aktenya dan syarat-syaratnya juga tidak jelas, Badan Wakaf mengurusnya dan menjadikan dirinya sebagai nazhir untuk mengembangkan harta wakaf tersebut, dan mengelola secara produktif untuk disalurkan hasilnya kepada mereka yang berhak. Untuk mengembangkan wakaf tersebut Badan Wakaf mendirikan beberapa perusahaan, antara lain Perusahaan Kontraktor. Perusahaan ini bertujuan melakukan rehabilitasi bangunan serta membuat perencanaan bangunan dan penyelesaiannya. Selain itu Badan Wakaf mendirikan bank untuk membantu proyek pengembangan wakaf, dan juga mendirikan perusahaan pengembangan bisnis dan industri (Monzer Kahf, 2005: 312). Dengan program seperti ini jelas wakaf yang sudah ada

terkelola dengan baik, dan yang wakaf barupun dapat digerakkan dan dikembangkan.

Pada tahun 1993 Kementerian Wakaf Kuwait melakukan penertiban terhadap semua wakaf yang ada. Kementerian Wakaf sengaja membentuk semacam perserikatan wakaf yang merupakan lembaga pemerintah yang berdiri secara independen dalam mengambil keputusan, walaupun secara administrasi lembaga tersebut bekerja berdasarkan peraturan pemerintah. Lembaga Wakaf ini mempunyai strategi kerja yang mengacu pada dua hal, yang keduanya bertujuan untuk melaksanakan wakaf secara efektif. Pertama, Lembaga Wakaf mengembangkan harta wakaf yang sudah ada di Kuwait melalui berbagai saluran investasi, dan membagikan hasilnya sesuai dengan syarat yang ditetapkan oleh Wakif. Sedangkan yang kedua, Lembaga Wakaf membuat jaringan dan program untuk menggalakkan wakaf baru. Untuk itu Lembaga tersebut melakukan kampanye gerakan wakaf dengan tujuan mengajak masyarakat berwakaf dan melakukan penyuluhan pemanfaatan wakaf untuk pembangunan masyarakat di bidang peradaban, pendidikan dan sosial. Dalam melaksanakan tugasnya, Lembaga Wakaf ini menggunakan sistem kerja terstruktur berdasarkan bidang dan spesialisasi masing-masing, namun tetap untuk mencapai tujuan yang sama dalam memanej semua harta wakaf. Maka untuk merealisasikan tujuan dari pembentukan Lembaga Wakaf ini, dibentuk dua bagian utama, yaitu”

1. Bagian investasi dan pengembangan harta wakaf lama dan baru dan pencapaian hasil-hasilnya.

2. Bagian penyaluran hasil-hasil wakaf yang ada sesuai dengan tujuannya masing-masing dan melakukan kampanye pembentukan wakaf baru yang dapat memberi pelayanan kepada masyarakat berdasarkan prioritas dan tingkat kebutuhannya.

Sistem kerja terstruktur tersebut telah membentuk dua bagian penting dalam lembaga wakaf, yaitu bagian investasi yang terdiri dari beberapa bagian, misalnya bagian investasi bidang properti dan non properti, bagian dana dan proyek yang terdiri dari beberapa saluran dana dan proyek yang diperlukan dalam masyarakat. Bagian investasi dalam lembaga wakaf ini secara khusus menangani investasi harta wakaf dan mengembangkannya, serta mengoptimalkan pelaksanaannya untuk meningkatkan hasil-hasilnya. Strategi investasi pada bagian investasi bersandar pada sistem terstruktur yang melaksanakan tugasnya sesuai dengan spesialisasi dan bidangnya masing-masing. Bidang investasi properti dan non properti, masing-masing mempunyai kantor sendiri, tetapi semua bagian menjalin kerjasama antara satu dengan lainnya dalam rangka menjaga kelancaran dan pelaksanaan investasi ideal yang meliputi semua jenis investasi dengan resiko yang kecil, dan secara geografis kawasan investasi mudah melakukan distribusi. Investasi ini ada kalanya di bidang properti, keuangan maupun jasa. Dengan demikian Lembaga Wakaf di Kuwait telah memberi kontribusi yang sangat besar dalam membuat berbagai kawasan investasi keuangan yang semuanya terikat dengan hukum syari'ah, dan telah diagendakan untuk jangka pendek, menengah dan jangka panjang. Untuk

menangani hal-hal di atas, Lembaga Wakaf juga telah membentuk bagian investasi yang secara khusus menangani bidang investasi keuangan. Dengan adanya sistem manajemen investasi, Lembaga Wakaf telah membentuk perusahaan manajemen properti, dimana semua pengelola harta properti wakaf menyatu di perusahaan tersebut (Monzer Kahf, 2005: 313-315).

Selain Sudan dan Kuwait, beberapa negara seperti Mesir, Turki, Yordania, Bangladesh juga sudah mengelola wakaf mereka secara produktif. Di samping itu di negara-negara tersebut wakaf juga sudah diatur dengan peraturan perundang-undangan yang memadai. Dengan demikian wakaf dapat berkembang secara produktif, dan sudah berperan untuk mengurangi permasalahan kemiskinan dan masalah-masalah sosial lainnya. Di Indonesia, alhamdulillah pada saat ini konsepsi fikih wakaf dan pengelolaannya juga sudah dikembangkan, dan sudah dituangkan 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.

D. Peranan Nazhir dalam Pengelolaan Wakaf

Nazhir berasal dari kata kerja bahasa Arab nazhara yang mempunyai arti, menjaga, memelihara, mengelola dan mengawasi. Adapun (nazhir) adalah isim fa'il dari kata nazhara yang kemudian dapat diartikan dalam bahasa Indonesia dengan pengawas atau penjaga. (J. Hilton Cowan, 1980: 977). Sedangkan nazhir wakaf atau biasa disebut nazhir adalah orang

yang diberi tugas untuk mengelola wakaf. Pengertian ini kemudian di Indonesia dikembangkan menjadi kelompok orang atau badan hukum yang disertai tugas untuk memelihara dan mengurus benda wakaf. Dalam kitab fiqh masalah nazir ini dibahas dengan judul *al-Wilayat 'ala al-waqf* artinya penguasaan terhadap wakaf atau pengawasan terhadap wakaf. Orang yang disertai atau diberi kekuasaan atau diberi tugas untuk mengawasi harta wakaf itulah yang disebut nazhir atau *mutawalli*. Dengan demikian nazhir berarti orang yang berhak untuk bertindak atas harta wakaf, baik untuk mengurusnya, memeliharanya, mengembangkan dan mendistribusikan hasil wakaf kepada orang yang berhak menerimanya, ataupun mengerjakan segala sesuatu yang memungkinkan harta itu tumbuh dengan baik dan kekal (Ash-Shan'any: 112).

Dari pengertian nazir yang telah dikemukakan, tampak bahwa dalam perwakafan, nazir memegang peranan yang sangat penting. Agar harta itu dapat berfungsi sebagaimana mestinya dan dapat berlangsung terus-menerus, maka harta itu harus dijaga, dipelihara, dan jika mungkin dikembangkan. Dilihat dari tugas nazir, di mana dia berkewajiban untuk mengadmistrasikan harta benda wakaf, menjaga, mengembangkan harta benda sesuai dengan fungsi, tujuan, dan peruntukannya serta melestarikan manfaat dari harta yang diwakafkan bagi orang-orang yang berhak menerimanya. Di samping itu nazhir juga berkewajiban mengawasi dan melindungi harta wakaf. Dengan demikian jelas bahwa berfungsi dan tidak berfungsinya suatu perwakafan sangat tergantung pada kemampuan nazhir. Berkenaan dengan tugasnya

yang cukup berat, maka nazhirpun mempunyai hak untuk memperoleh hasil dari pengembangan wakaf. Di berbagai negara pada umumnya diatur bahwa nazhir berhak memperoleh hasil pengembangan wakaf paling banyak 10%. Di Indonesia, nazhir dapat menerima imbalan dari hasil bersih atas pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf yang besarnya tidak melebihi 10%.

Walaupun para mujtahidin tidak menjadikan nazhir sebagai salah satu rukun wakaf, namun para ulama sepakat bahwa wakif harus menunjuk nazhir wakaf (pengawas wakaf). Pengangkatan nazhir ini tampaknya ditujukan agar harta wakaf tetap terjaga dan terkelola sehingga harta wakaf itu tidak sia-sia. Begitu pentingnya keberadaan nazhir, dalam Pasal 6 Undang-undang Nomor 41 Tahun 2004 nazhir dianggap sebagai salah satu unsur wakaf. Nazhir tersebut bisa berbentuk perorangan, organisasi maupun Badan Hukum. Pengelolaan wakaf khususnya wakaf uang memang tidak mudah, karena dalam pengembangannya harus melalui berbagai usaha, dan usaha ini mempunyai resiko yang cukup tinggi. Oleh karena itu pengelolaan dan pengembangan benda wakaf, khususnya wakaf uang harus dilakukan oleh nazhir yang profesional. Dalam Pasal 10 disebutkan bahwa seseorang hanya dapat menjadi nazhir apabila memenuhi persyaratan: a. Warga negara Indonesia; b. Beragama Islam; c. Dewasa; d. Amanah; e. Mampu secara jasmani dan rohani; dan f. Tidak terhalang melakukan perbuatan hukum. Adapun tugas nazhir dalam Undang-undang Tentang Wakaf dengan jelas disebutkan dalam Pasal 11, yakni:

- a. melakukan pengadministrasian harta benda wakaf;
- b. mengelola dan mengembangkan harta benda wakaf sesuai dengan tujuan, fungsi dan peruntukannya;
- c. mengawasi dan melindungi harta benda wakaf;
- d. melaporkan pelaksanaan tugas kepada Badan Wakaf Indonesia.

Apabila dilihat dari tugas nadzir di atas, menurut penulis, nadzir selain memenuhi syarat-syarat yang disebutkan dalam Undang-undang, dalam pelaksanaannya nanti, agar nadzir dapat bekerja secara profesional dalam mengelola wakaf, maka nadzir khususnya nadzir wakaf uang juga harus memiliki kemampuan yang lain seperti:

1. memahami hukum wakaf dan peraturan perundang-undangan yang terkait dengan masalah perwakafan. Seorang nadzir sudah seharusnya memahami dengan baik hukum wakaf dan peraturan perundang-undangan yang terkait dengan masalah perwakafan. Tanpa memahami hal-hal tersebut, penulis yakin nadzir tersebut tidak akan mampu mengelola wakaf dengan baik dan benar;
2. memahami pengetahuan mengenai ekonomi syari'ah dan instrumen keuangan syari'ah. Wakaf adalah salah satu lembaga ekonomi Islam yang sangat potensial untuk dikembangkan. Oleh karena itu sudah selayaknya seorang nadzir khususnya nadzir wakaf uang dituntut memiliki dan memahami ekonomi syari'ah dan instrumen keuangan syari'ah;
3. memahami praktik perwakafan khususnya praktik wakaf uang di berbagai Negara. Dengan demikian yang bersangkutan mampu melakukan inovasi

dalam mengembangkan wakaf uang, sebagai contoh misalnya praktik wakaf uang yang dilakukan di Bangladesh, Turki, dan lain-lain;

4. mengakses ke calon wakif. Idealnya pengelola wakaf uang adalah lembaga yang ada kemampuan melakukan akses terhadap calon wakif, sehingga nadzir mampu mengumpulkan dana wakaf cukup banyak. Kondisi demikian jelas akan sangat membantu terkumpulnya dana wakaf yang cukup besar sehingga diharapkan dapat meningkatkan kesejahteraan umat.
5. mengelola keuangan secara professional dan sesuai dengan prinsip-prinsip syari'ah, seperti melakukan investasi dana wakaf. Investasi ini dapat berupa investasi jangka pendek, menengah maupun jangka panjang.
6. melakukan administrasi rekening *beneficiary*. Persyaratan ini memerlukan teknologi tinggi dan sumber daya manusia yang handal (Syafi'i Antonio, 2002).
7. melakukan distribusi hasil investasi dana wakaf. Disamping mampu melakukan investasi, diharapkan nadzir juga mampu mendistribusikan hasil investasi dana wakaf kepada *mauquf 'alaih*. Diharapkan pendistribusiannya tidak hanya bersifat konsumtif, tetapi dapat memberdayakan *mauquf 'alaih*.
8. mengelola dana wakaf secara transparan dan akuntabel.

Dengan syarat-syarat yang demikian, diharapkan nadzir benar-benar dapat mengembangkan wakaf dengan baik, sehingga hasil investasi wakaf tersebut

dapat dipergunakan untuk memberdayakan masyarakat. Untuk mendapatkan nadzir yang memenuhi syarat di atas tentu tidak gampang, tetapi memerlukan waktu. Oleh karena itu untuk menyiapkan pengelolaan dan pengembangan wakaf tunai, harus ada lembaga yang siap melakukan pelatihan bagi calon nadzir. Dalam rangka pengelolaan dan pengembangan wakaf inilah perlunya pembinaan nadzir. Untuk itu di dalam Undang-undang 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf diamanatkan perlunya dibentuk Badan Wakaf Indonesia.

Agar nazhir bekerja sesuai dengan apa yang disyaratkan wakif dan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, biasanya di setiap negara yang wakafnya sudah berkembang dengan baik dibentuk suatu lembaga atau badan yang salah satu tugasnya adalah membina dan mengawasi nazhir. Di Indonesia misalnya, dalam Pasal 47 ayat (1) Undang-undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf diamanatkan perlunya dibentuk Badan wakaf Indonesia (BWI). Dalam Pasal 49 ayat (1) disebutkan Badan Wakaf Indonesia mempunyai tugas dan wewenang:

- a. melakukan pembinaan terhadap nazhir dalam mengelola dan mengembangkan harta benda wakaf;
- b. melakukan pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf berskala nasional dan internasional;
- c. memberikan persetujuan dan atau izin atas perubahan peruntukan dan status harta benda wakaf;
- d. memberhentikan dan mengganti nazhir;

- e. memberikan persetujuan atas penukaran harta benda wakaf;
- f. memberikan saran dan pertimbangan kepada Pemerintah dalam penyusunan kebijakan di bidang perwakafan.

Dalam Pasal yang sama ayat (2) disebutkan bahwa dalam melaksanakan tugasnya BWI dapat bekerjasama dengan instansi Pemerintah baik Pusat maupun Daerah, organisasi masyarakat, para ahli, badan internasional, dan pihak lain yang dianggap perlu. Dilihat dari tugas dan wewenang BWI dalam UU ini nampak bahwa BWI selain mempunyai tanggungjawab untuk mengembangkan perwakafan di Indonesia, juga mempunyai tugas untuk membina para nazhir, sehingga nantinya wakaf dapat berfungsi sebagaimana disyariatkannya wakaf. Agar supaya wakaf dapat berkembang dengan baik dan nazhir melaksanakan tugas dan kewajibannya sesuai dengan peraturan perundang-undangan, maka harus dilakukan pengawasan terhadap pengelolaan wakaf.

E. Kebijakan Pengawasan Pengelolaan wakaf di Indonesia.

Pengawasan terhadap pengelolaan wakaf sebenarnya sudah dimulai pada masa Bani Umayyah, yakni abad ke-7 dan paruh pertama abad ke-8. Fungsinya untuk mengawasi distribusi hasil wakaf dan kemungkinan penyalahgunaan wakaf oleh nazhir. Untuk kepentingan tersebut, pemerintah membentuk Diwan al-Ahbas atau semacam Dewan Wakaf. Fungsi dewan pada masa itu hanya terbatas pada pencatatan

ikrar wakaf yang dilakukan oleh wakif dalam dokumentasi yang dikenal dengan *waqfiyya atau rasm al-tahbis*. Penguasa negeri Islam biasanya menunjuk hakim atau qadi untuk melakukan pengawasan. Akan tetapi dalam melakukan tugasnya qadi juga harus memperhatikan pandangan fikih yang dominan di suatu daerah agar fatwanya dapat berlaku efektif dan tidak menimbulkan kontroversi di kalangan masyarakat yang mungkin memiliki opini yang bertentangan (Tuti A. Najib dan Ridwan al-Makassary, 2006: 34-35).

Dari pengalaman sejarah, Mundzir Kahaf juga berpendapat bahwa pengurus wakaf memerlukan pengawasan yang ketat. Pengawasan ini dapat mengganti bagian yang hilang antara manfaat para manajer dengan kemaslahatan wakaf. Menurut Munzdir Kahaf ada dua bentuk pengawasan yang sangat penting yaitu pengawasan masyarakat setempat dan pengawasan pemerintah yang berkompeten. Barang kali yang menyebabkan hilangnya banyak harta wakaf adalah tidak adanya atau lemahnya kontrol administrasi dan keuangan. Oleh karena itu menurutnya, ada dua bentuk pengawasan keuangan dan administrasi yang diusulkan bagi manajer wakaf. Dua bentuk pengawasan ini terdiri dari pengawasan masyarakat setempat dan pengawasan pemerintah setempat. Pengawasan masyarakat dilakukan oleh dewan harta wakaf atau organisasi kemasyarakatan sesuai dengan standar kelayakan administrasi dan keuangan yang ketetapanannya diambil dari standar yang berlaku di pasar, yang pada intinya menurut standar harga atau standar gaji di lembaga ekonomi yang

berorientasi pada keuntungan, dengan tetap menjaga ciri-ciri obyektif dan tujuan-tujuannya. Pengawasan masyarakat ini bisa lebih efektif dari pengawasan yang dilakukan oleh pihak pemerintah, karena bersifat lokal terutama untuk setiap harta wakaf terikat dengan orang-orang yang berhak atas wakaf dan dengan tujuannya secara langsung. Pengawasan masyarakat ini meliputi aspek administrasi dan keuangan secara bersamaan. Adapun pengawasan yang berasal dari pemerintah terdiri dari dua aspek administrasi dan keuangan namun pengawasan ini merupakan jenis pengawasan eksternal secara berkala. Jadi pengawasana pemerintah secara administratif mengawasi administrasi keuangan wakaf dengan standar kelayakan dan produksi yang diambil dari pengawasan administrasi perusahaan perseroan yang memiliki aktifitas serupa. Pengawas keuangan dari pemerintah juga bekerja sesuai prinsip pengawasan eksternal yang dilakukan oleh pemeriksa keuangan dan pemeriksa peraturannya. Akan tetapi kementerian wakaf yang melakukan dua bentuk pengawasan ini baik menyangkut masalah keuangan maupun administrasi kepada pengurus wakaf yang berasal dari pihak swasta harus melalui lembaga khusus yang berkompeten dan berdasarkan fakta ilmiah dari kegiatan lembaga yang bekerja dengan sistem pasar. Dengan adanya sistem ganda antara kepengurusan yang tunduk pada faktor-faktor persaingan dan pengawasan masyarakat dan pemerintah baik secara administrasi maupun keuangan, diharapkan kinerja dan moral para manajer dapat dikontrol dengan baik, bahkan mungkin akan tercipta persaingan sehat antara

manajer-manajer wakaf tersebut, apabila gaji dan tunjangan mereka terikat pada dua factor, yakni (a) standar harta dipasar sesuai dengan pengalaman mereka; dan (b) produktifitas administrasi dan keuangan sesuai dengan standar yang ditentukan untuk mengukur produktifitas ini, yaitu seperti yang dilakukan pada lembaga ekonomi itu sendiri (Mundzir Kahaf, 2005: 330-331). Dengan pengawasan ganda, yakni dari masyarakat dan pemerintah tersebut, diharapkan harta wakaf dapat berkembang dengan baik dan hak-hak *mauquf 'alaih* terpenuhi, sehingga wakaf benar-benar dapat meningkatkan kesejahteraan umat. Yang harus dikaji lagi, bagaimana dengan pengawasan yang dilakukan di Indonesia?

Mengenai masalah pengawasan perwakafan di Indonesia sudah diatur dalam Undang-undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf. Dalam Pasal 63 ayat (1) disebutkan bahwa Menteri melakukan pembinaan dan pengawasan terhadap penyelenggaraan wakaf untuk mewujudkan tujuan dan fungsi wakaf. Kemudian dalam ayat (3) Pasal yang sama disebutkan bahwa pembinaan dan pengawasan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) dilakukan dengan memperhatikan saran dan pertimbangan Majelis Ulama Indonesia. Kemudian dalam Pasal 65 disebutkan bahwa dalam pelaksanaan pengawasan, Menteri dapat menggunakan akuntan publik. Masalah pengawasan ini lebih lanjut diatur dalam Peraturan Pemerintah (PP) Nomor 42 Tahun 2006 Tentang Pelaksanaan Undang-undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf. Dalam Pasal 56 Peraturan Pemerintah Nomor 42 disebutkan:

- (1) Pengawasan terhadap perwakafan dilakukan oleh pemerintah dan masyarakat, baik aktif maupun pasif.
- (2) Pengawasan aktif dilakukan dengan melakukan pemeriksaan langsung terhadap Nazhir atas pengelolaan wakaf, sekurang-kurangnya sekali dalam setahun.
- (3) Pengawasan pasif dilakukan dengan melakukan pengamatan atas berbagai laporan yang disampaikan Nazhir berkaitan dengan pengelolaan wakaf.
- (4) Dalam melaksanakan pengawasan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) pemerintah dan masyarakat dapat meminta bantuan jasa akuntan publik independen.
- (5) Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara pengawasan terhadap perwakafan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dengan Peraturan Menteri.

Dari ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam Undang-undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf dan Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2006 diharapkan harta wakaf bisa terlindungi dan pengembangannya tetap terjaga sehingga dapat berfungsi sesuai dengan kehendak wakif.

F. Kesimpulan

Dari pembahasan yang sudah dikemukakan dapat disimpulkan bahwa agar wakaf dapat memberdayakan umat, maka wakaf harus dikelola secara produktif oleh nazhir yang profesional. Perwakafan di Indonesia masih perlu pembenahan, karena walaupun peraturan perundang-undangannya sudah cukup bagus namun penerapannya belum dilakukan sebagaimana mestinya. Oleh karena itu peraturan perundang-undangan tentang wakaf dan pengelolaan wakaf secara produktif harus dilakukan oleh para nadzir. Agar nadzir dapat bekerja dengan baik baik dan benar sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka pengawasan harus dilakukan. Sesuai dengan peraturan perundang-undangan, pengawasan harus dilakukan oleh pemerintah dan masyarakat, baik secara aktif maupun pasif. Dalam melaksanakan pengawasan terhadap pengelolaan wakaf, pemerintah dan masyarakat dapat meminta bantuan jasa akuntan publik independen. Dengan pengawasan yang ketat dan baik diharapkan wakaf di Indonesia dapat dikelola dengan baik sehingga hasilnya dapat dimanfaatkan untuk memperdayakan masyarakat..

DAFTAR PUSTAKA

- Amin, Hasan 'Abdullah, *Idarah wa Tatsmir Mumtalakat al-Auqaf*, Jeddah: al-Ma'had al-Islamy li al-Buhus wa al-Tadrib al-Bank al-Islamy li Tanmiyyah, 1989
- Antonio, Muhammad Syafi'i "Bank Syariah Sebagai Pengelola Dana Wakaf", disampaikan pada Workshop Internasional Pemberdayaan Ekonomi Umat Melalui Pengelolaan Wakaf Produktif, diselenggarakan oleh DEPAG-IIIT, Batam, 7-8 Januari 2002
- Cowan, J. Hilton (ed.), *A Dictionary of Modern Written Arabic*, London: Macdonald & Evans LTD, 1980.
- Al-Jashshas, Abu Bakar Ahmad bin Ali al-Razi, *Ahkam al-Qur'an*, Jilid III, Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi, t.t.
- Al-Jaziri, Abdurrahman, *Kitab al-Fiqh 'ala al-Mazahib aal-Arba'ah*, Kaairo: Al-Istiqamat, t.t.
- Islamic Research And Training Institute, *Management and Development of Auqaf Properties*, Jeddah, Islamic Development Bank, 1987.
- Jumhuriyyah Misr al-'Arabiyyah, *Qawanin al-Auqaf wa al-Hikr wa Qararat al-Tanfiziyyah*, Cayro: Al-Haiah al-'Ammah li Syuun al-Matabi al-Amiriyyah, 1993.
- Khallaf, Abdul Wahhab, *Ahkam al-Waqf*, Mesir: Mathba'ah al-Misr, 1951.
- Kubaisyi, Muhammad 'Ubaid 'Abdullah, *Ahkam al-Waqf fi Syari'at al-Islamiyyah*, Jilid II, Baghdad: Mathba'ah al-Irsyad, 1977.
- Madkur, Muhammad Salam, *Ahkam al-Usrat fi al-Islam*, Kairo: Dar al-Nahdat al-'Arabiyyat, 1970.
- Mannan, M. A., "Cash-Waqf Certificate Global Apportunities for Developing The Social Capital Market in 21 -

- Century Voluntary Sector Banking”, di dalam Harvard Islamic Finance Information Program-Center for Middle Eastern Studies, *Proceedings of The Third Harvard University Forum on Islamic Finance*, Cambridge: Harvard University, 1999.
- _____, *Teori dan Praktik Ekonomi Islam*, diterjemahkan oleh M. Nastangin, Jogjakarta: Dana Bhakti Wakaf, 1993, hal. 385
- Muhammad ibn. Isma'il as-San'any, *Subul as-Salam*, Mesir: Muhammad Ali Sabih, t.t., Juz.III.
- Munawwir, Ahmad Warson, *Al-Munawwir Kamus Arab-Indonesia*, Yogyakarta: Unit Pengadaan buku-buku Ilmiah Keagamaan Pondok Pesantren Al-Munawwir, 1984.
- Najib A. Tuti dan Ridwan al-Makssary, *Wakaf, Tuhan dan Agenda Kemanusiaan, Studi Tentang Wakaf dalam Perspektif Keadilan Sosial di Indonesia*, Jakarta: CSRC-UIN, 2006.
- Qahaf, Mundzir, *Manajemen Wakaf Produktif*, diterjemahkan oleh H. Muhyiddin Mas Rida, Jakarta: Khalifa, 2005.
- Al-Sawaraby, Abdul Hamid, *Munaza'at al-Auqaf wa al-Ahkar*, Iskandariyyah: Munsyaat al- Ma'arif, 1982.
- Syaukani, Muhammad bin Ali bin Muhammad, *Nail al-Authar*, Mesir: Musthafa al-Babi al-Halaby, t.t. Jilid IV.
- Shan'any, Muhammad Ibn Isma'il, *Subul al-Salam*, Muhammad Ali Sabih, t. t. Juz III.
- Zuhaily, Wahbah, *Fiqh al-Islamy wa Adillatuhu*, Juz VIII. Mesir: Dar al-Fikri, t.t.
- Zuhaily, Wahbah, *Zakat: Kajian Berbagai Mazhab*, Bandung: Rosadakarya, 1995.

OPTIMALISASI WAKAF UANG BAGI PENINGKATAN KUALITAS HIDUP UMAT

Achmad Arief Budiman

A. Pendahuluan

Dalam ajaran Islam, wakaf dan ibadah maliyah lainnya merupakan amal ibadah yang memiliki potensi pemberdayaan ekonomi, dan diyakini dapat menopang kesejahteraan umat. Wakaf merupakan ibadah sosial (*ibadah ijtima'iyah*), yang manfaatnya dapat dirasakan langsung oleh publik, sehingga apabila harta wakaf ini dapat dikelola dengan baik dan benar dapat menjadi solusi untuk mengatasi problem ekonomi dan menjadi sumber permodalan pemberdayaan umat.

Wakaf adalah instrumen yang mendasarkan fungsinya pada kebajikan (*birr*), kebaikan (*ihsan*) dan persaudaraan (*ukhuwah*). Ciri utama wakaf yang sangat spesifik adalah ketika wakaf diserahkan terjadi pergeseran kepemilikan pribadi menuju kepemilikan masyarakat muslim yang diharapkan abadi dan memberikan manfaat secara berkelanjutan. Melalui

wakaf diharapkan akan terjadi proses distribusi manfaat bagi masyarakat secara lebih luas, sehingga akan menggeser *private benefit* menuju *social benefit*.⁹³ Sayangnya potensi wakaf, yang banyak dimiliki kurang dimanfaatkan secara optimal, akibatnya tidak terjadi peningkatan manfaat wakaf secara luas.

Menurut data Departemen Agama di Indonesia sampai dengan tahun 1991 jumlah tanah wakaf sebanyak 319.214 lokasi.⁹⁴ Pada bulan September 2002 jumlah perwakafan tersebut meningkat menjadi 362.471 lokasi dengan luas tanah 1.538.198.586 m²,⁹⁵ setara dengan total nilai sekitar Rp. 590 trilyun. Sampai Oktober 2007 tanah wakaf di Indonesia mencapai 366.595 lokasi dengan luas tanah 2.686.536.565.68 m².⁹⁶ Tetapi ironisnya, potensi wakaf sebesar itu belum berdampak secara signifikan dalam peningkatan kesejahteraan masyarakat. Kendalanya terletak pada pengelolaan yang kurang maksimal, *nadzir* tidak profesional, dan pemahaman umat Islam yang masih konservatif.⁹⁷

Di samping itu, pada umumnya pemanfaatan masih bersifat konsumtif tradisional dan belum dikelola secara produktif profesional. Pemanfaatan wakaf masih sebatas untuk masjid, musholla, madrasah,

⁹³ Abdul Aziz Setiawan, "Wakaf Uang untuk Pemberdayaan dan Kesejahteran Ummat", dalam *Majalah Hidayatullah* Edisi 06/XVIII Oktober 2004, hal. 50.

⁹⁴ Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Press, 1997.

⁹⁵ Tulus, Direktur Pengembangan Zakat dan Wakaf Departemen Agama RI. www.republika.co.id Jum'at tanggal 26 Maret 2004.

⁹⁶ Badan Wakaf Indonesia (BWI), *Profil Badan Wakaf Indonesia Periode 2007-1010*, Jakarta: BWI, 2008.

⁹⁷ *Ibid.*

pesantren, dan rumah yatim piatu. Sedangkan tanah wakaf yang dikelola sebagai rumah sakit, perguruan tinggi, sarana bisnis dan usaha produktif lainnya masih sangat kecil, sehingga eksistensi wakaf di Indonesia belum terasa manfaatnya bagi kesejahteraan sosial ekonomi umat.

Stagnasi pemanfaatan wakaf ini mendorong kajian-kajian akademis yang berupaya mencari solusi yang tepat. Salah satu pembahasan yang mengemuka adalah wakaf uang yang saat ini mendapatkan perhatian besar dari umat Islam di dunia. Meskipun secara embrional, pemikiran wakaf uang dapat ditemukan dalam fiqh, tetapi penegasan legalitasnya baru muncul pada akhir millennium kedua ini.

Wakaf uang juga menyimpan potensi luar biasa yang diharapkan dapat digunakan sebagai salah satu usaha *recovery* kehidupan masyarakat muslim yang belum sepenuhnya sejahtera. Sebab, kemiskinan masih menjadi problem sosial yang akut bagi penduduk dunia. Kemiskinan menyebabkan problem yang kompleks baik dalam berupa penurunan kualitas hidup, keterbelakangan pendidikan, pengangguran yang kronis, dan berpeluang memicu kriminalitas yang tinggi.⁹⁸ Fenomena tersebut telah menjangkiti negara-negara hampir di seluruh dunia, tak terkecuali negara-negara muslim.

⁹⁸ M. Umar Chapra, *The Future of Economics: an Islamic Perspective*, Jakarta: SEBI, 2001, hal. 45.

B. Legalitas Wakaf Uang

Salah satu instrumen ekonomi Islam yang sangat unik dan tidak dimiliki oleh sistem ekonomi pada umumnya adalah wakaf. Pada agama lain memang terdapat konsep filantropi yang memiliki karakter seperti infaq, tetapi hal itu pun sangat berbeda dengan wakaf. Kekhususan wakaf juga bisa dibandingkan dengan instrumen zakat yang bertujuan menjamin pemenuhan peningkatan kesejahteraan *mustahiq*. Sementara pemanfaatan wakaf tidak terbatas pada *ashnaf* yang delapan seperti dinyatakan dalam al-Qur'an.

Adapun dasar hukum bagi pemberlakuan wakaf uang dapat ditelusuri dari fiqh maupun perundang-undangan:

1. *Wakaf Uang dalam perspektif Fiqh*

Hadits-hadits yang membicarakan tentang wakaf memberikan penekanan bahwa secara substansial wakaf adalah sedekah dari manfaat atau hasil yang diperoleh dari pengelolaan benda wakaf. Asas utama wakaf yaitu dengan menahan benda wakaf agar tidak dijual-belikan, dihibahkan atau diwariskan, sedangkan pokok benda wakaf itu tetap dipertahankan (*dawam al-intifa'*) agar pahala dari wakaf tersebut tetap mengalir kepada wakif. Inilah yang kemudian menjadikan wakaf termasuk dalam kategori *amal jariyah*.

Prinsip pemanfaatan yang terus-menerus dari benda wakaf ini merupakan prinsip utama yang mendorong ulama membuat klasifikasi jenis-jenis benda yang dapat diwakafkan. Misalnya, Imam

Nawawi,⁹⁹ mensyaratkan benda wakaf bertahan lama agar pemanfaatan benda wakaf itu tetap terjaga. Ia tidak memperbolehkan wakaf berupa benda yang dapat dimakan, karena jenis benda ini mudah rusak sehingga tidak bertahan lama. Tetapi Imam Nawawi membolehkan wakaf berupa binatang ternak dan benda bergerak yang lain. Pendapatnya dikuatkan oleh Abu Ishaq al-Syirazi yang membolehkan wakaf setiap benda yang dapat diambil manfaatnya secara terus menerus. Menurut al-Syirazi,¹⁰⁰ setiap benda yang tidak rusak dan tahan lama yang dapat diambil manfaatnya maka dapat diwakafkan. Sesuatu yang tidak dapat diambil manfaatnya secara terus menerus seperti makanan tidak dapat diwakafkan.

Beberapa pandangan *fuqaha'* di atas memperlihatkan pengelompokan benda-benda yang boleh diwakafkan dan yang tidak apabila dikaitkan dengan prinsip keabadian pemanfaatan benda wakaf (*dawam al-intifa'*). Seiring dengan dinamika perkembangan kehidupan, benda yang sebelumnya dipandang tidak ada nilainya akan berubah sehingga dapat diwakafkan. Demikian pula dengan keberadaan uang yang substansinya termasuk obyek yang dapat diwakafkan. Pergeseran cara pandang masyarakat terhadap uang yang dulunya dianggap sekedar alat tukar saja, kini telah berubah menjadi aset kekayaan, misalnya uang dapat didepositokan dan diinvestasikan

⁹⁹ Muhyiddin Nawawi, *Minhaj al-Thalibin*, Jilid III, Indonesia: Dar Ihya' al-Kutub al-Arabiyyah, t.th., hal. 98.

¹⁰⁰ Abu Ishaq Syirazi, *al-Muhadzdzab fi Fiqh al-Imam al-Syafi'i*, Jilid I, Beirut: Dar al-Fikr, 1994, hal. 616.

dalam saham perusahaan sehingga dapat diambil keuntungannya.

Legalitas wakaf uang diungkapkan secara implisit oleh al-Zuhri seperti yang dikutip oleh al-Baghawi dengan pernyataannya: "Barang siapa beramal uang 1000 dinar di jalan Allah dan memberikannya pada seseorang agar ia dapat berdagang dan keuntungannya disedekahkan pada orang-orang miskin, maka ia tidak diperbolehkan lagi memakan darinya".¹⁰¹ Pernyataan di atas menunjukkan bahwa secara implisit diakui mengenai kebolehan wakaf uang, dengan syarat uang tersebut dapat dipertahankan keabadian manfaatnya (*dawam al-intifa'*) sementara hasilnya dapat ditasharrufkan pada *mustahiq*.

Pentasharrufan hasil dari pengelolaan aset wakaf identik dengan definisi yang mengadopsi langsung dari potongan Hadits Rasulullah, yang berbunyi "*in syi'ta habasta aslaha wa tashaddaq biha*".¹⁰² Hadis yang menggambarkan praktek wakaf Umar ibn Khattab tersebut secara jelas dimuat antara lain dalam Sunan at-Turmudzi dan Sunan Ibn Majah.¹⁰³ Hadis tersebut mengisyaratkan bahwa praktek wakaf dilakukan dengan jalan wakif menahan substansi benda wakaf, dan menyalurkan manfaat pengelolaan wakaf

¹⁰¹ Abu Muhammad al-Husein ibn Mas'ud al-Baghawi, *Syarh al-Sunnah*, Jilid IV Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1992, hal. 418.

¹⁰² Abdurrahman bin Abu Umar Qudamah, *al-Syarh al-Kabir*, VI, t.tp.: t.p. t.th., hal. 87. Lihat juga Muhammad Abdullah Kabisi, *Hukum Wakaf*, ter., Ahrul Sani Fathurrahman, Jakarta: Dompot Dhuafa' Republika dan IIMAN, 2004, hal. 61.

¹⁰³ Turmudzi, *Sunan at-Turmuzi*, V, Kairo: Mauqi' Wizarah al-Auqaf al-Misriyyah, t.th., hal. 388. Lihat pula Ibnu Majah, *Sunan Ibn Majah*, VII, t.tp.: t.p. t.th., hal. 325.

tersebut. Dengan demikian, benda wakaf tetap berada dalam kepemilikan wakif.

Riwayat lain dari Imam Bukhari menyebutkan bahwa salah seorang peletak kodifikasi Hadits memfatwakan, dianjurkan wakaf dinar dan dirham untuk pembangunan sarana dakwah, sosial, pendidikan umat Islam. Caranya dengan menjadikan uang tersebut sebagai modal usaha kemudian menyalurkan keuntungannya sebagai wakaf.¹⁰⁴

2. *Wakaf Uang menurut Hukum Positif*

Wakaf uang bagi umat Islam di Indonesia merupakan suatu bentuk wakaf yang relatif baru. Namun setelah adanya legalisasi dan sosialisasi, persoalan boleh tidaknya wakaf uang sudah tidak diperdebatkan lagi. Hal ini bisa dilihat dari adanya peraturan-peraturan yang melandasinya. Misalnya Majelis Ulama Indonesia (MUI) mengeluarkan fatwa pada 11 Mei 2002.¹⁰⁵ Isi fatwa MUI tersebut sebagai berikut:

- a. Wakaf uang (*cash waqf/waqf al-nuqud*) adalah wakaf yang dilakukan seseorang, kelompok orang, lembaga atau badan hukum dalam bentuk uang;
- b. Termasuk ke dalam pengertian uang adalah surat-surat berharga;
- c. Wakaf uang hukumnya *jawaz* (boleh);
- d. Wakaf uang hanya boleh disalurkan dan digunakan untuk hal-hal yang dibolehkan secara *syar'iy*. Nilai

¹⁰⁴ Direktorat Pemberdayaan Wakaf, *Pedoman Pengelolaan Wakaf Uang*, Jakarta: Depag RI, 2008, hal. 11.

¹⁰⁵ Majelis Ulama Indonesia, *Fatwa Wakaf Uang*, 2002.

pokok wakaf uang harus dijamin kelestariannya, tidak boleh dijual, dihibahkan dan atau diwariskan;

Landasan wakaf uang kemudian dikuatkan juga oleh Undang Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf yang pada pasal 16 yang membagi harta benda wakaf terdiri dari benda tidak bergerak, dan benda bergerak. Benda bergerak sebagaimana dimaksud pada pasal itu adalah harta benda yang tidak bisa habis karena dikonsumsi, meliputi: (a) uang, (b) logam mulia, (c) surat berharga, (d) kendaraan, (e) hak atas kekayaan intelektual, (f) hak sewa, dan (g) benda bergerak lain sesuai dengan ketentuan syariah dan perundang-undangan.

Dengan diundangkannya UU Nomor 41 Tahun 2004, kedudukan hukum wakaf uang semakin tegas. Wakaf uang tidak hanya mendapat legitimasi dari segi fiqh (hukum Islam), tetapi juga dari segi tata hukum nasional. Artinya, dengan diundangkannya UU Nomor 41 Tahun 2004 tersebut, maka wakaf uang telah menjadi hukum positif, sehingga persoalan perdebatan legalitas mengenai wakaf uang tidak perlu dipersoalkan kembali. Diharapkan dengan kedudukannya sebagai hukum positif dapat berjalan lebih efektif di masyarakat.

Eksistensi berbagai peraturan perundang-undangan tersebut menandai periode pengelolaan wakaf secara profesional, dimana *political will* pemerintah terlihat nyata dalam memberikan dukungan pengembangan wakaf uang.¹⁰⁶ Formulasi

¹⁰⁶ Direktorat Pemberdayaan Wakaf, , *Strategi Pengembangan Wakaf Uang di Indonesia*, Jakarta: Depag RI, 2008, hal. 5-6.

hukum dalam undang-undang tersebut jelas merupakan suatu perubahan yang sangat revolusioner dan jika dapat direalisasikan akan memiliki akibat yang berlipat ganda atau *multiplier effect*, terutama dalam kaitannya dengan pemberdayaan ekonomi umat Islam.

C. Pendayagunaan Wakaf Uang

Isi fatwa MUI yang sudah dipaparkan di depan menjelaskan wakaf uang (*cash wakaf/waqf al-nuqud*) yang konsepsinya identik dengan konsep wakaf yang ditetapkan Hadits Nabi, di mana pemanfaatan benda yang diwakafkan berupa hasil dari pengelolaan benda wakaf itu. Mengenai hal ini Prof. Dr. Jaih Mubarak menjelaskan lebih spesifik,¹⁰⁷ bahwa uang yang diwakafkan harus dijadikan modal usaha (*ra's al-mal*), sehingga secara hukum tidak habis sekali pakai. Sedangkan yang didistribusikan nazhir kepada mauquf 'alaih adalah hasil usaha pengelolaan wakaf uang tersebut.

Model wakaf dengan uang akan memudahkan masyarakat dalam berderma, karena dengan adanya wakaf uang kesempatan untuk berwakaf tidak perlu menunggu menjadi 'tuan tanah' terlebih dahulu. Apalagi kalau menilik potensi yang dimiliki oleh masyarakat, harapan terwujudnya masyarakat yang makmur bukan sesuatu yang utopia, karena tingkat kedermawanan masyarakat Indonesia cukup tinggi. Dalam penelitian disebutkan bahwa 96 % kedermawanan terdapat pada perorangan, 84 % untuk

¹⁰⁷ Jaih Mubarak, *Wakaf Produktif*, Bandung: Simbiosis Rekatama Media, 2008, hal. 128.

lembaga keagamaan, dan 77 persen untuk lembaga non-keagamaan.¹⁰⁸

Beberapa strategi yang dapat dikembangkan dalam mendayagunakan wakaf uang antara lain:

1. Strategi optimalisasi wakaf uang

Jika wakaf uang dapat dilembagakan secara efektif dalam masyarakat, maka akan tersedia dana potensial sangat besar yang bisa dimanfaatkan untuk pemberdayaan dan kesejahteraan umat. Ada beberapa strategi penting untuk optimalisasi wakaf dan wakaf uang dalam rangka untuk menopang pemberdayaan umat.¹⁰⁹

- a. Optimalisasi edukasi dan sosialisasi wakaf uang. Dalam hal ini seluruh komponen umat secara kontinyu mensosialisasikan konsep dan manfaat wakaf pada seluruh lapisan masyarakat, sehingga akan meningkatkan kesadaran berwakaf.
- b. Melakukan optimalisasi pemanfaatan wakaf untuk memberikan kontribusi lebih luas bagi masyarakat. Wakaf memiliki potensi yang sangat besar dalam memajukan sektor pendidikan, kesehatan, agrobisnis, dan kebutuhan masyarakat, terutama kaum miskin dan lemah (*dhuafa*). Pemanfaatan wakaf dapat dioptimalkan sesuai dengan posisi dan kondisi strategis masing-masing wilayah, terutama sehubungan dengan pengembangan ekonomi.

¹⁰⁸Public Interest Research And Advocacy (PIRAC), *Membangun Kemandirian Berkarya, Potensi dan Pola Derma, serta Penggalangan di Indonesia*, Jakarta: PIRAC, 2002.

¹⁰⁹ Abdul Aziz Setiawan, *Op. Cit.*, hal. 51.

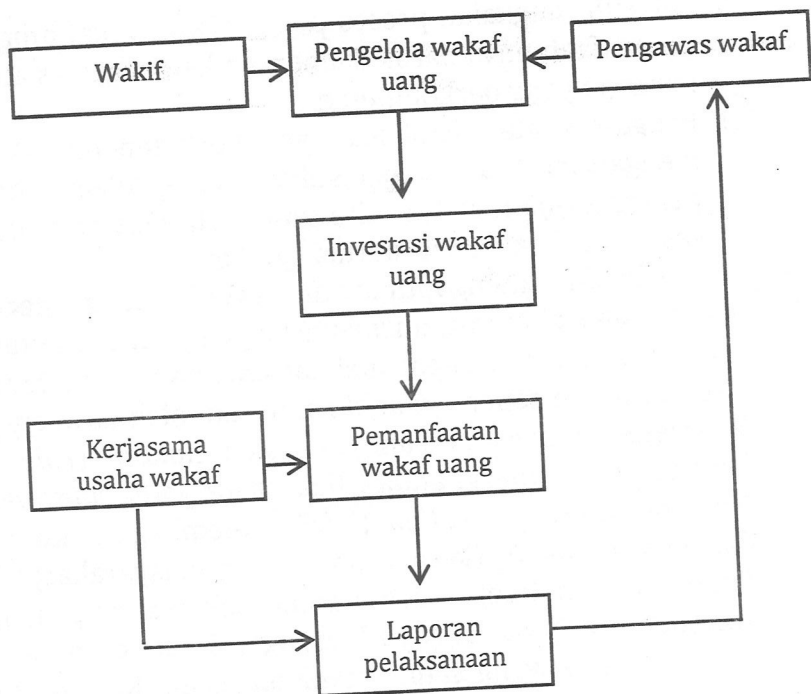
- c. Membangun institusi pengelola wakaf (*nadzir*) yang profesional dan amanah. Pemerintah Arab Saudi, misalnya, mulai menerapkan pengelolaan harta wakaf melalui sistem perusahaan. Begitu juga adanya Bank Wakaf di Bangladesh. Keunggulan Universitas Al-Azhar di Kairo, yang telah berusia lebih dari seribu tahun terletak pada kemampuan mengelola wakaf tanah, gedung, lahan pertanian, serta wakaf uang yang mampu membiayai operasional pendidikan selama berabad-abad.

Dalam peraturan di Indonesia agar pengelolaan wakaf uang memiliki profesionalitas, maka pengelola (*nadzir*) wakaf uang dipegang oleh Lembaga Keuangan Syariah (LKS). Hanya saja pengelolaan wakaf uang yang hanya dibatasi pada LKS saja berpotensi menimbulkan dua implikasi masalah: *Pertama*, LKS adalah lembaga profit dan komersial, boleh jadi (dan kemungkinan besar) menggunakan aset wakaf menjadi suntikan dana likuiditas maupun dana investasi sektor riil yang melupakan esensi dari wakaf uang untuk kemaslahatan dan kesejahteraan umat. *Kedua*, tereduksinya potensi kemandirian dalam rangka pemberdayaan umat, yang boleh jadi secara manajemen keuangan lebih baik dan akuntabel daripada LKS, sebagai contoh adalah keberhasilan pengelolaan wakaf uang oleh Dompot Dhuafa Republika dan lembaga yang lain.¹¹⁰ Inilah yang perlu dilakukan kajian lagi mengenai pembatasan itu.

¹¹⁰ Ali Amin Isfandiar, "Tinjauan Fiqh Muamalat dan Hukum Nasional tentang Wakaf di Indonesia", dalam *Jurnal Ekonomi Islam*, UII, Yogyakarta, Volume II, Nomor 1, Juli 2008.

- d. Reoptimalisasi pemanfaatan aset wakaf. Contoh dalam hal ini dapat dilihat di Timur Tengah seperti Mekah, Kairo dan Damaskus di mana muncul kebutuhan untuk meninjau ulang sejumlah wakaf tetap seperti masjid yang pada waktu diwakafkan hanya satu lantai. Masjid-masjid seperti itu banyak yang dibongkar dan dibangun kembali menjadi beberapa lantai. Dengan desain seperti itu masjid-masjid tersebut dapat dimanfaatkan untuk berbagai kepentingan, yang bahkan dapat menghasilkan nilai ekonomis.
- e. Mengembangkan inovasi-inovasi baru melalui berbagai hal dalam kaitan dengan wakaf. Hal menarik adalah eksperimen yang dikembangkan oleh Prof. Mannan seorang pakar ekonomi Islam terkemuka dari Bangladesh yang mendirikan "Bank Wakaf" dengan konsep *temporary waqf*, dimana dana wakaf pemanfaatannya dibatasi oleh jangka waktu tertentu dan nantinya pokok wakaf dikembalikan pada wakif. Hal ini sangat menarik meski masih diperdebatkan kebolehnya. Wacana lain yang menarik adalah memanfaatkan wakaf uang untuk membiayai sektor investasi yang beresiko, dimana kemudian resiko ini diasuransikan pada Lembaga Asuransi Syariah. Dengan demikian wakaf diharapkan akan berperan strategis dalam meningkatkan kesejahteraan masyarakat.

Proses pengelolaan wakaf uang dapat diilustrasikan dalam skema sebagai berikut:



Dari skema di atas tahapan-tahapan penting dalam pengelolaan dan pemanfaatan aset wakaf uang adalah:

- Wakif* mengamanatkan wakaf uang kepada pengelola wakaf (*nadzir*);
- Aset wakaf uang diinvestasikan oleh *nadzir* pada sektor-sektor produktif. Di samping itu, *nadzir* dapat

- pula mengadakan kerjasama dengan lembaga lain untuk mendayagunakan aset wakaf;
- c. Hasil dari investasi wakaf dimanfaatkan untuk kepentingan umat;
 - d. Seluruh rangkaian proses pengelolaan wakaf hingga pemanfaatannya harus dilaporkan ke pengawas atau lembaga yang berkompeten;
 - e. Pengawas atau lembaga yang berkompeten akan mengawasi dan memastikan pengelolaan dan *pentasharufan* wakaf diterima oleh *mustahiq* dan sesuai dengan norma-norma syari'at.

Dalam mengoptimalkan wakaf uang perlu adanya sinergi antara unsur-unsur yang berkompeten. Dalam hal ini kita dapat melihat dari perspektif teori sistem hukum seperti yang dirumuskan oleh Lawrence M. Friedman; bahwa dalam penegakan hukum (*rule of law*) terdapat sinergi antara tiga unsur yaitu *substansi* (UU atau aturan), *struktur* (lembaga-lembaga hukum), dan *kultur hukum* (kesadaran hukum masyarakat).¹¹¹ Teori sistem hukum tersebut menegaskan serangkaian argumen mengenai adanya hubungan interaksi antara ketiga variabel yang saling mempengaruhi. Karena itu ketiga komponen penegakan hukum tersebut harus saling mendukung agar penegakan hukum dapat berjalan secara efektif. Sebaliknya, tidak berperannya satu unsur dapat mengakibatkan penegakan hukum menjadi timpang.

Dengan demikian, upaya penggalangan wakaf uang memerlukan berbagai metode yang komprehensif baik dalam tahap aktualisasinya, maupun yang bersifat

¹¹¹ Lawrence M Friedman, *American Law*, New York: W.W. Norton & Company, 1984, hal. 5-6.

pengembangan dan pendaayagunaannya. Karena itu dalam pengelolaan wakaf uang diperlukan akomodasi atas pengetahuan modern terutama pada diri *nadzir*. Kemampuan manajerial, memiliki intuisi bisnis yang tinggi, dan bermoral baik merupakan karakteristik yang mestinya ada pada diri *nadzir*.

Karakteristik pada diri *nadzir* menjadi penting karena wakaf uang memiliki resiko terjadinya penurunan nilai mata uang. Hal ini karena aspek intrinsik uang yang pada hakikatnya tidak memiliki nilai. Berbeda dengan kasus klasik yang *nota bene* nilai uang dapat dipertahankan karena menggunakan material logam mulia; emas dan perak, seperti pada mata uang dinar dan dirham. Sedangkan wakaf uang memiliki resiko nilai uang tereduksi oleh inflasi.

2. Pemanfaatan Wakaf Uang

Wakaf uang dapat digunakan sebagai instrumen keuangan dan merupakan inovasi dalam sektor keuangan publik Islam (*islamic social finance*).¹¹² Wakaf uang membuka peluang bagi penciptaan investasi di bidang keagamaan, pendidikan, dan pelayanan sosial. Hasil pengelolaan wakaf uang dapat dibelanjakan untuk berbagai tujuan yang bersifat pemberdayaan.

Pengelolaan dana wakaf uang menjadi instrumen investasi yang menarik, karena keuntungan atas investasi tersebut akan dapat dinikmati oleh masyarakat di mana saja. Hal ini dimungkinkan karena keuntungan atas investasi tersebut berupa uang yang

¹¹² Djunaidi, Achmad, dan Thobieb Al-Asyhar, *Menuju Era Wakaf Produktif*, Jakarta: Mumtaz Publishing, 2008, hal. 104.

dapat ditransfer ke berbagai pihak di seluruh dunia. Sementara itu, investasi atas dana wakaf dapat dilakukan dengan fleksibel, sebab sifat wakaf uang yaitu *cash* yang dapat diinvestasikan di negara manapun. Hal ini yang diharapkan mampu menjembatani kesenjangan sosial ekonomi karena terjadi transfer kekayaan dari masyarakat kaya ke masyarakat miskin. Proses ini dapat berlangsung terus ketika keuntungan dana wakaf diinvestasikan kembali.

Dalam hal pengelolaan wakaf uang, Prof. Abdul Mannan melakukan terobosan baru dalam aplikasi wakaf uang. Mannan mengembangkan wakaf uang dengan menggunakan mekanisme bank (*Social Investment Bank Limited*). Wakaf uang selain dapat digunakan dalam pembiayaan pembangunan sarana dalam bentuk pinjaman. Wakaf uang juga dapat diinvestasikan dalam aktifitas produksi.¹¹³

Investasi sendiri menurut jenisnya dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu:

- (a) Investasi pada aset-aset finansial. Investasi jenis ini dilakukan di pasar uang, seperti berupa obligasi, saham, dan sebagainya.
- (b) Investasi pada aset-aset riil. Investasi jenis ini misalnya berupa pembelian aset produktif, pendirian pabrik, pembukaan pertambangan, perkebunan, dan sebagainya.¹¹⁴

¹¹³ Direktorat Pemberdayaan Wakaf, *Pedoman Pengelolaan Wakaf Tunai*, Jakarta: Dirjen Bimas Islam, 2008, hal. 75.

¹¹⁴ Abdul Halim, *Analisis Investasi*, Jakarta: Penerbit Salemba Empat, 2005, hal. 4.

Pada jenis investasi finansial seperti saham yang sifatnya berupa penyertaan modal,¹¹⁵ keuntungan material dapat berupa; (1) *dividen*, yaitu bagian dari keuntungan perusahaan yang dibagikan kepada pemilik saham, (2) *capital gain*, yaitu keuntungan yang diperoleh dari selisih jual dengan harga belinya.¹¹⁶ Aset wakaf yang diinvestasikan dalam sektor finansial memungkinkan substansi wakaf uang dapat dijaga eksistensinya.

Dalam investasi dana wakaf, PP 42 tahun 2006 menegaskan bahwa pengelolaan dan pengembangan atas harta benda wakaf uang hanya dapat dilakukan melalui investasi pada produk-produk LKS dan/atau instrumen keuangan syaria'ah. Jadi LKS PWU harus dapat menjalankan fungsi intermediasi keuangan dalam dalam mengatasi penggunaan dana wakaf pada produk investasi.

Wakaf uang juga memiliki implikasi politis, karena wakaf uang dinilai menjadi jalan alternatif untuk melepas ketergantungan bangsa Indonesia dari lembaga-lembaga kreditor multilateral sekaligus menstimulasi pertumbuhan ekonomi bangsa. Optimalisasi wakaf bisa lebih luas dibanding zakat karena tidak ada kualifikasi *mustahiq* (8 *ashnaf* yang berhak menerima zakat). Dana wakaf bisa difungsikan untuk setiap kegiatan yang baik. Dalam rangka melakukan *empowering* bagi kemiskinan, wakaf uang

¹¹⁵Pemegang saham memiliki hak klaim atas penghasilan dan aktifa perusahaan. Ruslin, *Pasar Modal*, Bandung: Alfabeta, 2006, hal, 68.

¹¹⁶Panji Anoranga dan Piji Pakarti, *Pengantar Pasar Modal*, Jakarta: Rineka Cipta, 2006, hal. 54.

merupakan salah satu alternatif yang sangat tepat dari berbagai sarana ekonomi Islam yang ada.

Dalam pengembangan lebih luas, wakaf uang harus mendapatkan perhatian agar mampu membiayai berbagai proyek sosial. Bentuk lain pemanfaatan wakaf uang dengan menyalurkan kepada lembaga-lembaga pemberdayaan ekonomi, untuk pembiayaan produktif ke sektor riil. Misalnya dengan memberikan kredit mikro kepada masyarakat menengah dan kecil agar memiliki peluang usaha dan bangkit dari kemiskinan. Pemberian kredit mikro ini berarti mengedukasi masyarakat, dengan menstimulan memberi kail kepada masyarakat agar dapat mendapatkan ikan, sehingga diharapkan dapat menciptakan kemandirian. Optimalisasi wakaf uang dapat menjadi solusi sumber pendanaan lain yang bersifat non formal, mengingat adanya keterbatasan kemampuan pemerintah untuk menyediakan modal bagi pengentasan kemiskinan dan pemberdayaan ekonomi dalam meningkatkan kesejahteraan dan kualitas hidup rakyat.

D. Penutup

Ditetapkannya wakaf uang dalam Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004, merupakan peluang baru bagi umat Islam Indonesia untuk mengelola dan mengembangkan suatu potensi dana umat yang cukup besar dalam meningkatkan kesejahteraan ekonomi kaum muslimin. Wakaf uang bisa menjadi alternatif yang lebih besar dalam menopang kemandirian bangsa, sekaligus menstimulasi pertumbuhan ekonomi Indonesia. Sebagai negara yang berpenduduk

mayoritas muslim, eksistensi instrumen syariah ini memiliki prospek yang menggembirakan, sehingga wakaf uang diperkirakan akan memberikan kontribusi besar bagi percepatan pembangunan di Indonesia.

Positivisasi wakaf uang melalui UU Nomor 41 Tahun 2004 merupakan sarana rekayasa sosial (*social engineering*), untuk melakukan perubahan-perubahan pemikiran, sikap dan perilaku umat Islam agar senafas dengan semangat UU tersebut. Rekayasa sosial tersebut dipertegas lagi oleh Fatwa MUI tentang Wakaf Uang bahwa wakaf uang memiliki fleksibilitas dan kemaslahatan besar yang tidak dimiliki oleh benda lain.

Untuk mengelola dan mengembangkan wakaf uang dengan baik, dibutuhkan sumber daya manusia *nadzir* yang amanah, profesional, berwawasan ekonomi, berkomitmen kuat agar potensi wakaf uang dapat berfungsi maksimal sebagai sarana pemberdayaan umat.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU

- Anoranga, Panji dan Piji Pakarti, *Pengantar Pasar Modal*, Jakarta: Rineka Cipta, 2006.
- Baghawi, Abu Muhammad al-Husein ibn Mas'ud, *Syarh al-Sunnah*, Jilid IV, Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1992.
- BWI, *Profil Badan Wakaf Indonesia Periode 2007-1010*, Jakarta: BWI, 2008.
- Chapra, M. Umar, *The Future of Economics: an Islamic Perspective*, Jakarta: SEBI, 2001.
- Direktorat Pemberdayaan Wakaf, *Pedoman Pengelolaan Wakaf Uang*, Jakarta: Depag RI, 2008.
- Direktorat Pemberdayaan Wakaf, *Strategi Pengembangan Wakaf Uang di Indonesia*, Jakarta: Depag RI, 2008.
- Djunaidi, Achmad, dan Thobieb Al-Asyhar, *Menuju Era Wakaf Produktif*, Jakarta: Mumtaz Publishing, 2008.
- Friedman, Lawrence M., *American Law*, New York: W.W. Norton & Company, 1984.
- Halim, Abdul, *Analisis Investasi*, Jakarta: Penerbit Salemba Empat, 2005.
- Isfandiar, Ali Amin, "Tinjauan Fiqh Muamalat dan Hukum Nasional tentang Wakaf di Indonesia", dalam *Jurnal Ekonomi Islam*, UII, Yogyakarta, Volume II, Nomor 1, Juli 2008.

- Kabisi, Muhammad Abdullah, *Hukum Wakaf*, ter., Ahrul Sani Fathurrahman, Jakarta: Dompot Dhuafa' Republika dan IIMAN, 2004.
- Karim, Adiwarmam Azwar, *Ekonomi Islam: Suatu Kajian Ekonomi Makro*, Jakarta: The International Institute of Islamic Thought Indonesia, 2002.
- Majah, Ibnu, *Sunan Ibn Majah*, VII, t.tp.: t.p. t.th., Majelis Ulama Indonesia, *Fatwa Wakaf Uang*, 2002.
- Mubarok, Jaih, *Wakaf Produktif*, Bandung: Simbiosis Rekatama Media, 2008.
- Nawawi, Muhyiddin, *Minhaj al-Thalibin*, Jilid III, Indonesia: Dar Ihya' al-Kutub al-Arabiyyah, t.th..
- Public Interest Research And Advocacy (PIRAC), *Membangun Kemandirian Berkarya, Potensi dan Pola Derma, serta Penggalangan di Indonesia*, Jakarta: PIRAC, 2002.
- Qudamah, Abdurrahman bin Abu Umar Ibn, *al-Syarh al-Kabir*, VI, t.tp.: t.p., t.th.
- Rofiq, Ahmad, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Press, 1997.
- Ruslin, *Pasar Modal*, Bandung: Alfabeta, 2006.
- Setiawan, Abdul Aziz, "Wakaf Uang untuk Pemberdayaan dan Kesejahteraan Ummat", dalam *Majalah Hidayatullah* Edisi 06/XVIII Oktober 2004.
- Siddiqi, Muhammad Nejatullah, *Islamizing Economics Toward Islamization of Disciplines*, USA: Herndon, Virginia, The International Institute of Islamic Thought, 1995.
- Syirazi, Abu Ishaq, *al-Muhadzdzab fi Fiqh al-Imam al-Syafi'i*, Jilid I, Beirut: Dar al-Fikr, 1994.

Tulus, Direktur Pengembangan Zakat dan Wakaf
Departemen Agama RI. www.republika.co.id
Jum'at tanggal 26 Maret 2004.

Turmudzi, *Sunan at-Turmuzi*, V, Kairo: Mauqi' Wizarah al-
Auqaf al-Misriyyah, t.th.

Zarkasyi, Hamid Fahmy, "Worldview sebagai Asas
Epistemologi Islam", dalam *Jurnal Islamia* Tahun
II No. 5, April-Juni 2005.

PERUNDANG-UNDANGAN

Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf
Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2006 tentang
Wakaf

Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1977 tentang
Perwakafan Tanah Milik

Instruksi Presiden Nomor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi
Hukum Islam

FILOSOFI DAN METODE HUKUM KEPUTUSAN MAHKAMAH AGUNG DALAM HUKUM PERDATA ISLAM INDONESIA

Hasbi Hasan¹¹⁷

A. Pendahuluan

Dalam penelitian mengenai pembaharuan hukum Islam di negara-negara Islam, J.N.D Anderson dan John L. Esposito¹¹⁸ berkesimpulan bahwa metode yang umumnya dikembangkan oleh para pembaharu Islam dalam memahami isu-isu hukum masih bertumpu pada pendekatan yang ad hoc dan terpilah-pilah dengan menggunakan metode takhayyur¹¹⁹ dan talfiq.¹²⁰

Menurut Noel J. Coulson, pembaruan hukum Islam dilakukan melalui 4 (empat) bentuk, yakni: *Pertama*,

¹¹⁷ Hakim Mahkamah Agung RI

¹¹⁸ J.N.D. Anderson, *Law Reform in the Muslim World*, London: University of London the Athlon Press, 1976, hal. 42

¹¹⁹ *Takhayyur* adalah suatu metode yurisprudensi yang karena dalam situasi spesifik dibolehkan meninggalkan mazhab hukumnya untuk mengikuti mazhab lainnya.

¹²⁰ *Talfiq* adalah suatu metode mengkombinasikan berbagai mazhab untuk membentuk peraturan tunggal.

dikodifikasikannya (pengelompokan hukum yang sejenis ke dalam kitab undang-undang), hukum Islam menjadi perundang-undangan negara yang disebut sebagai doktrin siyashah. *Kedua*, tidak terikatnya umat Islam pada hanya satu mazhab hukum tertentu, yang disebutnya sebagai doktrin seleksi (takhayyur) pendapat mana yang paling dominan dalam masyarakat. *Ketiga*, perkembangan hukum dalam mengantisipasi perkembangan peristiwa hukum yang timbul, yang disebut doktrin tathbiq (penerapan hukum terhadap peristiwa baru). *Keempat*, perubahan hukum dari yang lama kepada yang baru yang disebut sebagai doktrin tajdid (reinterpretasi).

Tantangan yang kompleks dalam era modern telah mendorong para pembaru untuk melakukan reformasi hukum. Menurut Anderson, ada dua pola reformasi hukum di dunia Islam modern. *Pertama*, syariat lambat laun semakin terabaikan dari kehidupan sehari-hari seperti hukum dagang, pidana, dan lainnya untuk kemudian mengikuti "hukum asing". *Kedua*, hukum keluarga yang dianggap sakral akan mengalami perubahan signifikansi dengan jalan menginterpretasikan ulang.¹²¹

Hampir seluruh negara Islam telah melakukan pembaruan di bidang hukum perdata Islam. Pemikiran-pemikiran baru tersebut umumnya dituangkan dalam bentuk undang-undang sebagai salah satu bentuk literatur hukum Islam. Pemikiran baru tersebut dituangkan dalam fatwa-fatwa ulama dan putusan-putusan pengadilan termasuk dalam putusan Mahkamah Agung RI.

121

J.N.D. Anderson, op cit, hal. 1-2

Tulisan ini bermaksud membincang pemikiran hukum Mahkamah Agung RI menetapkan hukum. Permasalahan dalam tulisan ini adalah, *Pertama*, bagaimana dinamika putusan Mahkamah Agung dalam bidang hukum perkawinan dan kewarisan Islam yang menggambarkan adanya pergeseran dari waktu ke waktu baik dari al-Qur'an, Hadis, fiqh dan peraturan perundang-undangan yang berlaku; *Kedua*, bentuk ijtihad apa yang digunakan dan kaidah usul fiqh apa yang diaplikasikan Mahkamah Agung dalam memutus perkara bidang hukum perkawinan dan kewarisan Islam; dan *Ketiga*, aspek-aspek filosofis dan sosiologis apa yang melatar belakangi terjadinya dinamika pemikiran hukum Islam Mahkamah Agung itu.

B. Penerapan Hukum Mahkamah Agung dalam bidang Perdata Islam

Putusan pengadilan merupakan salah satu khazanah hukum Islam di samping fiqh, fatwa dan *qanun*.¹²² Putusan pengadilan adalah produk pemikiran *qadi* (hakim) tentang hukum, baik *qadi tunggal* atau *qadi majelis*. Proses penemuan hukum dalam Islam disebut *ijtihad*.¹²³ Nabi Muhammad SAW pernah

122 M. Atho Mudzhar, *Fatwa-Fatwa Majelis Ulama*, Jakarta: INIS, 1993, hal. 2.

123 Lihat Fakh al-Din al-Razi, (w. 606 H), *al-Mahsul fi 'Ilm al-Usul*, (Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, 1999), Juz. II, hal. 427; Sayf al-Din Abu al-Hasan 'Ali ibn Abi 'Ali ibn Muhammad al-Amidi (w. 631 H), *al-Ihkam fi Usul al-Ahkam*, (Makkah: Maktabah Nazzar Mustafa al-Baz, 2000), Juz. IV, hal. 921; al-Baydawi (w. 685 H), *al-Minhaj fi 'Ilm al-Usul*, dalam 'Abd al-Rahman al-As}ahani (w. 749 H), *Sharh al-Minhaj fi 'Ilm al-Usul*, Riyad: Maktabah al-Rushd, 1999, Juz. II, hal. 821; dan Taj al-Din ibn al-Subki (w. 771 H), *Jam' al-Jawami'*, dalam al-Bannani, *Hashiyah 'ala Sharh Matn Jam' al-Jawami'*, Beirut: Dar al-Fikr, 2003, Juz.

memutus perkara waris yang ahli warisnya terdiri dari dua anak perempuan, istri, dan saudara laki-laki. Beliau menetapkan untuk dua orang anak mendapat $\frac{2}{3}$ bagian, istri mendapat $\frac{1}{8}$ bagian, dan sisanya diberikan kepada saudara laki-laki pewaris. Dalam perkara tersebut, beliau menggunakan dua jenis ijtihad;¹²⁴

Pertama, ijtihad *intiq'a'i*, yakni menetapkan bagian dua orang anak perempuan mendapat $\frac{2}{3}$ dan istri mendapat $\frac{1}{8}$ sesuai dengan ketentuan Q.S. al-Nisa' [4] : 1; dan *Kedua*, ijtihad *insha'i*, yakni menetapkan saudara laki-laki mendapat sisa, karena pada saat itu tidak ada ayat yang menjelaskan tentang sisa warisan setelah dibagikan kepada ahli waris yang sudah ditentukan bagiannya. Di lain pihak, Abu Musa al-Ash'ari pernah menangani kasus ahli waris yang terdiri dari seorang anak perempuan, cucu perempuan dari anak laki-laki, dan seorang saudara perempuan. Beliau menetapkan anak perempuan mendapat $\frac{1}{2}$ bagian, cucu perempuan dari anak laki-laki mendapat $\frac{1}{6}$ bagian, dan sisanya diberikan kepada saudara perempuan. Dalam kasus tersebut, beliau menggunakan ijtihad *intiq'a'i*, yakni memilih menerapkan pendapat 'Abd Allah ibn Mas'ud¹²⁵ dari pada pendapat 'Abd Allah ibn Abbas

II, hal. 380.

124 Lihat Abu Dawud, *Sunan Abu Dawud*, Beirut: Dar al-Arqam, 1999, hal. 673; al-Hakim, *al-Mustadrak 'ala Sahihayn*, Beirut: Dar Ihya al-Turath, 2002, hal. 1515; al-Tirmidhi, *Sunan al-Tirmidhi*, Riyad: Maktabah al-Ma'arif, 1417 H, hal. 472; Ahmad ibn Hanbal, *Musnad Ahmad ibn Hanbal*, Libanon: Bayt al-Afkar al-Dawliyah, 2004, hal. 1013; Ibn Majah, *Sunan Ibn Majah*, Beirut: Dar Ihya' al-Turath, 2000, hal. 462.

125 Lihat Abu Dawud, *Sunan Abu Dawud*, h. 673; dan Ibn Majah, *Sunan Ibn Majah*, hal. 462.

yang berpendapat saudara perempuan terhibab oleh anak perempuan.

Pada masa Nabi Muhammad SAW, qadi memutus perkara berdasarkan sumber hukum al-Qur'an, Hadis dan ijtihad. Sumber hukum tersebut digunakan secara berurutan, yaitu jika hukum dalam kasus yang dihadapi sudah diatur dalam al-Qur'an maka diterapkan hukum dari al-Qur'an, jika tidak ditemukan dalam al-Qur'an maka digunakan hukum yang bersumber dari Hadis, jika dalam al-Qur'an dan Hadis juga tidak ditemukan, maka qadi menemukan hukum dengan ijtihadnya sendiri. Akan tetapi, mekanisme dan prosedur penemuan hukum oleh qadi tidak selalu demikian, dalam beberapa kasus ditemukan sahabat Nabi yang tidak melakukan penerapan hukum secara berurutan. Mu'adh ibn Jabal, misalnya, ketika menangani kasus ahli waris yang terdiri dari anak perempuan dan saudara perempuan, menetapkan untuk anak perempuan 1/2 bagian dan saudara perempuan 1/2 bagian.¹²⁶ Keputusan Mu'adh ibn Jabal tersebut mendahulukan ijtihad dari pada Q.S. al-Nisa' [4] : 176 di mana saudara mewaris jika pewaris tidak meninggalkan anak. Menurut 'Abd Allah ibn 'Abbas, keputusan Mu'adh ibn Jabal tersebut tidak termaktub dalam al-Qur'an dan Hadis, akan tetapi pada umumnya orang berpendapat demikian.¹²⁷

Setelah masa sahabat, qadi memutus perkara berdasarkan hukum yang terdapat dalam al-Qur'an, Hadis dan hasil ijtihad para sahabat Nabi. Jika tidak ditemukan hukum dari ketiga sumber tersebut, qadi melakukan ijtihad. Pada periode ini, wilayah ijtihad qadi

126

Lihat al-Hakim, *al-Mustadrak 'ala Sahihayn*, hal. 1517.

127

Lihat al-Hakim, *al-Mustadrak 'ala Sahihayn*, hal. 1517.

sudah mulai menyempit, mereka tidak memutus dengan ijtihad sendiri selama masih ditemukan hukum hasil ijtihad sahabat Nabi. Penyempitan wilayah ijtihad qadi terus berlanjut sampai munculnya mazhab empat. Setelah muncul mazhab empat, qadi yang boleh berijtihad sendiri hanya yang memiliki kemampuan ijtihad mutlak. Sementara itu, qadi yang mengikuti mazhab tertentu (*ittiba'*) dalam memutus perkara harus menerapkan hukum mazhab yang dianutnya, kecuali jika tidak ditemukan dalam mazhab yang dianutnya.

Di Indonesia, kasus perkawinan dan kewarisan antara warga negara Indonesia yang menganut agama Islam diselesaikan oleh Pengadilan Agama. Hakim Pengadilan Agama, sebelum tahun 1974, memutus perkara berdasarkan hukum Islam yang bersumber dari 13 kitab fiqh yang ditentukan oleh Departemen Agama.¹²⁸ Setelah berlakunya UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, hakim Pengadilan Agama memutus perkara perkawinan berdasarkan hukum Islam yang terdapat dalam kitab fiqh dan Undang-Undang Perkawinan. Pada tahun 1991, setelah terbitnya Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang memuat kumpulan hukum Islam mengenai perkawinan, kewarisan, hibah, wasiat, dan wakaf, sumber hukum bagi hakim Pengadilan Agama dalam memutus perkara bukan

128 Abdul Manan, *Peran Peradilan Agama Dalam Perspektif Pembaharuan Hukum Islam: Studi Kasus Terhadap Putusan-Putusan di Lingkungan Peradilan Agama DKI Jakarta*, (Medan: Universitas Sumatera Utara, 2004), hal. 67. Disertasi dipertahankan dalam Ujian Terbuka Universitas Sumatera Utara pada tanggal 27 November 2004, sudah diterbitkan. Lihat pula Departemen Agama, *Himpunan Putusan Penetapan Pengadilan Agama*, Jakarta: Badan Peradilan Agama, 1978/1979 - memuat putusan-putusan Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama tahun 1957 s/d 1966 yang sumber hukumnya merujuk kitab-kitab fiqh.

hanya kitab fiqh dan Undang-Undang Perkawinan, namun ditambah dengan ketentuan hukum yang termaktub dalam Kompilasi Hukum Islam.¹²⁹

Putusan Pengadilan Agama bukan merupakan putusan akhir, terhadap putusan tersebut dapat diajukan upaya hukum banding dan kasasi. Putusan dalam tingkat kasasi produk Mahkamah Agung merupakan putusan akhir. Pada hakikatnya, putusan Mahkamah Agung bukan merupakan putusan lembaga Mahkamah Agung, akan tetapi merupakan putusan Majelis Hakim Agung. Namun demikian, putusan Majelis Hakim Agung tersebut, walaupun bukan produk kelembagaan, secara formal merupakan produk lembaga Mahkamah Agung karena materi putusan tersebut tidak dapat diubah oleh Majelis Hakim Agung lainnya, dan pula tidak dapat diubah oleh pimpinan Mahkamah Agung, melainkan harus melalui upaya hukum permohonan peninjauan kembali (PK) kepada Mahkamah Agung secara kelembagaan.

Mahkamah Agung yang bertugas memeriksa, mengadili dan memutus perkara pada tingkat kasasi bukan sebagai *judex factie*, melainkan sebagai *judex juris*.¹³⁰ Mahkamah Agung memutus perkara tidak hanya

129 Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tanggal 10 Juni 1991 dan Keputusan Menteri Agama Nomor 154 Tahun 1991 tanggal 22 Juli 1991. Lihat *Himpunan Peraturan Perundang-undangan Republik Indonesia*, Jakarta: PT. Ichtar Baru Van Hoeve, Buku ke I, hal. 861; dan *Himpunan Peraturan Perundang-undangan Dalam Lingkungan Peradilan Agama*, Surabaya: Pengadilan Tinggi Agama Surabaya, hal. 363

130 *Judex factie* adalah peradilan yang memeriksa perkara dengan menemukan fakta melalui pembuktian dari pihak penggugat dan tergugat, selanjutnya dari fakta-fakta tersebut ditarik kesimpulan fakta-fakta hukum yang disengketakan para pihak, dan tindakan hakim lebih lanjut mengadili berupa menerapkan hukum dan keadilan yang dituangkan dalam

berdasarkan hukum normatif yang tertuang dalam undang-undang, akan tetapi mempertimbangkan rasa keadilan dalam kasus yang diputus. Dalam kasus tertentu, penerapan ketentuan perundang-undangan telah memenuhi rasa keadilan.¹³¹ Akan tetapi dalam kasus lain penerapan ketentuan perundang-undangan belum tentu memenuhi rasa keadilan. Dalam kasus terakhir, Hakim Agung dapat menyimpangi kaidah undang-undang dan sekaligus menggali dan menciptakan hukum baru yang memenuhi rasa keadilan dengan kewenangan berupa penemuan hukum (*rechtsvinding*) dan penciptaan hukum (*rechtsschepping*). Kewenangan Mahkamah Agung menyimpangi ketentuan undang-undang untuk memenuhi rasa keadilan dijamin oleh Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.¹³² Penerapan hukum yang telah ada dalam istilah hukum fiqh disebut *ijtihad intiqa'i*, sedangkan

putusan. Sedangkan *Judex juris* memeriksa perkara dalam tingkat kasasi mengenai penerapan hukum, bukan mencari fakta-fakta kejadian melalui pembuktian dari pihak penggugat dan tergugat.

131 Dalam pembukaan UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman disebutkan bahwa kekuasaan kehakiman menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan kekuasaan yang merdeka yang dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi, untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Tugas dan Fungsi Lembaga Kekuasaan Kehakiman (Mahkamah Agung dan lembaga peradilan di bawah Mahkamah Agung) menegakkan hukum dan keadilan vide Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

132 Bunyi lengkap Pasal 5 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman "Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat."

penerapan hukum yang belum ada disebut *ijtihad insha'i* – yang identik dengan *judge made law* dalam hukum konvensional.¹³³

Dinamika pemikiran hukum Mahkamah Agung tersebut direpresentasikan dalam pergeseran pemikiran dalam bidang hukum perkawinan dan hukum kewarisan Islam, baik pergeseran dari ketentuan al-Qur'an dan Hadis,¹³⁴ ketentuan fiqh Islam,¹³⁵ dan ketentuan peraturan perundang-undangan.¹³⁶ Keberlanjutan pemikiran hukum Mahkamah Agung dari al-Qur'an dan Hadis, fiqh Islam dan peraturan perundang-undangan ke arah hukum yang diciptakan oleh Hakim Agung merupakan dinamika pemikiran hukum yang responsif

133 Menurut Yusuf al-Qardawi, pada masa sekarang dibutuhkan dua bentuk ijtihad. *Pertama, ijtihad intiqai*, yaitu mengambil suatu pendapat ulama terdahulu yang paling kuat untuk berfatwa atau memutus kasus di pengadilan. *Kedua, ijtihad insha'i*, yaitu merumuskan hukum baru mengenai masalah tertentu yang sebelumnya tidak ada hukum yang mengatur tentang itu. Lihat Yusuf al-Qardawi, *al-Ijtihad al-Mu'asirah bayn al-Indibat wa al-Infiraf*, Kairo: Dar al-Tawzi' wa al-Nashr al-Islamiyah, 1994, hal. 20 dan 32.

134 Menurut Mahkamah Agung, anak perempuan menghijab saudara. Kaidah hukum produk Mahkamah Agung tersebut bergeser dari Hadis Nabi dan pendapat para mazhab empat.

135 Putusan Mahkamah Agung yang menetapkan istri yang mengajukan gugatan perceraian berhak mendapat nafkah *'iddah* selama ia tidak *nushuz*, putusan ini bergeser dari ketentuan fiqh di mana istri yang mengajukan permohonan bercerai tidak berhak mendapat nafkah *'iddah*.

136 Dalam Undang-Undang Perkawinan disebutkan bahwa suatu perkawinan harus dicatat oleh Pejabat Pencatat Perkawinan. Untuk orang yang beragama Islam dicatat oleh Pegawai Pencatat Nikah (Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1946 jo. Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Pasal 2 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975), dan untuk orang yang menganut agama selain Islam dicatat oleh Pejabat Catatan Sipil (Pasal 2 ayat (2) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975). Dalam beberapa putusan Mahkamah Agung, ada yang menetapkan pencatatan perkawinan merupakan syarat sahnya suatu perkawinan dan ada yang tidak menetapkan sebagai syarat sahnya perkawinan.

terhadap rasa keadilan yang berkembang dalam masyarakat.

Salah satu tema penting dalam dinamika pemikiran Mahkamah Agung dalam bidang hukum perkawinan dan hukum kewarisan Islam bertautan erat dengan isu kesetaraan gender dan Hak Asasi Manusia (HAM). Pada masa kini, hukum keluarga dan hukum kewarisan Islam banyak menuai kritik baik dari pemikir Islam,¹³⁷ maupun pemikir di luar Islam.¹³⁸ Banyak persoalan menyangkut kesetaraan gender dan HAM dalam hukum perkawinan seperti poligami, hak-hak perempuan pasca perceraian, *hadanah*, harta bersama dan lain-lain. Demikian pula dalam hukum kewarisan berkenaan dengan perbedaan agama yang dianut pewaris dan ahli waris, *dhawi al-arham*, anak angkat dan lain-lain. Isu keadilan, kesetaraan gender, dan HAM merupakan bagian dari permasalahan yang diasumsikan

137 Salah satu gagasan reaktualisasi hukum Islam dalam bidang kewarisan di Indonesia dilontarkan oleh Munawir Sadzali dengan memberikan contoh bagian waris wanita separuh dari bagian laki-laki agar dipahami secara kontekstual bukan secara tekstual. Demikian halnya pemahaman Muhammad Shahrur mengenai bagian anak perempuan $\frac{1}{2}$ bagian anak laki-laki merupakan batas minimal sehingga tidak menutup kemungkinan anak perempuan diberi bagian sama dengan anak laki-laki. Lihat Munawir Sadzali, "Gagasan Reaktualisasi Ajaran Islam", dalam Muhammad Wahyuni Nafis dkk. (ed.), *Kontekstualisasi Ajaran Islam: 70 Tahun Prof. Dr. Munawir Sadzali, MA*, Jakarta: IPHI & Yayasan Wakaf Paramadina, 1995, hal. 93

138 Robert Spenser mempertanyakan tentang Islam dan kesetaraan gender karena teks al-Qur'an dan Hadis yang masih memandang laki-laki mempunyai kelebihan dari perempuan baik dalam peran domestik maupun dalam peran kemasyarakatan dengan mengutip beberapa ayat al-Qur'an dan Hadis, di samping dalam realitas masih tetap kuatnya arus pemahaman al-Qur'an dan Hadis yang tekstual di kalangan umat Islam. Lihat Herbert Spenser, *Islam Unveiled: Disturbing Questions about the World's Fastest-Growing Faith*, San Francisco: Encounter Books, 2002, hal. 72-92.

sebagai faktor yang melatar belakangi dinamika pemikiran hukum Islam di Mahkamah Agung.

Dalam perkara permohonan izin poligami baik Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama dan Mahkamah Agung sangat longgar mengabulkan permohonan izin poligami. Berbagai motif yang dijadikan alasan permohonan izin poligami adalah menginginkan keturunan, istri tidak mampu melayani kebutuhan biologis suami, dan perkara lainnya tidak jelas motifnya. Di kalangan Muslim, isu seputar poligami selalu menjadi perdebatan yang tidak pernah berujung, melainkan membuat dua koridor: *Pertama*, kelompok yang membolehkan; dan *Kedua*, kelompok yang melarang poligami. Mazhab yang melarang poligami mengetengahkan argumen teologis di mana Islam meletakkan eksistensi wanita dan pria dalam derajat yang sama, sehingga melakukan poligami merupakan perlawanan terhadap substansi ajaran Islam tentang kesetaraan gender.¹³⁹ Argumen yuridisnya bahwa kebolehan poligami yang diatur dalam Q.S. al-Nisa' [4] : 3 tersebut harus memenuhi syarat keadilan, sedangkan dalam Q.S. al-Nisa' [4] : 129 bahwa keadilan itu tidak mungkin bisa dicapai walaupun dengan upaya sungguh-sungguh, sehingga dengan Q.S. al-Nisa' [4] : 129 tersebut poligami tertutup tidak boleh dilaksanakan.¹⁴⁰

139 Mahmud Muhammad Taha, *al-Risalah al-Thaniyah min al-Islam*, (terj.) Khairon Nahdiyyin, (Yogyakarta: LKIS, 2003), hal. 166; Abdullahi Ahmed al-Na'im, *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Right, and International Law*, (terj.) Ahmad Suaedy dan Amiruddin al-Raniry, Yogyakarta: ELKIS, 2004, hal. 291-295.

140 Muhammad Shahrur mensyaratkan poligami; 1. Wanita yang dinikahi harus janda yang memiliki anak yatim; 2. Jika takut tidak berlaku adil dalam memelihara anak yatim dari janda tersebut. Lihat Muhammad Shahrur, *Nahwa Usul Jadidah li al-Fiqh al-Islami*, (terj.) Sahiron Syamsuddin dan

Mazhab yang berpendapat bahwa poligami boleh mengemukakan argumen teologis bahwa yang mempunyai otoritas penetapan hukum adalah hanya Allah semata. Poligami dibolehkan Allah, maka manusia tidak memiliki otoritas untuk merubah hukum halalnya poligami. Argumen yuridisnya bahwa ketidakmungkinan suami untuk berbuat adil terhadap istri-istrinya yang diatur dalam Q.S. al-Nisa' [4] : 129 adalah adil dalam rasa cinta, sedangkan persyaratan adil dalam Q.S. al-Nisa' [4] : 3 adalah keadilan yang bersifat materi atau perbuatan yang terukur seperti pembagian waktu dan nafkah antara para istri.¹⁴¹ Hal ini didukung oleh Hadis Nabi di mana beliau tidak dapat berlaku adil dalam mencintai para istrinya karena beliau lebih mencintai 'Aisyah dibanding dengan istri yang lainnya.¹⁴² Ulama Mazhab empat membolehkan poligami dengan syarat suami berlaku adil terhadap para istrinya dengan tidak perlu izin dari istri yang terdahulu. Adil menurut ulama mazhab empat adalah adil dalam membagi waktu di antara para istri kecuali istrinya rela untuk tidak diperlakukan sama dari istri lainnya. Sedangkan mengenai adil dalam arti menyamakan pembagian nafkah, kiswah dan maskan tidak wajib akan tetapi cukup disesuaikan dengan kebutuhan dasar mereka. Demikian halnya ulama mazhab Zahiriyah,

Burhanuddin, Yogyakarta, 2004, hal. 425-434.

141 Al-Qurtubi, *al-Jami' li Ahkam al-Qur'an*, vol. 5, hal. 407 dan vol. 14, hal. 217.

142 Dalam sebuah Hadis, Nabi Muhammad menyampaikan keluhannya tentang upaya maksimal berbuat adil terhadap para istrinya kepada Allah: Lihat Imam Tirmidzi, *Sunan Tirmidzi*, hal. 270; Ibn Majah, *Sunan Ibn Majah*, hal. 330; Imam Hakim, *al-Mustadrak 'ala al-Sahihayn*, hal. 551; Abu Dawud, *Sunan Abu Dawud*, hal. 494; Ibn Hibban, *Sahih Ibn Hibban*, hal. 726; dan al-Bukhari, *Sahih al-Bukhari*, hal. 1341.

dalam hal poligami berpendapat sama dengan ulama mazhab empat.¹⁴³

Pada umumnya undang-undang hukum keluarga negara-negara Islam Arab masih membolehkan poligami dengan persyaratan tertentu dan harus ada izin dari pengadilan. Poligami yang tidak mendapat izin dari Pengadilan diancam hukuman pidana. Kecuali Tunisia melarang poligami secara mutlak.¹⁴⁴ Hukum keluarga Indonesia, sebagaimana umumnya negara-negara Muslim, menganut asas monogami terbuka. Dalam keadaan tertentu, poligami dibolehkan dengan izin dari pengadilan sebagaimana diatur dalam Pasal 4, 5 dan 6 UU Perkawinan dan Pasal 55, 56, 57 dan 58 KHI. Pengadilan hanya dapat memberikan izin poligami jika: (1) istri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai istri; (2) istri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan; (3) istri tidak dapat melahirkan keturunan. Permohonan izin poligami yang diajukan kepada pengadilan harus memenuhi syarat: (a) adanya persetujuan dari istri/istri-istri; (b) adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan-keperluan hidup istri-istri dan anak-anak mereka; (c) adanya jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap istri-istri dan anak-anak mereka.¹⁴⁵

143 Lihat Ibn Rushd, *Bidayat al-Mujtahid wa Nihayat al-Muqtasid*, hal. 438; 'Abd al-Rahman al-Jaziri, *al-Fiqh 'ala al-Madhahib al-Arba'ah*, vol. 4, hal. 237; Imam Malik, *al-Mudawwanah al-Kubra*, vol. 2, hal. 391; Ibn Qudamah (w. 620 H), *al-Mughni*, 2004, vol. 9, hal. 608 dan 620; Ibn Hajar al-Haitami, *Tuhfah al-Muhtaj bi Sharh al-Minhaj*, hal. 438-439.

144 Lihat Tahir Mahmood, *Personal Law in Islamic Countries*, 1987, 274-275; Dawoud El Islami and Doreen Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws of The Arab World*, 1996, 242; Adib Istanbuli, *al-Murshid fi Qanun al-Ahwal al-Shakhsyah*, hal. 35.

145 Lihat *Himpunan Peraturan Perundang-undangan Republik*

Putusan Mahkamah Agung¹⁴⁶ memberi pertimbangan bahwa istri yang sudah melayani kebutuhan seks suami, akan tetapi suami masih tidak puas dengan pelayanan seks tersebut, suami dapat diijinkan untuk melakukan poligami atas dasar kaidah fiqh *درء المفسد مقدم على جلب المصالح*. Sehingga perkara permohonan poligami tersebut tidak dapat dikategorikan atas dasar Pasal 4 ayat (2.a) yaitu istri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai istri. Melainkan alasan baru yang ditolelir oleh Mahkamah Agung yaitu "suami yang hiperseksual dan tidak bisa puas kebutuhan seksnya dari istri, sehingga diawatirkan terjerumus dalam perilaku seks yang bertentangan dengan undang-undang dan hukum Islam." Hal ini dinyatakan sendiri dalam pertimbangan putusan Pengadilan Agama Tuban yang dibenarkan oleh Mahkamah Agung bahwa dalam perkara ini ketentuan alasan alternatif dan persyaratan kumulatif untuk mengajukan izin poligami yang diatur dalam Pasal 4 dan 5 UU Perkawinan jls. Pasal 55-59 KHI dapat disimpangi. Dalam perkara izin poligami Mahkamah Agung banyak menyimpang dari ketentuan perundang-undangan sebagai ijtihad *insha'i* dengan pertimbangan *masalah*.

Dalam kaitannya dengan harta bersama, sesungguhnya hukum Islam tidak mengenal lembaga harta bersama. Harta yang diperoleh oleh suami istri merupakan milik mereka masing-masing. Suami istri mempunyai kewenangan untuk melakukan berbagai

Indonesia, vol. 1, hal. 835; dan M. Amin Suma, *Himpunan Undang-undang Perdata Islam dan Peraturan Pelaksanaan lainnya di Negara Hukum Indonesia*, hal. 386-387.

146 Lihat Putusan Mahkamah Agung Nomor 267 K/AG/2002 tanggal 14 Desember 2005

transaksi atas harta kekayaan masing-masing. Ketentuan demikian diatur dalam Q.S. al-Nisa` [4] : 32. Tidak adanya lembaga harta bersama secara implisit dapat dipahami dari beberapa peristiwa di masa Nabi Muhammad di mana istri Ka'ab ibn Malik menghibahkan kalung miliknya kepada Nabi Muhammad. Hibah tersebut diterima Nabi Muhammad setelah diketahui suaminya (Ka'ab ibn Malik) mengizinkan istrinya menghibahkan kalungnya.¹⁴⁷ Demikian halnya ketika Hindun binti 'Utbah mengadu kepada Nabi Muhammad di mana Abu Sufyan (suaminya) tidak memberi nafkah, apakah ia (Hindun) dapat mengambil nafkah dari harta kekayaan suaminya, Nabi Muhammad menjawab: "ambillah sekedar cukup untuk nafkah dirimu dan anak-anakmu."¹⁴⁸ Kedua peristiwa tersebut menggambarkan bahwa dalam rumah tangga suami istri di masa Nabi Muhammad tidak mengenal harta bersama karena masing-masing harta suami istri terpisah.

Lembaga harta bersama dikenal dalam sistem *civil law* dan *common law*.¹⁴⁹ Lembaga harta bersama ini diadopsi oleh perundang-undangan di Indonesia yang dituangkan dalam Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan dan Pasal 1 huruf (f) dan Pasal 85-97 KHI. Terdapat perbedaan pengertian harta berasama dalam KUH

147 Lihat Ibn Majah, *Sunan Ibn Majah*, hal. 401; Imam Ahmad, *Musnad Ahmad ibn Hanbal*, hal. 508; Abu Dawud, *Sunan Abu Dawud*, hal. 394; al-Nasa'i, *Sunan al-Nasa'i*, hal. 396; Imam Hakim, 47/2; Bayhaqi, 60/6; dan Muhammad ibn Ahmad Isma'il al-Muqaddim, *al-Mar'ah Bayn al-Takrim al-Islami wa Ihanat al-Jahiliyah*, Kairo: Dar Ibn al-Jawzi, 2005, hal. 489.

148 Lihat al-Bukhari, *Sahih al-Bukhari*, hal. 1375 dan 1741; al-Nasa'i, *Sunan al-Nasa'i*, hal. 817; Muslim, *Sahih Muslim*, hal. 843; Abu Dawud, *Sunan Abu Dawud*, hal. 818; dan Ibn Hibban, *Sahih Ibn Hibban*, hal. 735.

149 Lihat Pasal 119 KUHPerdara, dalam *Himpunan Peraturan Perundang-Undangan Republik Indonesia*, vol. 1, hal. 499.

Perdata dan peraturan perundang-undangan di Indonesia. KUH Perdata menganut segala harta kekayaan yang diperoleh oleh suami istri sebelum perkawinan dan yang diperoleh dalam masa perkawinan merupakan harta bersama selama tidak ada perjanjian untuk pemisahan harta suami istri, sedangkan dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia yang dimaksud harta bersama adalah harta yang diperoleh oleh suami dan/ atau istri selama perkawinan dengan pengecualian harta warisan atau harta yang diperoleh sebagai hadiah bagi masing-masing suami atau istri.

Rumusan harta bersama dalam UU Perkawinan sangat jelas yaitu harta yang diperoleh suami dan/atau istri selama dalam perkawinan kecuali yang diperoleh oleh suami atau istri dari warisan dan hadiah. Dalam KHI terdapat beberapa pasal yang bisa menimbulkan bias pengertian. Dalam Pasal 86 KHI dikatakan "Pada dasarnya tidak ada percampuran antara harta suami dan harta istri karena perkawinan." Pasal ini dapat mengandung pengertian segala harta yang diperoleh suami atau istri baik sebelum dan sesudah perkawinan tidak dengan sendirinya menjadi harta bersama. Sedangkan dalam Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan, segala harta yang diperoleh suami dan/atau istri selama perkawinan menjadi harta bersama kecuali yang diperoleh dari warisan atau hadiah bagi masing-masing suami istri.

Akan tetapi jika terjadi perceraian atau cerai mati KHI lebih konkrit mengatur cara pembagian harta bersama di mana suami istri yang bercerai mendapat bagian yang sama masing-masing memperoleh $\frac{1}{2}$ (satu

perdua) bagian (Pasal 96 dan 97 KHI). Sedangkan UU Perkawinan tidak mengatur demikian, melainkan jika terjadi perceraian atau cerai mati pembagian harta bersama dibagi menurut hukum masing-masing. Yang dimaksud hukumnya masing-masing adalah hukum agama, hukum adat dan hukum-hukum lainnya (Pasal 37 dan penjelasan Pasal 37 UU Perkawinan). Rumusan pembagian harta bersama dalam Pasa 37 UU Perkawinan tersebut dipengaruhi oleh pemikiran bahwa hukum yang berlaku di Indonesia adalah tiga sitem hukum yaitu hukum Islam, hukum adat dan hukum yang termuat dalam KUH Perdata. Dalam hukum Islam tidak mengenal harta bersama, hukum adat mengenal harta bersama akan tetapi pembagiannya tidak sama di mana suami lebih banyak dari bagian istri, dan KUH Perdata menetapkan bagian suami dan istri sama masing-masing $\frac{1}{2}$ bagian.

Penetapan bagian harta bersama masing-masing suami istri mendapat setengah bagian sangat memperhatikan pengarusutamaan gender yang sebelumnya istri dalam hukum Islam tidak mempunyai hak dari harta yang diperoleh suami selama berumah tangga, walaupun istri yang berfungsi sebagai ibu rumah tangga ikut peran serta melakukan pekerjaan-pekerjaan yang secara tidak langsung menciptakan rumah tangga yang sakinah dan mawaddah warahmah. Pekerjaan-pekerjaan yang dilakukan istri di rumah menurut hasil penelitian yang dilakukan oleh 'Aishah Harb Zurayqa terhadap ibu rumah tangga di Libanon jika pekerjaan istri tersebut di uangkan hampir setara dengan penghasilan suami.¹⁵⁰

Terhadap perkara pembagian harta bersama, Mahkamah Agung tidak selamanya berpegang teguh kepada peraturan perundang-undangan. Mahkamah Agung¹⁵¹ menetapkan kaidah hukum, bahwa isteri dapat memperoleh bagian yang lebih besar dari suami dalam pembagian harta bersama. Menurut pendapat Mahkamah Agung bahwa suami yang tidak taat beragama, sehingga mengakibatkan isteri stress, dan selama perkawinan suami tidak pernah memberikan nafkah kepada isteri sementara seluruh harta bersama diperoleh oleh isteri

Terkait dengan pembagian harta waris, para Fuqaha menetapkan perbedaan agama pewaris dengan ahli waris sebagai faktor penghalang untuk mewaris.¹⁵² Ketentuan ini tidak diatur dalam al-Qur'an melainkan dalam Hadis Nabi Muhammad yang diriwayatkan oleh Usamah ibn Zayd. Bunyi Hadis-nya ada dua macam: *Pertama*, لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم (seorang Muslim tidak boleh mewaris harta warisan pewaris yang beragama selain Islam dan sebaliknya orang yang beragama selain Islam tidak boleh mewaris harta warisan pewaris muslim);¹⁵³ *Kedua*, لا يرث المسلم الكافر (seorang Muslim tidak boleh mewaris harta warisan pewaris yang beragama selain Islam – tanpa kalimat

Zaujain, Beirut: al-Dar al-'Arabiyah li al-'Ulum, 2007, hal. 89.

151 Lihat Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 266K/AG/2010, 12 Juli 2010

152 Lihat Jalal al-Din Muhammad ibn Ahmad al-Mahalli, *Sharh al-Mahalli 'ala Minhaj al-Talibin*, vol. 3, hal. 148; Ibn Hazm, *al-Muhalla*, hal. 1497; Ibn Rushd, *Bidayat al-Mujtahid wa Nihayat al-Muqtasid*, hal. 688; Wahbah Zuhayli, *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh*, vol. 10, hal. 7718-7719; dan Ibn Qudamah al-Maqdisi, *al-Mughni*, vol. 8, hal. 494-496.

153 Lihat Muslim, *Sahih Muslim*, hal. 777; al-Tirmidhi, *Sunan al-Tirmidhi*, hal. 475; I

sebaliknya).¹⁵⁴ Dilihat dari segi *sanad* (rangkaiannya orang yang meriwayatkan Hadis dari Nabi Muhammad kepada sahabat berlanjut kepada generasi berikutnya sampai kepada yang membukukan Hadis), Hadis tersebut berstatus *sahih* (memenuhi standar untuk dijadikan sumber hukum), akan tetapi dari segi *matan* (substansinya), Hadis tersebut diragukan kesahihannya. *Pertama*, karena *matan* Hadis tersebut khususnya bentuk yang kedua menurut satu riwayat dalam *Sahih al-Bukhari* dan *Sunan Ibn Majah* adalah pendapat 'Umar ibn al-Khattab bukan pendapat Nabi Muhammad.¹⁵⁵ *Kedua*, daya mengikat Hadis tersebut diragukan karena Mu'adh ibn Jabal pernah memutus kasus harta warisan dari pewaris Yahudi harta warisan diberikan kepada ahli waris yang Muslim. Keputusan Mu'adh ibn Jabal tersebut diikuti oleh Yahya ibn Ya'mar.¹⁵⁶ Berbeda dengan Mu'adz ibn Jabal, 'Umar ibn al-Khattab berpegang teguh pada prinsip di mana orang Muslim tidak boleh mewaris harta warisan dari pewaris kafir, beliau dalam kapasitas sebagai qadi pernah menolak tuntutan seorang Muslim terhadap harta warisan pewaris yang kafir dan harta warisan diberikan kepada ahli waris yang kafir.¹⁵⁷

KHI, Pasal 171 huruf (b) dan (c), mengatur tentang syarat pewaris dan ahli waris harus beragama Islam, dengan demikian beda agama dalam KHI

154 Lihat al-Bukhari, *Sahih al-Bukhari*, hal. 1588; dan Imam Malik, *al-Muwatta*, hal. 328.

155 Lihat al-Bukhari, *Sahih al-Bukhari*, h. 438; Ibn Majah, *Sunan Ibn Majah*, hal. 464.

156 Lihat Abu Dawud, *Sunan Abu Dawud*, hal. 677 dan 678; dan Imam Hakim, *al-Mustadrak 'ala Sahihayn*, hal. 1523.

157 Imam Malik, *al-Muwatta*, hal. 328.

merupakan penghalang bagi seseorang untuk mewaris. Dalam hal wasiat, Pasal 171 huruf (f) KHI menyebutkan: “wasiat adalah pemberian suatu benda dari pewaris kepada orang lain atau lembaga yang akan berlaku setelah pewaris meninggal dunia.” Pasal tersebut tidak mensyaratkan penerima wasiat harus orang yang bergama Islam, sehingga orang yang tidak beragama Islam sah menerima wasiat dari seorang yang beragama Islam. Akan tetapi pasal-pasal lainnya tentang wasiat tidak pula terdapat pasal yang mengatur kewajiban seorang untuk berwasiat kepada keturunannya atau kerabat yang mempunyai hubungan darah yang tidak beragama Islam.

Mahkamah Agung dalam beberapa putusannya¹⁵⁸ menetapkan pewaris yang tidak beragama Islam dapat diberi wasiat wajibah (wasiat yang ditetapkan oleh pengadilan) maksimal 1/3 bagian dari harta warisan, sebagaimana wasiat wajibah untuk anak angkat dari ayah angkatnya pada saat ayah angkat tidak memberikan wasiat untuk anak angkatnya. Atas dasar kedudukan Hadis tentang beda agama sebagai penghalang untuk mewaris dilihat dari segi dilalah maupun riwayatnya bersifat *zanni*, dan teori usul fiqh kedua di atas bahwa Hadis tidak dapat diberlakukan secara umum akan tetapi merupakan hukum yang mengikat kasus tertentu (العبرة بخصوص السبب لا بعموم اللفظ) maka putusan Mahkamah Agung memberikan wasiat wajibah kepada anak atau kerabat pewaris yang menganut agama selain Islam tidak bertentangan dengan al-Qur’an, Hadis, fiqh mazhab empat dan KHI.

158
Juli 2010

Lihat Putusan Mahkamah Agung RI No. 16K/AG/2010 , 12

Putusan ini merupakan putusan yang responsif terhadap isu HAM. Ijtihad yang digunakan adalah ijtihad *intiqā'i* di mana Mahkamah Agung menrapkan hukum yang telah ada bahwa wasiat dapat diberikan kepada orang yang beragama selain Islam.

C. Kesimpulan

Dari uraian di atas menunjukkan bahwa putusan-putusan Mahkamah Agung dalam hukum perdata Islam telah mengalami pergeseran dari kerangka hukum Islam tradisional (fiqh konvensional) ke kerangka hukum positif (fiqh perundang-undangan). Pergeseran tersebut ditandai oleh kuatnya paradigma legisme baik pada level penerapan hukum (*rechtshandhaving*) maupun penemuan hukum (*rechtsvinding*). Pada level penerapan hukum, paradigma tersebut direpresentasikan oleh putusan-putusan Mahkamah Agung yang mengedepankan ketentuan legal formal dalam memutus perkara-perkara perkawinan dan kewarisan. Sedangkan pada level penemuan hukum, paradigma tersebut ditandai oleh kecenderungan mempraktikkan model ijtihad *intiqā'i* ketimbang ijtihad *inshā'i* dalam menyelesaikan perkara-perkara perkawinan dan kewarisan.

Dengan demikian, hakim dalam melaksanakan tugas mengadili perkara bukan hanya bertindak sebagai mulut undang-undang (*la bouche de la loi*), melainkan selalu menafsirkan suatu ketentuan perundang-undangan dengan cara menghubungkannya dengan fakta hukum yang terjadi di persidangan untuk mendapatkan suatu kesimpulan hukum. Oleh karena itu,

hakim dituntut perannya untuk menemukan hukum (*rechtsvinding*) dan menciptakan hukum (*rechtsschepping*) untuk dapat mewujudkan rasa keadilan.

PERTANGUNGJAWABAN PIDANA KORPORASITERHADAP TINDAK PIDANA FISKAL

Nur Hidayati Setyani¹⁵⁹

A. Pendahuluan

Demi kelangsungan hidup negara yang juga berarti kelangsungan hidup individu, maka memerlukan biaya. Biaya hidup negara adalah untuk kelangsungan alat-alat negara, administrasi negara, lembaga negara, dan seterusnya dan harus dibiayai dari penghasilan negara. Pengasilan atau sumber penerimaan negara adalah berasal dari rakyatnya melalui pungutan pajak (penerimaan dari sektor pajak), dari hasil kekayaan alam yang ada di dalam suatu negara (*natural resources*) / penerimaan dari sektor migas dan penerimaan dari sektor non pajak. Penerimaan dari sektor pajak dan sektor migas merupakan sumber yang terpenting yang memberikan penghasilan kepada negara. Namun karena hasil

¹⁵⁹ Dosen Jurusan Ahwal al-Syakhshiyah Fakultas Syari'ah IAIN Walisongon Semarang

kekayaan alam yang ada di dalam negara itu dalam jangka panjang tidak dapat diandalkan atau bahkan habis karena sifatnya yang tidak dapat diperbaharui (*nonrenewable resources*), maka harapan tertumpu pada pajak-pajak. Untuk meningkatkan pendapatan negara dari sektor pajak, maka pemerintah telah beberapa kali mengadakan *tax reform*.

Salah satu unsur penting dalam pajak ialah subyek pajak atau wajib pajak. Dalam pasal 2 UU No. 7 Tahun 1984 tentang Pajak Penghasilan, disebutkan bahwa yang menjadi subyek pajak penghasilan ialah : orang pribadi, badan-badan (seperti PT, Firma, CV, Koperasi, *Maatschappaij*, Persekutuan, Organisasi, Yayasan), warisan yang belum terbagi, dan bentuk usaha tertentu. Selanjutnya pasal 3 UU Pajak Bumi dan Bangunan menyebutkan bahwa, yang menjadi subyek pajak adalah orang atau badan yang secara nyata mempunyai suatu hak atas bumi dan bangunan. Dengan demikian secara umum subyek pajak adalah individu maupun korporasi. Dengan demikian hukum pajak mau tidak mau mengakui eksistensi badan-badan hukum tersebut, dan merasa perlu mengaturnya dalam hukum pajak. Tidak dapat dipungkiri bahwa berdasarkan kenyataan yang ada, badan hukum tersebut merupakan wajib pajak.

Para pelaku usaha baik perorangan maupun badan hukum atau korporasi sebagai subyek pajak pada umumnya menganut prinsip ekonomi, yakni dengan pengeluaran yang sekecil-kecilnya untuk memperoleh hasil yang sebanyak-banyaknya, bahkan adapula yang demi memperoleh keuntungan maka segala cara dilakukan, termasuk melakukan tindak

pidana pajak. Beberapa dekade terakhir, tampaknya gejala tindak pidana yang dilakukan oleh korporasi makin sering terjadi. Sehubungan dengan hal ini, maka muncul berbagai teori pertanggungjawaban pidana Korporasi yang dilahirkan sehubungan dengan upaya menghentikan atau memberikan hukuman kepada Korporasi yang melakukan tindak pidana. Seiring dengan terus berkembangnya kejahatan korporasi dalam bidang ekonomi mengikuti perkembangan ekonomi masyarakat ini, maka fungsionalisasi hukum pidana mulai dari upaya pencegahan melalui peraturan perundang-undangan administratif, kriminalisasi, dan upaya penegakan hukumnya harus selalu memperoleh perhatian serius.

Di Indonesia prinsip pertanggungjawaban korporasi (*corporate liability*) tidak diatur dalam hukum pidana umum, melainkan tersebar dalam hukum pidana khusus. Tidak dikenalnya prinsip pertanggungjawaban korporasi ini, dikarenakan subyek tindak pidana yang dikenal dalam KUHP adalah orang dalam konotasi biologi. Disamping itu, KUHP juga masih menganut asas *societas delinquere non potest*.

Permasalahan dalam tulisan ini adalah; bagaimanakah bentuk dari tindak pidana fiskal dan bagaimanakah sistem bertanggungjawaban pidana dalam hal korporasi melakukan tindak pidana fiskal ?

B. Sistem Pemungutan Pajak

Pajak menurut Rochmat Soemitro adalah iuran rakyat kepada kas negara berdasarkan undang-undang (yang dapat dipaksakan) dengan tiada

mendapat jasa timbal (kontra prestasi), yang langsung dapat ditunjukkan dan yang digunakan untuk membayar pengeluaran umum.

Pemungutan Iuran rakyat kepada kas negara tersebut dilakukan dengan suatu sistem, dalam hukum pajak dikenal tiga sistem pemungutan pajak, yaitu :¹⁶⁰¹⁶¹

1. *Official Assesment System*, yaitu sistem pemungutan pajak yang memberi kewenangan aparatur perpajakan untuk menentukan sendiri jumlah pajak yang terhutang setiap tahunnya sesuai dengan ketentuan UU perpajakan yang berlaku. Inisiatif dan kegiatan menghitung serta memungut pajak sepenuhnya berada di tangan para aparatur perpajakan. Dengan demikian, berhasil atau tidaknya pelaksanaan pemungutan pajak tergantung pada aparatur perpajakan (peranan dominan ada pada aparatur perpajakan).
2. *Self Assesment System*, sistem pemungutan pajak yang memberikan wewenang Wajib Pajak untuk menentukan sendiri jumlah pajak yang terhutang setiap tahunnya sesuai dengan ketentuan UU Perpajakan yang berlaku. Inisiatif dan kegiatan menghitung serta pelaksanaan pemungutan pajak berada ditangan Wajib Pajak. Wajib Pajak dianggap mampu menghitung pajak, mampu memahami peraturan perpajakan yang sedang berlaku, dan mempunyai kejujuran yang tinggi, serta menyadari

¹⁶¹ Syahrin Naihasy, *Hukum Bisnis (Business Law)*, Yogyakarta: Mida Pustaka, 2005, hal. 225.

akan arti pentingnya membayar pajak. Oleh karena itu, Wajib Pajak diberi kepercayaan untuk :

- a. menghitung sendiri pajak yang terutang;
- b. memperhitungkan sendiri pajak yang terutang;
- c. membayar sendiri jumlah pajak yang terutang;
- d. melaporkan sendiri jumlah pajak yang terutang; dan
- e. mempertanggungjawabkan pajak yang terutang.

Berhasil atau tidaknya pelaksanaan pemungutan pajak tergantung pada Wajib Pajak itu sendiri (peranan dominan ada pada Wajib Pajak),

3. *With Holding system*, yakni sistem pemungutan pajak yang memberi wewenang kepada pihak ketiga yang ditunjuk untuk menentukan besarnya pajak yang terutang oleh Wajib Pajak sesuai dengan ketentuan UU Perpajakan yang berlaku. Penunjukan pihak ketiga ini bisa dilakukan dengan UU Perpajakan, Keputusan Presiden dan peraturan lainnya untuk memotong dan memungut pajak, menyetorkan, dan mempertanggungjawabkan melalui sarana perpajakan yang tersedia. Berhasil atau tidaknya pelaksanaan pemungutan pajak tergantung pada pihak ketiga yang ditunjuk¹⁶².

Dari ketiga sistem pemungutan pajak tersebut memunculkan celah bagi para pihak untuk melakukan tindak di bidang perpajakan. Celah bagi subyek pajak atau wajib pajak untuk melakukan tindak pidana fiskal terutama terdapat pada *self assesment system*, dimana

¹⁶² Syahrin Naihasy, *Hukum Bisnis (Business Law)*, Yogyakarta: Mida Pustaka, 2005, hal.226.

wajib pajak diberi kepercayaan untuk menghitung hingga mempertanggungjawabkan pajak terutangnya sendiri.

C. Tindak Pidana fiskal

Menurut Hattink, tindak pidana fiskal adalah tindak pidana yang ada hubungannya dengan keuangan negara seperti yang bertalian dengan retribusi, dengan persewaan negara, bertalian dengan penerimaan negara. Sedangkan Rohmat Soemitro mengartikan Tindak Pidana Fiskal sebagai:

1. Perbuatan yang dilakukan oleh orang atau badan melalui orang;
2. Yang memenuhi perumusan undang-undang ;
3. Yang oleh undang-undang diancam dengan pidana (*straf*) ;
4. Yang melawan / bertentangan dengan hukum ;
5. Yang merugikan masyarakat /orang ;
6. Yang dilakukan di bidang perpajakan.¹⁶³

Kejahatan korporasi yang selalu dikaitkan dengan kegiatan ekonomi atau dunia bisnis ini, dalam bidang perpajakan jika dilihat dari konsep Joseph F. Sheley maka dapat berupa *Defrauding the goverment* . Adapun bentuk *defrauding the goverment* ini berupa; menghindari atau memperkecil pembayaran pajak dengan cara melaporkan data yang tidak sesuai dengan data yang sesungguhnya. Pada umumnya praktik pemberian keterangan tidak benar ini akan menimbulkan dampak negatif atau kurang

¹⁶³ Rochmat Soemitro, *Pajak Ditinjau Dari Segi Hukum*, PT.Eresco, Bandung, Th. 1991, hal.43

menguntungkan (bahkan merugikan) kepada satu pihak, akan tetapi dipihak lain mendatangkan keuntungan bagi pelaku perbuatan tersebut. Disadari atau tidak, si pelaku dalam hal ini telah melakukan perbuatan yang melanggar peraturan-peraturan atau ketentuan hukum yang berlaku, baik peraturan yang tertulis formal, etika serta asas-asas hukum yang hidup dan diakui eksistensinya dalam masyarakat.

Adapun modus operandi bentuk-bentuk praktik pemberian keterangan tidak benar yang dilalukan oleh korporasi adalah berupa ; *Transfer Pricing, Under Invoicing, Over Invoicing dan window dressing* . Praktek *transfer pricing* ini biasanya terjadi pada korporasi yang tergabung dalam kelompok, yaitu antara satu korporasi dengan korporasi lain yang mempunyai hubungan istimewa. Untuk memperkecil jumlah pajak yang harus dibayar maka harga jual antar sesama korporasi dalam kelompok tersebut diatur sedemikian rupa sehingga keuntungan dari korporasi yang untungnya besar akan dipindahkan ke korporasi yang merugi. Pada prinsipnya *transfer pricing* ini merupakan pemindahan keuntungan melalui transaksi dengan harga yang tidak wajar dengan tujuan untuk menghindari pengenaan pajak.

Under invoicing biasanya terjadi pada transaksi impor atau ekspor. Pada transaksi impor, perusahaan atau korporasi bisa meminta rekanannya di luar negeri untuk menerbitkan dua *invoice*, satu *invoice* dengan harga yang sebenarnya untuk keperluan perhitungan harga pokok, sebuah lagi dengan harga lebih rendah dengan diperhitungkan untuk keperluan pabean (pembayaran bea masuk, PPh, dan PPN). Pada transaksi

ekspor, kasus *under invoicing* biasanya terjadi berkaitan dengan adanya hubungan istimewa sebagaimana di atas, yakni dalam rangka menstransfer keuntungan korporasi di Indonesia ke korporasi induk di luar negeri tanpa terkena pajak penghasilan atas deviden.

Dalam kegiatan pengadaan (*procurement*), praktik *over invoice* untuk manipulasi harga dimaksudkan untuk mendapatkan keuntungan pribadi bagi pihak-pihak pelaksana transaksi atau yang berwenang melakukan melakukannya. *Over invoice* ini dilakukan dengan kerjasama dan dukungan dari pihak penjual. Secara sederhana, praktik *over invoice* dapat diibaratkan dengan ulah seorang pembantu yang disuruh belanja ke pasar untuk membeli barang tertentu. Dia meminta bon pembelian ditulis lebih besar dari harga yang dibayarkan sesungguhnya. Atas bantuan dan persetujuan penjual, bon itu diduplikatnya. Atau apabila bon itu tidak ada, maka dia tinggal melaporkan harga beli kepada majikannya dengan nilai yang lebih besar dari harga yang dia bayarkan.

Berhubung prosedur persetujuan pengadaan hanya berlaku apabila nilai rupiahnya besar, maka modus operandi yang umum dilakukan adalah dengan memecah paket pengadaan agar nilainya menjadi kecil-kecil. Untuk jumlah yang kecil, pengadaan cukup dilakukan dengan tender terbatas atau penunjukan langsung yang jauh lebih mudah diatur. Pemecahan itu biasa dilakukan dengan alasan yang subyektif dan terkadang dibuat-buat.

Window dressing merupakan tindakan mengelabui masyarakat, yang pada umumnya berupa kegiatan untuk menciptakan citra yang baik dimata masyarakat dengan cara menyajikan informasi yang tidak benar (*fraudulent misrepresentation*), misalnya dengan menyajikan angka-angka neraca yang kurang benar atau dibuat sedemikian rupa seolah-olah bank atau korporasi memiliki kemampuan yang baik dan tangguh. Suatu posisi neraca dibuat sedemikian rupa sehingga jumlah aktiva atau pasiva laba, pinjaman menjadi lebih besar. Semua hal itu dimaksudkan untuk memberikan citra yang baik di mata masyarakat, sehingga masyarakat percaya atau tertarik untuk berhubungan dengan korporasi tersebut. Di sisi lain dibuat laporan sedemikian rupa sehingga labanya kecil dengan tujuan agar kewajiban pajak yang harus dibayar menjadi berkurang.¹⁶⁴

Upaya kriminalisasi terhadap korporasi yang melakukan tindak pidana fiskal telah diatur dalam UU No. 10 Tahun 1995 tentang Kepabeanaan. Dalam pasal 102 UU tersebut menentukan bahwa : “Barang siapa yang mengimpor atau mengekspor barang tanpa mengindahkan ketentuan undang-undang ini, dipidana karena melakukan penyelundupan dengan pidana penjara paling lama delapan tahun dan denda paling banyak Rp. 500.000.000,- (lima ratus juta rupiah)¹⁶⁵.

Demikian pula pada UU No. 11 Tahun 1995 tentang Cukai, dalam pasal 50 dinyatakan sebagai berikut bahwa : “Barang siapa tanpa memiliki izin sebagaimana dimaksud dalam pasal 14, menjalankan

¹⁶⁴ Lihat. Setiyono, *Ibid.*, hal.64-67.

¹⁶⁵ UU No. 10 Tahun 1995 tentang Kepabeanaan, Pasal 10

usaha pabrik, tempat penyimpanan, atau mengimpor barang kena cukai yang pelunasan cukainya dengan cara pelekatan pita cukai yang mengakibatkan kerugian negara, dipidana dengan pidana penjara paling lama empat tahun dan denda paling banyak sepuluh kali nilai cukai yang seharusnya dibayar¹⁶⁶.

Selanjutnya yang dimaksudkan dengan pidana fiskal adalah sanksi pidana yang dijatuhkan oleh Hakim Pidana dalam suatu putusan (*vonnis*) dalam sidangnyanya kepada seseorang, baik ia wajib pajak, orang bukan wajib pajak maupun pejabat pajak, yang telah melakukan perbuatan-perbuatan di bidang perpajakan yang memenuhi perumusan undang-undang yang oleh undang-undang diancam dengan sanksi pidana.¹⁶⁷

D. Kejahatan Korporasi

Kejahatan korporasi adalah kejahatan yang bersifat organisatoris. Begitu luasnya, penyebaran tanggung jawab serta struktur hierarkhis dari korporasi besar dapat membantu berkembangnya kondisi-kondisi yang kondusif bagi kejahatan korporasi. Anatomi kejahatan korporasi sangat kompleks dan penyebaran tanggung jawab yang sangat luas bermuara pada motif-motif yang bersifat ekonomis, yaitu tercermin pada tujuan korporasi (*organizational goal*) dan kontradiksi antara tujuan korporasi dengan kepentingan berbagai pihak¹⁶⁸.

¹⁶⁶UU No. 11 Tahun 1995 tentang Cukai, pasal 50

¹⁶⁷ *Ibid*, hal. 85.

¹⁶⁸ Setiyono, *Kejahatan Korporasi-Analisis Viktimologis dan Pertanggungjawaban Korporasi Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Malang: Bayumedia, 2005, hal 20

Menurut *American Model Penal Code* (MPC)-Section 2.07.(1), korporasi dapat dipandang telah melakukan suatu tindak pidana, apabila maksud pembuat UU untuk mengenakan pertanggungjawaban pada korporasi nampak dengan jelas dan perbuatan itu dilakukan oleh agen korporasi yang bertindak atas nama korporasi dalam ruang lingkup jabatan/tugas atau pekerjaannya; atau apabila tindak pidana itu merupakan suatu pengabaian/pelanggaran kewajiban khusus yang dibebankan kepada korporasi oleh UU; atau apabila dilakukannya tindak pidana itu dibenarkan/disahkan, diminta, diperintahkan, dilaksanakan atau dibiarkan/ditolerir secara sembrono oleh dewan direksi atau oleh agen pimpinan puncak yang bertindak a/n korporasi dalam batas-batas ruang lingkup tugas/pekerjaannya.

Sementara itu menurut *Dutch Case Law* (Yurisprudensi Belanda), korporasi dapat dipandang telah melakukan tindak pidana, apabila terjadi pelanggaran terhadap ketentuan UU yang secara khusus ditujukan bagi korporasi; apabila korporasi kerkewajiban mencegah terjadinya tindak pidana, tetapi gagal berbuat demikian dan apabila tindak pidana itu berhubungan dengan bidang usaha korporasi yang bersangkutan.¹⁶⁹

Selain korporasi, juga pengawas/pengurus dapat dipidana. Tidak hanya atas nama pribadi, tetapi juga dari sudut peranannya di dalam korporasi itu. Dalam hal ini *American MPC - Section 2.07.(6) (b)*

¹⁶⁹ Nico Keijzer, *Fraud By Corporation*, dalam Barda Nawawi Arief, *Sari Kuliah Perbandingan Hukum Pidana*, Jakarta: PT.Raja Grafindo Persada, 2006, hal. 131-132.

menyebutkan bahwa : Dalam hal kewajiban melakukan sesuatu dibebankan oleh UU kepada korporasi....., setiap agen korporasi yang mempunyai tanggung jawab utama untuk melaksanakan kewajibannya itu bertanggung jawab untuk pelanggaran/pengabaian secara sembrono atas kewajiban itu, sama seperti apabila kewajiban itu dibebankan secara langsung kepadanya oleh UU. Sedangkan Yurisprudensi Belanda menetapkan, pengurus dapat dipidana apabila; ia tahu, bahwa pelanggaran itu sedang terjadi; dan ia dapat dan seharusnya campur tangan, tetapi gagal berbuat demikian.¹⁷⁰

Pertanggungjawaban Korporasi Sebagai Subyek Tindak Pidana

Dalam perkembangan hukum pidana di Indonesia, ada tiga sistem pertanggungjawaban korporasi sebagai subyek tindak pidana, yaitu : (1.) Pengurus korporasi sebagai pembuat, maka penguruslah yang bertanggung jawab, (2) korporasi sebagai pembuat, maka penguruslah yang bertanggung jawab, (3) korporasi sebagai pembuat dan yang bertanggung jawab.¹⁷¹

Pada sistem pertanggungjawaban pengurus korporasi sebagai pembuat, maka korporasi bertanggung jawab, membedakan tugas pengurus korporasi dari pengurus korporasi. Dalam hal ini pengurus-pengurus yang tidak memenuhi kewajiban-kewajiban yang sebenarnya merupakan kewajiban korporasi dapat dinyatakan bertanggung jawab.

¹⁷⁰ *Ibid.*, hal 133.

¹⁷¹ Setiyono, *Ibid.*, hal.11.

Menurut pasal 59 KUHP, dalam hal-hal di mana karena pelanggaran ditentukan pidana terhadap pengurus, anggota-anggota badan pengurus atau komisaris-komisaris, maka pengurus, anggota badan pengurus atau komisaris yang ternyata tidak ikut campur melakukan pelanggaran tidak di pidana.

Sistem pertanggungjawaban korporasi yang kedua ditandai dengan pengakuan yang timbul dalam perumusan undang-undang bahwa suatu tindak pidana dapat dilakukan oleh perserikatan atau badan usaha (korporasi), akan tetapi tanggung jawab untuk itu menjadi beban pengurus korporasi tersebut. Secara perlahan-lahan tanggung jawab pidana beralih dari anggota pengurus kepada mereka yang memerintahkan, atau dengan larangan melakukan apabila melalaikan memimpin korporasi secara sesungguhnya.

Dalam sistem pertanggungjawaban Korporasi sebagai pembuat, maka pengurus yang bertanggung jawab, korporasi dapat menjadi pembuat tindak pidana, akan tetapi yang bertanggung jawab adalah para anggota pengurus, asal saja dinyatakan dengan tegas dalam peraturan itu.

Sistem pertanggungjawaban yang ketiga, yakni Korporasi sebagai pembuat dan yang bertanggung jawab merupakan permulaan adanya tanggungjawab yang langsung dari korporasi . Dalam sistem ini dibuka kemungkinan menuntut korporasi dan meminta pertanggungjawabannya menurut hukum pidana.

Hal-hal yang dapat dipakai sebagai dasar pembenar atau alasan-alasan bahwa korporasi sebagai

pembuat dan sekaligus yang bertanggungjawab adalah sebagai berikut :

1. karena dalam berbagai tindak pidana ekonomi dan fiskal, keuntungan yang diperoleh korporasi atau kerugian yang diderita masyarakat dapat sedemikian besar sehingga tidak akan mungkin seimbang bilamana pidana hanya dijatuhkan pada pengurus saja ;
2. dengan hanya memidana pengurus saja, tidak atau belum ada jaminan bahwa korporasi tidak akan mengulangi tindak pidana lagi, dengan memidana korporasi dengan jenis dan berat sesuai dengan sifat korporasi itu ,diharapkan korporasi dapat menaati peraturan yang bersangkutan.¹⁷²

Undang-Undang Nomor 7 Drt. Tahun 1955 tentang Pengusutan, Penuntutan dan Peradilan Tindak Pidana Ekonomi pada pasal 15 ayat 1 menyatakan bahwa : Jika suatu tindak pidana ekonomi dilakukan oleh atau atas nama suatu badan hukum, suatu perseroan, suatu perserikatan orang atau yayasan, maka tuntutan pidana dilakukan dan hukuman pidana dan tindakan tata tertib dijatuhkan, baik terhadap badan hukum perseroan, perserikatan atau yayasan itu, baik terhadap mereka yang memberi perintah melakukan tindak pidana ekonomi itu atau yang bertindak sebagai pemimpin dalam perbuatan atau kelalaian itu, maupun terhadap kedua-duanya. Perumusan yang serupa dengan pasal 15 ayat 1 tersebut dijumpai juga dalam beberapa Perundang-undangan perpajakan seperti dalam pasal 61 Undang-Undang No. 11 Tahun 1995 tentang Cukai, dan Pasal

¹⁷² Setiyono, *Ibid.*, hal. 15.

108 Undang-Undang No.11 Tahun 1995 tentang Kepabeanaan. Dari perumusan pasal-pasal tersebut menunjukkan bahwa peraturan perundang-undangan dimaksud menempatkan korporasi sebagai subyek tindak pidana dan secara langsung dapat dipertanggungjawabkan secara pidana.

Dalam sistem pertanggungjawaban yang ketiga ini, telah terjadi pergeseran pandangan, bahwa korporasi dapat dipertanggungjawabkan sebagai pembuat, di samping manusia alamiah (*natuurlijk persoon*). Menurut Muladi, penolakan pemidanaan korporasi berdasarkan doktrin *universalitas delinquere non potest* sudah mengalami perubahan dengan menerima konsep pelaku fungsional (*functioneel daderschap*)¹⁷³

Tindak pidana terjadi karena perbuatan, dan perbuatan ini hanya dapat dilakukan oleh orang. Oleh karena itu, sanksi pidana pada umumnya ditujukan kepada orang, hanya sanksi yang berupa denda yang dapat dijatuhkan kepada badan hukum, dan inipun masih membawa kesulitan jika harus ditentukan pidana pengganti.

Dunia hukum sejauh ini melihat dua bentuk penghukuman (*punishment*) dalam kaitannya dengan proses kriminalisasi terhadap pelaku kejahatan korporasi. Yang pertama berupa pembebanan pertanggungjawaban pidana pada korporasi sebagai badan hukum. Sedangkan bentuk keduanya,

¹⁷³ Muladi, *Fungsionalisasi Hukum Pidana di dalam Kejahatan yang dilakukan oleh Korporasi*, Makalah Seminar Nasional Kejahatan Korporasi, FH.UNDIP, Semarang 23-24 November 1989.

pembebanan ditujukan pada manusia yang menjalankan korporasi.

Sejauh ini, masih ada saja silang pendapat mengenai bentuk penghukuman tipe pertama di antara pakar hukum Indonesia. Perihal dapat tidaknya korporasi dikenai tindak pidana, umumnya mereka menyetujui. Di samping itu UU No.3 / 1982 tentang Wajib Daftar Perusahaan maupun UU No. 15/1952 tentang Bursa (khususnya terhadap perusahaan terbatas yang *go public*), juga secara tegas telah menyebut hal itu. Sebagian pakar yang agak konservatif lebih cenderung berpendapat agar praktisi hukum kita berkonsentrasi pada pemidanaan "orang" terlebih dahulu saja. Asumsinya, para pelaksana korporasilah yang menjadi *policy maker* korporasi. Di tangan merekalah korporasi tampil dan berbuat jahat.

Permasalahan tentang pertanggungjawaban di sini semakin kompleks bila korporasi tersebut adalah perusahaan publik (PT Terbuka karena *go public*). Tanggungjawab pengurus jauh lebih besar mengingat banyaknya kepentingan masyarakat di dalam korporasi. Namun belum diatur mengenai , misalnya adakah beda hukuman (baca : tanggungjawab) antara pengurus PT Tertutup atau PT Terbuka bila melakukan kesalahan yang sama.¹⁷⁴

Dalam usaha meminta pertanggungjawaban pidana Korporasi, terdapat 7 konsep yang merupakan perkembangan dari diskursus doktrin-doktrin mengenai tanggung jawab pidana Korporasi. Tujuh konsep tersebut adalah *identification doctrine*,

¹⁷⁴ Adrianus Meliala, *Menyingkap Kejahatan Krah Putih*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1993, hal. 59.

*aggregation doctrine, reactive corporate fult, vicarius liability, management failure model, corporate mens rea doctrine, dan specific corporate offences.*¹⁷⁵

Dalam hukum Inggris, metode tradisional yang digunakan untuk pertanggungjawaban pidana korporasi adalah dengan *the identification doctrine*. Dalam doktrin ini, bilamana seorang yang cukup senior dalam struktur Korporasi, atau mereka yang dapat mewakili Korporasi melakukan suatu kejahatan dalam bidang jabatannya, maka perbuatan dan niat orang itu dapat dihubungkan dengan Korporasi. Korporasi dapat diidentifikasi dengan perbuatan ini dan dapat dimintai pertanggungjawaban secara langsung. Dalam hal ini, baik Korporasi maupun individu dimungkinkan dapat dituntut. Akan tetapi suatu korporasi tidak dapat diidentifikasi atas suatu kejahatan yang dilakukan oleh seorang yang berada di level yang rendah dalam hierarkhi Korporasi itu. Perbuatannya bukan perbuatan korporasi, oleh karena itu Korporasi tidak dapat bertanggung jawab dan tuntutan hanya dapat dilakukan terhadap individu.

Menurut pendekatan *aggregation doctrine*, atau yang di Amerika dikenal sebagai *the Collective Knowledge Doctrine*, tindak pidana tidak bisa hanya diketahui atau dilakukan oleh satu orang. Oleh karena itu perlu, perlu mengumpulkan semua tindakan dan niat dari beragam orang yang relevan dalam korporasi tersebut, untuk memastikan apakah secara keseluruhannya tindakan mereka akan merupakan

¹⁷⁵ C.M.V.Clarkson , *Corporate Culpability*, dalam ELSAM, *Tanggung Jawab Pidana Korporasi Dalam RUU KUHP*, Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #5, Jakarta: ELSAM, 2006, hal. 7

suatu kejahatan atau senilai dengan apabila perbuatan dan niat itu dilakukan oleh satu orang. Dengan struktur korporasi yang besar dan kompleks, doktrin ini tidak efektif dalam hal pencegahan, karena doktrin ini gagal memberikan peringatan lebih lanjut kepada korporasi mengenai apa yang diharapkan akan dilakukan oleh korporasi agar mereka tidak terkena resiko tanggung jawab pidana.

Brent Fisse dan Braithwaite, mengemukakan bahwa, dalam hal suatu perbuatan yang merupakan tindak pidana dilakukan oleh atau atas nama sebuah korporasi, pengadilan harus diberi kewenangan untuk memerintahkan korporasi untuk melakukan investigasi sendiri guna memastikan orang yang bertanggungjawab dan mengambil suatu tindakan disiplin yang sesuai atas kesalahan orang tersebut dan mengambil langkah-langkah perbaikan untuk menjamin kesalahan tersebut tidak akan terulang kembali. Dalam hal ini digunakan pendekatan *reactive corporate fault*.

Bilamana korporasi mengambil langkah penanganan yang tepat, maka tidak ada tanggung jawab pidana yang dapat dijatuhkan terhadap korporasi. Tanggung jawab pidana hanya dapat diterapkan terhadap korporasi apabila korporasi gagal memenuhi perintah pengadilan dengan sungguh-sungguh. Dengan demikian, menurut pendekatan *reactive fault doctrine* kesalahan korporasi bukanlah kesalahan pada saat kejahatan terjadi, tetapi kesalahan karena korporasi gagal melakukan tindakan yang tepat atas kesalahan yang dilakukan oleh pekerjanya.

Di Amerika Serikat, cara yang sangat umum dalam meminta korporasi bertanggung jawab secara pidana adalah melalui doktrin *respondeat superior* atau *vicarious liability*. Menurut doktrin ini, bila seorang agen atau pekerja korporasi melakukan suatu kejahatan, tanggung jawab pidananya dapat dibebankan kepada perusahaan. Tidak jadi masalah apakah perusahaan secara nyata memperoleh keuntungan atau tidak, atau apakah aktivitas tersebut telah dilarang oleh perusahaan atau tidak. Doktrin ini telah berjalan dengan baik di dalam hukum Inggris, dalam hubungannya dengan kejahatan *strict liability* berkaitan dengan masalah-masalah tertentu, sehingga tidak harus diterapkan untuk seluruh kejahatan dari *strict liability*. Disamping itu juga telah diterapkan untuk kejahatan campuran (*hybrid*) yang kejahatan utamanya *strict liability* tetapi mengizinkan pembelaan *due diligence*. Tujuan utama dari pendekatan ini adalah untuk mengubah semua kejahatan yang mengandung niat (*mens rea*) yang dilakukan oleh korporasi menjadi kejahatan *hybrid*, yaitu kejahatan *strict liability* dan ditambah dengan pembelaan *a due diligence*.

Konsep *management failure model* adalah konsep yang tidak lebih dari perluasan *identification doctrine*. Dalam hal ini Komisi Hukum di Inggris telah mengusulkan satu kejahatan pembunuhan tanpa rencana (*manslaughter*) yang dilakukan oleh korporasi ketika ada kesalahan manajemen oleh korporasi yang menyebabkan seseorang meninggal dunia dan kegagalan tersebut merupakan perilaku yang secara rasional berada jauh dari yang diharapkan dilakukan oleh suatu korporasi. Kejahatan ini didefinisikan

dengan mengacu ke kegagalan manajemen, sebab secara implisit Komisi Hukum Inggris melihat orang-orang dalam korporasi yang melakukan kejahatan dan pra syarat dari kejahatan yang mereka usulkan, yaitu pembunuhan akibat kesembronan/kelalaian tidak tepat diterapkan kepada korporasi. Berdasarkan hal, kejahatan didesain tanpa mengacu ke konsep klasik *mens rea* dalam rangka memastikan perbedaan sifat perbuatan salah oleh korporasi.

Ide dasar *corporate mens rea doctrine* adalah karena dari seluruh doktrin yang ada, telah mengabaikan realitas kompleksnya organisasi korporasi dan dinamika proses secara organisasional, struktural, tujuan, kebudayaan dan hierarki yang dapat bersenyawa dan berkontribusi untuk suatu etos yang mengizinkan atau bahkan mendorong dilakukannya sebuah kejahatan. Berdasarkan pandangan ini, maka korporasi dapat diyakini sebagai agen yang melakukan kesalahan yang bertindak melalui staf mereka dan pekerja dan *mens rea*-nya dapat ditemukan dalam praktek dan kebijakan korporasi, misalnya untuk pembunuhan tanpa rencana, apabila satu korporasi gagal mengadakan prosedur keamanan yang nyata dan perlu, prasyarat pengabaian yang berat untuk kejahatan dapat ditemukan dalam praktek korporasi ini dan kelemahan dari kebijakan keselamatan.

Doktrin *corporate mens rea* mengatakan, *personality* korporasi sebagai badan hukum adalah fiksi, oleh karena itu *mens rea* korporasi bisa juga dibuat secara fiksi. Dengan menggunakan doktrin ini, maka tanggung jawab pidana korporasi tidak hanya

dapat dilakukan terhadap kejahatan *strict liability* tetapi juga terhadap kejahatan lainnya.

Keberatan utama terhadap doktrin *corporate mens rea* adalah kesulitan dalam menentukan apakah perlu syarat *degree* untuk menyatakan suatu kebijakan dan praktek dari satu perusahaan memiliki kelemahan yang mencukupi sehingga dapat diputuskan bersalah. Misalnya satu korporasi tidak memiliki prosedur keamanan yang benar, tidak ada seorang direktur yang bertanggung jawab atas keselamatan dan telah menerima dan mengabaikan peringatan sebelumnya. Namun kasus yang lain, akan lebih sulit untuk mengidentifikasi kebijakan dan praktek yang memenuhi *mens rea*. Berdasar doktrin *specific corporate offences*, diusulkan agar untuk kejahatan tertentu dibuat secara khusus unsur-unsur yang spesifik yang hanya dapat diterapkan kepada perusahaan¹⁷⁶

Penerapan pertanggungjawaban pidana korporasi pada awalnya menghadapi sejumlah masalah hukum, khususnya menyangkut asas tiada pidana tanpa kesalahan (*genstrap zonder schuld*), karena sebenarnya tindak pidana itu tidak berdiri sendiri melainkan tindak pidana baru akan bermakna apabila terdapat pertanggungjawaban pidana. Artinya setiap orang yang melakukan tindak pidana belum tentu dapat dipidana. Untuk dapat dipidananya seseorang, maka pelaku harus dapat dimintai pertanggungjawaban.

¹⁷⁶ Lihat, Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), *Tanggung Jawab Pidana Korporasi Dalam RUU KUHP*, Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #5, Jakarta: ELSAM, 2006, hal. 7-16

Pertanggungjawaban pidana lahir dengan diteruskannya celaan (*vewijtbaarheid*) yang obyektif terhadap perbuatan yang telah dinyatakan sebagai tindak pidana berdasarkan hukum pidana yang berlaku, dan secara subyektif kepada pembuat tindak pidana yang memenuhi persyaratan untuk dapat dikenai pidana karena perbuatannya.¹⁷⁷

Menurut Moeljatno, dipidana atau tidaknya pelaku perbuatan pidana sebagaimana telah diancamkan, tergantung dari soal apakah dalam melakukan perbuatan ini dia mempunyai kesalahan. Sebab asas dalam pertanggungjawaban dalam hukum pidana ialah : Tidak dipidana jika tidak ada kesalahan (*Geen straf zonder schuld; Actus non facit reum nisi mens sit rea*). Hukum pidana fiskal tidak memakai kesalahan. Disana kalau pelaku telah melanggar ketentuan, dia diberi pidana denda atau dirampas.¹⁷⁸

Dengan demikian pembuat tindak pidana hanya akan dipidana jika ia mempunyai kesalahan dalam melakukan tindak pidana tersebut. Seseorang dikatakan mempunyai kesalahan bilamana pada waktu melakukan tindak pidana, dilihat dari segi kemasyarakatan ia dapat dicela oleh karena perbuatannya. Yang dimaksud dengan kesalahan adalah keadaan jiwa seseorang yang melakukan perbuatan dan perbuatan yang dilakukan itu sedemikian rupa, sehingga orang itu patut dicela. Apabila pelaku tindak pidana memang mempunyai kesalahan dalam melakukan tindak pidana, maka ia

¹⁷⁷ *Ibid.*, 2006, hal. 3.

¹⁷⁸ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 1993, hal.153.

akan dijatuhi pidana. Tetapi apabila pelaku tindak pidana tidak mempunyai kesalahan, walaupun telah melakukan perbuatan yang dilarang dan perbuatan tersebut diancam dengan pidana, ia tidak akan dijatuhi pidana. Dengan demikian, asas tiada pidana tanpa kesalahan merupakan asas fundamental dalam pertanggungjawaban pembuat tindak pidana karena telah melakukan kesalahan.

Unsur-unsur kesalahan ialah kemampuan bertanggung jawab, adanya kesengajaan / kealpaan, dan tidak ada alasan pemaaf, oleh karenanya maka kesalahan ini hanya dapat diterapkan pada manusia karena untuk memenuhi unsur kemampuan bertanggung jawab tersebut, parameternya adalah usia dari pelaku. Bilamana pelaku sudah berusia 21 tahun atau sudah kawin, maka yang bersangkutan sudah dianggap memiliki kemampuan bertanggung jawab karena sudah dapat membedakan yang baik dan yang buruk, yang harus dikerjakan dan yang tidak boleh dikerjakan. Oleh karena itu, kemampuan bertanggung jawab ini tidak kepada setiap orang, melainkan hanya terbatas kepada orang yang sudah dianggap dewasa, kecuali dalam kondisi tertentu. Demikian pula terhadap unsur kesengajaan, unsur ini mensyaratkan bahwa pelaku memang memiliki keinginan untuk melakukan suatu tindak pidana dan memasudkan dengan tindak pidana tersebut tercapai suatu tujuan tertentu, sehingga unsur kesalahan hanya mungkin dapat dipenuhi oleh orang (*naturlijke person*).

Korporasi bukanlah manusia sehingga tentu saja tidak memiliki jiwa dan karena itu sulit untuk mengetahui niat serta mengukur kedewasaannya,

akibatnya unsur kesalahan sebagai unsur dapat dipidananya pelaku tindak pidana sulit dipenuhi korporasi dan hal ini dapat menyebabkan terjadinya *impunity* terhadap korporasi. Untuk mempertanggungjawabkan korporasi dalam hukum pidana, maka perlu diperhatikan hal-hal berikut; pertama, asas kesalahan tetap tidak ditinggalkan dengan konstruksi kesalahan korporasi tersebut diambilkan dari kesalahan pengurus atau anggota direksi ; dan kedua, asas kesalahan tidak mutlak berlaku dengan mendasarkan *adagium res ipsa loquitur*.

Meskipun korporasi sebagai subyek tindak pidana tidak mempunyai sifat kejiwaan seperti halnya *natuurlijk person*, penentuan kemampuan bertanggung jawab korporasi sebagai subyek tindak pidana tidak akan menemui hambatan apabila diterima konsep kepelakuan fungsional (*functioneel daadenschap*). Dengan konsep ini kemampuan bertanggung jawab masih berlaku dalam pertanggungjawaban korporasi dalam hukum pidana. Sebab keberadaan korporasi tidaklah dibentuk tanpa suatu tujuan dan dalam pencapaian tujuan korporasi tersebut selalu diwujudkan melalui perbuatan alamiah manusia. Oleh karena itu kemampuan bertanggung jawab orang-orang yang berbuat untuk dan atas nama korporasi dialihkan menjadi kemampuan bertanggung jawab korporasi sebagai subyek tindak pidana. Di samping penerimaan konsep kepelakuan fungsional, sebenarnya apabila kita berpijak pada *adagium res ipsa loquitur* dalam mempertanggung jawabkan korporasi, kemampuan bertanggung jawab tidak diperlukan lagi.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Sutiyono, *Ibid.*, hal 123

Di samping itu cara agar korporasi yang melakukan tindak pidana dapat dimintai pertanggungjawaban pidana adalah dengan diterapkannya salah satu teori, yaitu asas "pidana tanpa kesalahan". Asas ini juga telah diterapkan dalam Undang-Undang perpajakan, sebagaimana dikemukakan oleh Moeljatno bahwa Hukum pidana fiskal tidak memakai kesalahan. Dalam RUU KUHP, asas ini hanya diterapkan pada tindak pidana tertentu saja, tidak untuk semua tindak pidana. Untuk tindak pidana tertentu tersebut, pembuat tindak pidananya telah dapat dipidana hanya karena telah dipenuhinya unsur-unsur tindak pidana oleh perbuatannya. Disini kesalahan atau sikap batin si pembuat tindak pidana dalam melakukan perbuatan tersebut tidak lagi diperhatikan. Asas ini dikenal sebagai asas "*strict liability*" atau (*liability withaou fault*).¹⁸⁰

Ketentuan yang mengatur pelaku tindak pidana korporasi beserta pertanggungjawabannya dalam bidang perpajakan terdapat pada pasal 108 UU No. 10 Tahun 1995 yang berbunyi :

Ayat (1)

Dalam hal suatu tindak pidana yang dapat dipidana menurut undang-undang ini dilakukan oleh atau atas nama suatu badan hukum, perseroan atau perusahaan, perkumpulan, yayasan atau koperasi, tuntutan pidana ditujukan dan sanksi pidana dijatuhkan kepada : (a) badan hukum, perseroan atau perusahaan, perkumpulan, yayasan atau korporasi tersebut, dan / atau, (b) mereka yang memberikan perintah untuk melakukan tindak pidana tersebut atau yang bertindak sebagai pimpinan atau yang melalaikan pencegahannya.

Ayat (2)

¹⁸⁰ ELSAM, *Ibid.*, hal 4.

Tindak pidana menurut undang-undang ini dilaksanakan juga oleh atau atas nama badan hukum, perseroan atau perkumpulan, yayasan atau koperasi, apabila tindak pidana tersebut dilakukan oleh orang-orang yang baik berdasarkan hubungan kerja maupun berdasarkan hubungan lain bertindak, dalam lingkungan badan hukum, perseroan atau perusahaan, perkumpulan, yayasan atau koperasi tersebut tanpa memperhatikan apakah orang-orang tersebut masing-masing telah melakukan secara sendiri-sendiri / bersama-sama.

Ayat (3)

Dalam hal suatu tuntutan pidana dilakukan terhadap badan hukum, perseroan atau yayasan atau perusahaan, perkumpulan, yayasan atau koperasi, pada waktu penuntutan diwakili oleh seorang pengurus dan wakil tersebut dapat diwakili oleh kuasanya.

Pasal 4

Terhadap badan hukum, perseroan atau perusahaan, perkumpulan, yayasan atau koperasi yang dipidana dengan pidana sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini, pidana pokok yang dijatuhkan senantiasa berupa pidana denda paling banyak Rp. 30.000.000,00 (tiga puluh juta rupiah) jika atas tindak pidana tersebut diancam dengan pidana penjara, dengan tidak menghapuskan pidana denda apabila tindak pidana tersebut diancam dengan pidana penjara dan pidana denda.

E. Kesimpulan

Kejahatan korporasi adalah kejahatan yang bersifat organisatoris. Anatomi kejahatan korporasi sangat kompleks dan penyebaran tanggung jawab yang sangat luas bermuara pada motif-motif yang bersifat ekonomis,.

Korporasi bukanlah manusia sehingga tentu saja tidak memiliki jiwa dan karena itu sulit untuk mengetahui niat serta mengukur kedewasaannya,

akibatnya unsur kesalahan sebagai unsur dapat dipidananya pelaku tindak pidana sulit dipenuhi korporasi dan hal ini dapat menyebabkan terjadinya *impunity* terhadap korporasi. Untuk mempertanggungjawabkan korporasi yang melakukan tindak pidana perpajakan, maka perlu diperhatikan hal-hal berikut; pertama, asas kesalahan tetap tidak ditinggalkan dengan konstruksi kesalahan korporasi tersebut diambilkan dari kesalahan pengurus atau anggota direksi ; dan kedua, asas kesalahan tidak mutlak berlaku dengan mendasarkan *adagium res ipsa loquitor*. Di samping itu cara agar Korporasi yang melakukan tindak pidana dapat dimintai pertanggungjawaban pidana adalah dengan diterapkannya salah satu teori, yaitu asas “pidana tanpa kesalahan”.

Meskipun korporasi sebagai subyek tindak pidana tidak mempunyai sifat kejiwaan seperti halnya *natuurlijk person*, penentuan kemampuan bertanggung jawab korporasi sebagai subyek tindak pidana tidak akan menemui hambatan apabila diterima konsep kepelakuan fungsional (*functioeneel dadaerschap*).

DAFTAR BACAAN

- ELSAM, *Tanggung Jawab Pidana Korporasi Dalam RUU KUHP*, Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #5, ELSAM, Jakarta, 2006
- Meliiala, Adrianus, *Menyingkap Kejahatan Krah Putih*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1993
- Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 1993
- Muladi, *Fungsionalisasi Hukum Pidana di dalam Kejahatan yang dilakukan oleh Korporasi*, Makalah Seminar Nasional Kejahatan Korporasi, FH.UNDIP, Semarang 23-24 November 1989
- Naihasy, Syahrin, *Hukum Bisnis (Busines Law)*, Mida ustaka, Yogyakarta, 2005
- Nawawi Arief, Barda, *Sari Kuliah Perbandingan Hukum Pidana*, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006
- Nawawi Arief, Barda, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003
- Sahetapi, J.E, *Kejahatan Korporasi*, Eresco, Bandung, 1994
- Setiyono, *Kejahatan Korporasi-Analisis Viktimologis dan Pertanggungjawaban Korporasi Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Bayumedia, Malang, 2005
- Soemitro, Rochmat, *Pajak Ditinjau Dari Segi Hukum*, PT.Eresco, Bandung, Th. 1991

STATUS HUKUM DAN PROBLEMATIKA NIKAH SIRI DI INDONESIA

H. Ali Imron Hs¹⁸¹

I. PENDAHULUAN

Akad nikah atau ikatan perkawinan tidak dapat disamakan dengan sebuah ikatan perikatan dalam hukum perdata. Akad nikah merupakan ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita yang menyatakan sebagai suami isteri dan bertujuan untuk membentuk sebuah keluarga yang sakinah mawaddah wa rahmah diridlai oleh Allah subhanahu wa ta'ala. Ikatan lahir bathin berarti bahwa hubungan pertalian erat antara suami isteri tersebut tidak hanya dari aspek fisik lahiriyah semata akan tetapi juga adanya ikatan emosional bathiniyyah.

Ikatan perkawinan tidak hanya untuk menghalalkan hubungan biologis (sex) semata, atau tidak hanya untuk mendapatkan keturunan semata, akan

¹⁸¹ DR.Ali Imron Hs,M.Ag, dosen Hukum Perdata Islam Indonesia (HPIL) pada Fakultas Syari'ah IAIN Walisongo Semarang. E-mail: imronmangkang@yahoo.com

tetapi lebih dari itu yaitu untuk membina keluarga yang bahagia penuh cinta kasih, menentramkan jiwa dan berakhir dengan diperolehnya kebahagiaan lahir bathin. Kebahagiaan sebagai wujud manifestasi dari kesejahteraan lahir bathin warga negara merupakan salah satu tujuan Indonesia merdeka dan oleh karena itu Negara berkepentingan untuk melindungi kepentingan warga negaranya, kemudian lahir Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan serta diikuti dengan berbagai peraturan teknis di bawahnya.

Perkawinan merupakan syari`at Islam. Rasulullah saw sangat menganjurkan umatnya untuk melangsungkan perkawinan bahkan orang yang tidak senang dengan perkawinan dianggap bukan umatnya. Rasulullah saw bersabda: "Sesungguhnya aku puasa, berbuka, shalat, tidur dan menikahi wanita. Barang siapa membenci (tidak melaksanakan) nikah berarti ia bukan umatku".¹⁸² Hadits ini jelas bahwa Islam mensyari`atkan adanya perkawinan sebagai sebuah ibadah. Peraturan perkawinan secara detail dalam ajaran Islam diatur lebih lanjut dalam fiqh munakahat dengan berbagai varian mazhab hukumnya.

Meskipun negara telah mengatur regulasi tentang perkawinan untuk melindungi hak-hak sipil warga negaranya, nampaknya nikah siri masih menjadi alternatif pilihan sebagian masyarakat. Nikah siri ini merupakan nikah problematik. Realitas menunjukkan bahwa nikah siri ini masih banyak dan sering terjadi di masyarakat Indonesia. Berbagai alasan dikemukakan oleh para pelaku nikah siri ini.

¹⁸² Muhammad As Syaokani, *Nail Al Authar*, Jilid III, Beirut: Dar al Fikr, 1994, hal. 209

Tulisan ini bermaksud untuk mengkaji lebih jauh tentang status hukum nikah siri tersebut dan untuk mengurai problematika yang mengiringinya.

II. PEMBAHASAN

A. Hakekat Perkawinan

Perkawinan atau pernikahan menurut bahasa berarti *al jam`u* yang artinya menghimpun dan *al dzam* yang berarti mengumpulkan.¹⁸³ Sebutan lain perkawinan adalah *at-tazwij* yang terambil dari kata *zawwaja yuzawwiju - tazwijan* (arab) yang secara harfiah berarti mengawinkan, mencampuri, menemani, mempergauli, menyertai dan memperisteri.¹⁸⁴

Terdapat beberapa definisi perkawinan menurut istilah, di antaranya adalah

عقد يتضمن إباحة وطى بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته.¹⁸⁵

Artinya: Akad yang menjamin bolehnya bersetubuh dengan lafadz inkah atau tazwij atau terjemahnya.

العقد المشهور المشتمل على الأركان والشروط.¹⁸⁶

Artinya: Akad yang terkenal dan mengandung beberapa rukun dan syarat.

¹⁸³ Taqiyuddin Abu Bakar Bin Ahmad Al Husaini, *Kifayatul Akhyar*, Juz II, Indonesia: Darul Ihya Kutubil Arabiyah, tth, hlm.36.

¹⁸⁴ Muhammad Amin Suma, *Hukum Keluarga Islam Di Dunia Islam*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004, hlm. 43.

¹⁸⁵ Muhammad Amin al-Kurdi, *Tanwir al-Qulub*, Beirut: Darul Fikr, tth, hlm. 373.

¹⁸⁶ Taqiyuddin Abi Bakar, *loc. cit.*

Di dalam hukum perkawinan dinyatakan bahwa perkawinan merupakan ikatan lahir batin, antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga, rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.¹⁸⁷ Kompilasi Hukum Islam (KHI) mendefinisikan perkawinan sebagai suatu akad yang sangat kuat (*mitsaqan ghalidzan*) untuk mentaati perintah Allah SWT dan melaksanakannya merupakan ibadah.¹⁸⁸ Dari beberapa definisi tersebut, penulis lebih memilih definisi yang tertuang dalam undang-undang perkawinan.

Dasar hukum disyariatkannya perkawinan adalah ayat-ayat al Quran dan beberapa hadits Nabi saw. Firman Allah swt dalam Al Quran surat an Nisa` ayat 3 yang artinya: *"Dan jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil terhadap(hak-hak) perempuan yang yatim bilamana kamu mengawininya, maka kawinilah wanita-wanita (lain) yang kamu senangi; dua, tiga atau empat. Kemudian jika kamu takut tidak dapat berlaku adil maka kawinilah seorang saja, atau budak-budak yang kamu miliki. Yang demikian itu adalah yang lebih dekat kepada tidak berbuat aniaya".*¹⁸⁹

Firman Allah swt dalam surat an Nur ayat 32 yang artinya: *"Dan kawinkanlah orang-orang yang sendirian di antara kamu, dan orang-orang yang layak berkawin dari hamba-hamba sahayamu yang laki-laki dan hamba-hamba sahayamu yang perempuan. Jika mereka miskin*

¹⁸⁷ Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan.

¹⁸⁸ Pasal 2 Kompilasi Hukum Islam.

¹⁸⁹ Yayasan Penyelenggara Penterjemah Al-Qur'an, *Al-Qu'an dan Terjemahnya*, Semarang: Toha Putra, 1989, hlm. 115.

Allah akan memampukan mereka dengan karunia-Nya. Dan Allah maha luas (pemberian-Nya)".¹⁹⁰

Rasulullah saw. bersabda:

عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه اغض للبصر واحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء. (رواه الجماعة).

191

Artinya: *Dari ibnu mas'ud ra. berkata; Rasulullah saw bersabda" Wahai para kaum muda barang siapa di antara kamu telah mampu akan beban nikah maka hendaklah dia menikah, karena sesungguhnya menikah itu lebih dapat memejamkan pandangan mata dan lebih dapat menjaga kemaluan. Dan barang siapa yang belum mampu (menikah) maka hendaklah dia rajin puasa karena sesungguhnya puasa itu menjadi penahan nafsu baginya. (HR. Al jama'ah)*

Rasulullah saw. bersabda:

وعن قتادة عن الحسن عن سمرة: ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التبتل, وقرأتادة: ولقد ارسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم ازواجا وذرية. (الرعد: ٣٨) (وابن ماجه).¹⁹²

Artinya: *Dari Qatadah dari Al Hasan dari Samurah; Sesungguhnya Nabi saw melarang membujang,*

¹⁹⁰Ibid, hlm. 549.

¹⁹¹ Muhammad Asy Syauckani, *Nail Al Ahtar*, Beirut: Daar Al- Qutub Al- Arabia, Juz IV,1973, hlm. 171.

¹⁹² Abi Isa Muhammad Ibnu Isa Saurah, *Jami'us Shahih Sunan At Tirmidzi*, Beirut: Darul Fikr, tth, hlm. 467.

selanjutnya Qatadah membaca ayat . Dan sesungguhnya kami telah mengutus beberapa orang Rasul sebelum kamu dan kami berikan kepada mereka beberapa istri dan anak cucu. (HR. Ibnu Majah)

Para fuqaha berbeda pendapat tentang status hukum asal dari perkawinan menurut pendapat yang terbanyak dari fuqaha imam Syafi'i hukum nikah adalah mubah, menurut madzhab Hanafi, Maliki dan Hambali hukum nikah adalah sunnah, sedangkan menurut madzhab Dhahiri dan Ibnu Hazm hukum nikah adalah wajib dilakukan sekali seumur hidup.¹⁹³ Adapun hukum melaksanakan pernikahan jika dihubungkan dengan kondisi seseorang serta niat dan akibatnya, maka tidak terdapat perselisihan di antara para ulama', bahwa hukum melaksanakan perkawinan ada lima macam yaitu:

- a. *Jaiz* (boleh), ini asal hukumnya.
- b. *Sunat*, bagi orang yang berkehendak serta cukup nafkah sandang, pangan, dan lain-lain.
- c. *Wajib*, bagi orang yang cukup sandang, pangan dan dikhawatirkan terjerumus ke dalam lembah perzinaan.
- d. *Makruh*, bagi orang yang tidak mampu memberi nafkah.

¹⁹³ Zahry Hamid, *Pokok-Pokok Hukum Perkawinan Islam dan UU Perkawinan di Indonesia*, Yogyakarta: Bina Cipta, 1978, hlm. 3-4.

- e. *Haram*, bagi orang yang hendak menyakiti perempuan yang akan dinikahi.¹⁹⁴

Nilai asasi yang ingin diraih dari perkawinan adalah ketenangan, ketentraman, dan kasih sayang. Bila ketenangan dan ketentraman mewarnai suasana rumah tangga, maka ia akan menghasilkan manusia unggulan dan terjamin mutu.¹⁹⁵ Hal ini senada dengan firman Allah swt surat Ar-Rum ayat 21 yaitu:

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً
وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ

Artinya: "Dan di antara tanda-tanda kekuasaan-Nya ialah Dia menciptakan untukmu isteri-isteri dari jenismu sendiri supaya kamu cenderung dan merasa tentram kepada-Nya, dan dijadikannya di antaramu rasa kasih dan sayang. Sesungguhnya pada yang demikian itu benar-benar terdapat tanda-tanda bagi kaum yang berfikir." (QS. Ar-Ruum: 21).¹⁹⁶

Berdasarkan ayat tersebut, menurut penulis terdapat lima nilai fundamental dalam perkawinan yaitu suami isteri merupakan satu kesatuan yang tak terpisahkan (*min anfusikum*) atau dalam bahasa jawanya *sak awak*, ketenangan jiwa (*litaskunu ilaiha*), cinta kasih (*mawaddah*) yang lebih berorientasi pada pemenuhan

¹⁹⁴ Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Perkawinan Islam*, Yogyakarta: UU Press, 2004 hlm. 14.

¹⁹⁵ Ahmad Faiz, *Cita Keluarga Islam*, Jakarta: Serambi Ilmu Semesta, 2001, hlm. 26.

¹⁹⁶ Yayasan Penyelenggara Penerjemah Al-Qur'an, *op.cit.*, hlm. 644.

nafsu biologis, kasih sayang (*rahmah*) yang lebih berorientasi pada sifat-sifat kemanusiaan sampai akhir hayatnya, dan arti pentingnya berfikir (*yatafakkarun*) secara realistis dalam menghadapi problematika kehidupan berumah tangga tidak mengedepankan emosional.

Terdapat banyak fungsi dan tujuan dari perkawinan, di antaranya adalah:

1. Menyalurkan naluri seksual secara sah dan benar.
2. Cara paling baik untuk mendapatkan anak dan mengembangkan keturunan secara sah.
3. Menyalurkan naluri kebapakan atau keibuan.
4. Memupuk rasa tanggung jawab dalam rangka memelihara dan mendidik anak, sehingga memberikan motivasi yang kuat bagi seseorang untuk membahagiakan orang-orang yang menjadi tanggung jawabnya. Membagi rasa tanggung jawab antara suami dan isteri yang selama ini dipikul masing-masing pihak.¹⁹⁷

Perkawinan yang berkualitas merupakan harapan para pihak yang bersentuhan langsung maupun tidak langsung dengan perkawinan tersebut. Suatu perkawinan dianggap berkualitas apabila nilai asasi atau nilai fundamental dalam perkawinan dapat terwujud dalam kehidupan berumah tangga.

B. Pengertian Nikah Siri

Terminologi nikah siri tidak ditemukan di dalam hukum perkawinan maupun dalam fiqh munakahat

¹⁹⁷ Abdul Aziz Dahlan, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jakarta: PT. Intermedia, 1996, hlm. 1329.

klasik. Untuk mengetahui pengertian nikah siri ini maka dapat ditelusuri dari pengertian etimologis kata nikah dan kata siri. Kata nikah dapat diidentikkan dengan perkawinan atau pernikahan. Oleh karena itu pengertian kata nikah ini identik dengan pengertian perkawinan atau pernikahan yang lazim terdapat dalam literatur fiqh munakahat maupun hukum perkawinan. Sedangkan kata siri (bahasa arab; jamak *asrar*) mempunyai pengertian rahasia, sembunyi-sembunyi, misteri, dengan diam-diam, tertutup, dan gundik.¹⁹⁸

Yang dimaksud dengan nikah siri menurut penulis adalah sebuah akad nikah atau perkawinan yang telah memenuhi segala persyaratan dan rukun nikah, akan tetapi peristiwa perkawinan tersebut tidak dicatatkan di lembaga pencatat perkawinan atau Kantor Urusan Agama (KUA), dan terkadang lebih parah lagi yang mengetahui adanya nikah siri tersebut hanya beberapa orang yang terlibat secara langsung. Jadi nikah siri juga harus melalui tahapan prosesi akad nikah seperti lazimnya perkawinan pada umumnya, tapi akad nikahnya tidak dicatatkan di lembaga resmi. Orang yang akan melangsungkan nikah siri harus memenuhi berbagai syarat dan rukun sebagaimana telah diatur dalam fiqh munakahat. Yang dijadikan pedoman para pelaku nikah siri hanya literatur kitab-kitab klasik, dan mengabaikan proses administratif sebagaimana yang telah diatur dalam hukum perkawinan dan peraturan tehknis di bawahnya. Oleh karena itu pelaku nikah siri tidak mempunyai akta nikah.

¹⁹⁸ Lihat Ahmad Warson Munawir, *Kamus Al Munawir*, Yogyakarta: Pondok Pesantren Al Munawir, 1984, hal. 667-668

Ada beberapa nama lain dari nikah siri ini yang dikenal di masyarakat, di antaranya adalah kawin siri, nikah syara', nikah kyai, kawin bawah tangan, kawin diam-diam, kawin rahasia, dan kawin lari.

C. Status Hukum Nikah Siri Perspektif Fiqh Munakahat dan Hukum Perkawinan

Nikah siri sebagaimana yang dimaksudkan dalam pengertian tersebut di atas pada prinsipnya sama dengan perkawinan pada lazimnya. Ketika melangsungkan nikah siri, semua syarat rukun perkawinan harus telah dipenuhi. Calon suami, calon isteri, wali, ijab qabul, dan para saksi telah dipersiapkan dan telah memenuhi persyaratan substantif syari'at Islam. Di dalam syari'at Islam, pencatatan perkawinan oleh petugas tidak termasuk syarat rukun perkawinan. Oleh karena itu menurut penulis, ada atau tidak adanya pencatatan perkawinan tidak mempengaruhi sah atau tidak sah suatu perkawinan. Sah atau tidak sah perkawinan hanya diukur dari aspek terpenuhinya syarat rukun substantif perkawinan yang meliputi calon suami, calon isteri, wali, ijab qabul, dan dua orang saksi. Nikah siri yang telah memenuhi syarat rukun substantif nikah maka status hukumnya adalah sah. Apabila di kemudian hari diadakan pencatatan di Kantor Urusan Agama (KUA) maka tidak memerlukan lagi akad nikah yang baru.

Perkawinan merupakan sebuah peristiwa hukum dan oleh karena itu pencatatan perkawinan mempunyai arti yang sangat penting untuk mengantisipasi berbagai kemungkinan permasalahan yang akan muncul di kemudian hari. Meskipun secara tektual tidak ada

ketentuan pencatatan perkawinan dalam nash al Quran atau hadits, pencatatan perkawinan ini dapat diqiyaskan dengan pencatatan transaksi utang piutang (*dain*) sebagaimana terekam dalam Al Quran surat al Baqarah ayat 282 (*faktubuh, wal yaktub bainakum katibun bil `adl*).

Tujuan pencatatan perkawinan juga untuk mewujudkan kemaslahatan bagi para pihak yang terlibat dalam perkawinan serta anak-anak juga keluarga mereka dan menghindari mafsadat (kemungkinan terburuk) minimal berupa fitnah. Maslahat dan mafsadat pencatatan perkawinan ini bersifat personal dan relatif tergantung situasi dan kondisi yang bersangkutan. Berdasarkan kaidah ushul fiqh *dar`ul mafasid muqaddamun `ala jalbil mashalih* (menghindari kemungkinan terburuk yang menyebabkan kerusakan harus didahulukan dari pada menarik maslahat), maka para pelaku perkawinan harus berfikir secara jernih dan bertanggungjawab untuk tidak mencatatkan perkawinan mereka. Jadi, menurut penulis pencatatan perkawinan harus dilaksanakan dan hukumnya wajib meskipun tidak mempengaruhi sahnya perkawinan.

Pelaku nikah siri tidak memerlukan dokumen-dokumen kelengkapan administratif dari kelurahan, kecamatan atau Kantor Urusan Agama (KUA) setempat. Yang menjadi ciri khas utama nikah siri adalah tidak adanya pencatatan nikah oleh Pegawai Pencatat Nikah (PPN) dan tidak ada bukti administratif yang autentik telah terjadinya perbuatan hukum berupa perkawinan. Oleh karena itu para pelaku nikah siri tidak mempunyai akta nikah yang dapat dijadikan sebagai alat bukti yang sah terhadap perkawinan mereka. Di hadapan hukum

mereka akan kesulitan untuk membuktikan kalau mereka telah menikah. Karena adanya kesulitan pembuktian seperti ini maka akan memunculkan fitnah kepada para pelaku, keluarga dan juga anak-anak yang dilahirkan dari nikah siri tersebut. Pembuktian perkawinan ini juga diperlukan dalam pengurusan dokumen administrasi kependudukan setiap warga negara.

Di dalam Pasal 2 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dinyatakan bahwa perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya. Berdasarkan ketentuan ini maka nikah siri yang telah memenuhi syarat rukun sebagaimana diatur dalam fiqh munakahat maka perkawinan mereka adalah sah menurut ajaran agama dan juga sah menurut undang-undang perkawinan yang berlaku di Indonesia. Pencatatan perkawinan merupakan aturan yang sifatnya administratif, dan tidak ada sanksi hukum bagi mereka yang tidak mencatatkan perkawinannya. Perkawinan yang tidak dicatatkan ini tidak mempunyai kekuatan hukum, sehingga akan merugikan para pihak yang berkepentingan apabila diperlukan bukti-bukti administratif telah terjadinya perkawinan tersebut di kemudian hari.

D. Beberapa Faktor Penyebab dan Problematika Nikah Siri

Terjadinya nikah siri di masyarakat merupakan sebuah fenomena atau realitas sosial dan tentu ada alasan-alasan atau motifasi dari para pelakunya. Di antara alasan-alasan para pelaku melakukan nikah siri

ini, menurut penulis antara lain adalah *pertama* para pelaku nikah siri tidak bisa atau kesulitan memenuhi persyaratan administratif yang disyaratkan oleh undang-undang perkawinan atau peraturan teknis di bawahnya. Misalnya calon mempelai yang belum mencapai usia batas syarat nikah yaitu 16 tahun bagi wanita dan 19 tahun bagi pria.¹⁹⁹ Setelah melakukan upaya dispensasi kawin di Pengadilan Agama (PA) tidak berhasil, kemudian mereka melakukan nikah siri sebagai alternatif terakhir. Ada juga yang karena menunggu proses cerai di Pengadilan Agama (PA) yang berlarut-larut²⁰⁰, nikah siri menjadi alternatif ketika akan melangsungkan perkawinan lagi.

Kedua, para pelaku nikah siri terbentur dengan persyaratan administratif atau aturan kepegawaian sebagai Pegawai Negeri Sipil (PNS), TNI, POLRI, pegawai perusahaan swasta tertentu atau pensiunan. Para pelaku (janda atau duda pensiunan) sengaja menyembunyikan perkawinan mereka (dengan nikah siri) agar tunjangan pensiun tidak berhenti. Para pelaku juga menyembunyikan perkawinan mereka (dengan nikah siri) agar mereka tidak dikeluarkan dari perusahaan tempat mereka bekerja, dan lain sebagainya. Nikah siri sebagai 'penyelamat' keadaan yang amat darurat.

Ketiga, nikah siri sebagai penutup aib yaitu untuk menutupi rasa malu di masyarakat karena ternyata diketahui anak gadisnya sudah hamil terlebih dahulu, atau mungkin sudah terlanjur melahirkan. Orang tua

¹⁹⁹ Lihat ketentuan Pasal 7 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974

²⁰⁰ Sebelum ada putusan cerai dari PA, pihak suami atau isteri sudah meyakini bahwa thalak pada hakekatnya sudah jatuh sekian bulan yang lalu (thalak kinayah atau sharih) terhitung sejak suami menyatakan thalak, dan telah lewat masa iddahnya bagi wanita.

atau wakilnya biasanya menginformasikan ke masyarakat (ketika ada upacara *walimah arus*) bahwa anaknya sudah nikah siri beberapa bulan yang lalu, dan sekarang baru sempat mengurus administratif perkawinan di KUA setempat.

Keempat, nikah siri sebagai alternatif poligami untuk 'mengamankan' bangunan rumah tangga dengan isteri sebelumnya. Bangunan rumah tangga dengan isteri terdahulu akan tetap kokoh dan aman, sementara suami kawin lagi dengan wanita idamannya dengan cara nikah siri tanpa diketahui oleh isteri atau keluarga isteri terdahulu. Jadi nikah siri dijadikan sebagai alternatif pahlawan penolong bagi mereka yang suka poligami dengan memiliki isteri simpanan²⁰¹ yang sah menurut agama.

Kelima, nikah siri sebagai upaya tindakan preventif untuk menghindari dosa atau zina bagi para pasangan muda mudi yang sedang berpacaran. Di suatu daerah tertentu yang ajaran atau keyakinan agamanya sangat kuat, ketika ada *khitbah* (lamaran) biasanya ada yang langsung menikahkan anak mereka dengan cara nikah siri terlebih dahulu. Mereka takut kalau anak mereka terjerumus dosa, dan beberapa bulan atau beberapa tahun kemudian baru dilangsungkan 'perkawinan negara' atau 'perkawinan resmi'.

Terdapat beberapa dampak negatif (mafsadat) yang diakibatkan oleh nikah siri. Di antara dampak negatif tersebut adalah anak yang dilahirkan dari nikah siri akan menjadi korban. Permasalahan anak yang dilahirkan dari nikah siri ini di antaranya adalah

²⁰¹ Dalam fiqh munakahat, suami yang akan berpoligami tidak memerlukan syarat persetujuan dari isteri sebelumnya.

pertama, biasanya anak tersebut menemukan kesulitan dalam pengurusan dokumen administrasi kependudukan. *Kedua*, tidak adanya jaminan terpenuhinya hak-hak sipil sebagai anak. *Ketiga*, secara keperdataan anak tersebut hanya mempunyai nasab kepada ibu atau keturunan ibu, meskipun secara syar'i anak tersebut mempunyai bapak. Jadi status anak tersebut dianggap sebagai anak dari seorang ibu yang tidak mempunyai suami.²⁰²

Wanita yang dinikah siri juga terkadang menjadi korban. Isteri tidak mendapatkan perlindungan hukum atas status perkawinan mereka, apabila hak-hak isteri diabaikan oleh suami maka ia tidak dapat memperjuangkan hak-haknya melalui jalur hukum. Isteri yang dinikah siri akan sangat terpukul apabila ternyata suaminya tidak bertanggungjawab dan hanya 'menikmati sesaat' atas perkawinan mereka, habis manis sepah dibuang. Belum lagi status isteri yang diceraikan dari nikah siri ini. Secara lahiriyah sudah tidak gadis lagi atau janda, tetapi ia tidak mempunyai bukti pernah melangsungkan perkawinan atau sudah cerai.

Dari beberapa paparan tersebut di atas, nampak jelas bahwa nikah siri merupakan perkawinan yang problematik dan dampak negatifnya sangat besar meskipun diakui ada juga nilai positif atau maslahatnya sebagaimana telah dipaparkan di atas.

²⁰² Dalam konteks perlindungan anak, maka pelaku kawin siri yang melahirkan anak dan mengakibatkan penelantaran anak sehingga anak menderita fisik, mental maupun sosial dapat dipidana 5 tahun. Lihat ketentuan Pasal 77 UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

III. PENUTUP

Nikah siri masih banyak dan sering terjadi di masyarakat. Hukum perkawinan tidak mengatur secara tegas tentang status hukum nikah siri. Nikah siri yang telah memenuhi semua syarat rukun perkawinan dalam fiqh munakahat hukumnya adalah sah. Hukum perkawinan menekankan arti pentingnya pencatatan perkawinan sebagai sebuah alat bukti peristiwa hukum dan bersifat administratif. Pencatatan perkawinan ini akan memberikan jaminan perlindungan hukum bagi para pihak yang melangsungkan perkawinan dan juga anak dan keluarga.

Terjadinya nikah siri akan menimbulkan problematika bagi para pelakunya dan keluarganya, baik problematika hukum maupun problematika sosial. Terdapat nilai positif dan negatif pada kawin siri tersebut. Harus dipertimbangkan aspek maslahat dan madlarat agar nikah siri tersebut tidak menyimpang dari tujuan disyariatkannya perkawinan.

Wallahu a`lam

DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Aziz Dahlan, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jakarta: PT. Intermedia, 1996
- Abi Isa Muhammad Ibnu Isa Saurah, *Jami'us Shahih Sunan At Tirmidzi*, Beirut: Darul Fikr, tth.
- Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Perkawinan Islam*, Yogyakarta: UU Press, 2004
- Ahmad Faiz, *Cita Keluarga Islam*, Jakarta: Serambi Ilmu Semesta, 2001
- Ahmad Warson Munawir, *Kamus Al Munawir*, Yogyakarta: Pondok Pesantren Al Munawir, 1984
- Kompilasi Hukum Islam.
- Muhammad Amin al-Kurdi, *Tanwir al-Qulub*, Beirut: Darul Fikr, tth.
- Muhammad Amin Suma, *Hukum Keluarga Islam Di Dunia Islam*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004
- Muhammad As Syauckani, *Nail Al Authar*, Jilid III, Beirut: Dar al Fikr, 1994
- Muhammad Asy Syauckani, *Nail Al Ahtar*, Beirut: Daar Al-Qutub Al-Arabia, Juz IV, 1973
- Taqiyuddin Abu Bakar Bin Ahmad Al Husaini, *Kifayatul Akhyar*, Juz II, Indonesia: Darul Ihya Kutubil Arabiyah, tth.
- Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.
- Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.
- Yayasan Penyelenggara Penterjemah Al-Qur'an, *Al-Qu'an dan Terjemahnya*, Semarang: Toha Putra, 1989
- Zahry Hamid, *Pokok-Pokok Hukum Perkawinan Islam dan UU Perkawinan di Indonesia*, Yogyakarta: Bina Cipta, 1978

ABSTRAK

Abstrak ini membahas perkembangan hukum kontemporer di Indonesia, dengan fokus pada aspek-aspek yang relevan. Penelitian ini bertujuan untuk menganalisis perubahan-perubahan hukum yang terjadi dalam beberapa tahun terakhir, serta dampaknya terhadap masyarakat. Metode yang digunakan adalah studi kepustakaan dan analisis kualitatif. Hasilnya menunjukkan bahwa perkembangan hukum kontemporer di Indonesia dipengaruhi oleh berbagai faktor, termasuk globalisasi, kemajuan teknologi, dan tuntutan masyarakat. Perubahan-perubahan hukum ini membawa dampak yang signifikan terhadap kehidupan masyarakat, baik secara positif maupun negatif. Oleh karena itu, diperlukan upaya-upaya untuk memastikan bahwa perkembangan hukum kontemporer di Indonesia berjalan dengan baik dan membawa manfaat bagi masyarakat.