

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Masalah

Islam selalu menganjurkan agar dalam hubungan manusia dengan manusia lainnya berlomba-lomba berbuat kebajikan. Oleh karena itu, manusia yang diciptakan Allah sebagai khalifah dimuka bumi ini yaitu dengan tujuan agar manusia selalu memelihara, mengelola, dan mengatur bumi ini, serta untuk beribadah kepada-Nya. Segala sesuatu (harta benda) yang dimiliki seseorang secara moral harus diyakini bahwa ada sebagian dari harta tersebut menjadi hak bagi pihak lain, yaitu untuk kesejahteraan sesama yang secara ekonomi kurang atau tidak mampu.¹ Islam mengajarkan bahwa prinsip dasar dalam memperoleh hak milik adalah tidak dibenarkan merampas hak orang lain, mengambil milik orang lain seenaknya, dan merugikan orang lain.² Islam juga memerintahkan dan mengajarkan pemeluknya untuk beramal dalam bentuk sedekah jariah, diantaranya adalah dengan berwakaf. Para ulama sepakat bahwa yang dimaksudkan dengan wakaf adalah menahan sesuatu benda yang kekal zatnya, dan memungkinkan untuk diambil manfaatnya guna diberikan untuk jalan kebaikan.³

Wakaf salah satu bagian yang sangat penting dari hukum Islam. Ia mempunyai jalinan hubungan antara kehidupan spiritual dengan bidang sosial ekonomi masyarakat muslim. Wakaf selain berdimensi *Ubudiyyah Ilahiyyah*, juga

¹ Mahmud Abu Saud, 1996, *Khuthuwathi Raissiyati FilIqtishadil Islamiy*, Terjemahan Achmad Rais dengan judul, *Garis-Garis Besar Ekonomi Islam*, Jakarta: Gema Insani Press, hlm. 3.

² Wawan Muhwan Hariri, 2011, *Hukum Perikatan; Dilengkapi Hukum Perikatan Dalam Islam*, Bandung: Pustaka Setia, hlm. 318.

³ Hendi Suhendi, 2002, *Fiqh Muamalah*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, hlm. 240.

berfungsi sosial. Wakaf sebagai perekat hubungan, “*hablum minallah, wa hablum minannas*”, hubungan vertikal kepada Allah dan hubungan horizontal kepada sesama manusia.⁴ Maka dari itu Allah telah mensyari’atkan wakaf, menganjurkannya dan menjadikannya sebagai salah satu cara untuk mendekatkan diri kepada-Nya.⁵

Wakaf merupakan ajaran Islam yang disyariatkan dan berfungsi sebagai ibadah kepada Allah dan juga berfungsi sebagai sebuah perbuatan sosial. Oleh karena itu, dalam fungsinya sebagai ibadah, dapat diharapkan bisa menjadi bekal bagi si *waqif* setelah berakhir hidup di dunia ini, sebagai bentuk amal perbuatan yang pahalanya akan terus menerus mengalir selama harta wakaf itu dimanfaatkan. Sedangkan dalam fungsi sosialnya, wakaf merupakan salah satu metode dalam memberdayakan masyarakat Islam. Wakaf telah disyariatkan dan telah dipraktikkan oleh umat Islam seluruh dunia sejak zaman Nabi Muhammad SAW sampai sekarang, termasuk oleh masyarakat Islam di Negara Indonesia.”⁶

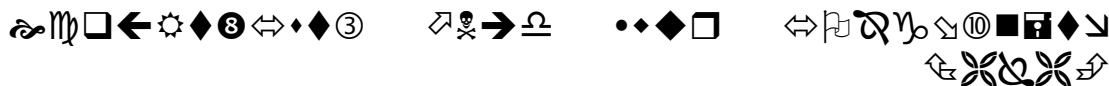
Sumber pertama wakaf adalah Al-Qur’an, meskipun secara eksplisit tidak ditemukan secara jelas dalam Al-Qur’an, kata wakaf yang bermakna memberikan harta sebagaimana makna zakat. Berkenaan dengan hal ini, dalam surah Al-Baqarah ayat 262 telah ditegaskan, sebagai berikut:



⁴ Abdul Halim, 2005, *Hukum Perwakafan di Indonesia*, Ciputat: Ciputat Press, Cet ke-1, hlm. 2-3.

⁵ Abdul Shomad, 2010, *Hukum Islam; Penormaan Prinsip Syari’ah dalam Hukum Indonesia*, Jakarta: Kencana, Cet ke-1, Ed. 1, hlm. 371.

⁶ Suparman Usman, 1999, *Hukum Perwakafan di Indonesia*, Jakarta: Darul Ulum Press, hlm. 2.



Artinya: *“Orang-orang yang menafkahkan hartanya di jalan Allah, kemudian mereka tidak mengiringi apa yang dinafkahkaninya itu dengan menyebut-nyebut pemberiannya dan dengan tidak menyakiti (perasaan si penerima), mereka memperoleh pahala di sisi Tuhan mereka. tidak ada kekhawatiran terhadap mereka dan tidak (pula) mereka bersedih hati.”* (Q.S Al-Baqarah: 262)

Para ulama memahami ayat tersebut sebagai ibadah wakaf. Sumber kedua tentang wakaf adalah hadits, yang salah satunya diriwayatkan oleh Ibnu ‘Umar tentang khalifah Umar yang mewakafkan tanahnya di Khaibar.⁷ Kemudian pentingnya wakaf juga dapat dilihat dalam sebuah hadits Nabi SAW berikut:

عن أبي هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة من صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له (رواه مسلم)

Artinya: *“Dari Abu Hurairah Raḍiyallāhu ‘anhu bahwa Rasulullah Ṣallallāhu ‘alaihi wa Sallam bersabda: "Apabila ada orang meninggal dunia terputuslah amalnya kecuali dari tiga hal, yaitu: Sedekah jariyah (yang mengalir), atau ilmu yang bermanfaat, atau anak shaleh yang mendoakan untuknya (orang tuanya)”*.⁸ (HR. Muslim).

Para ulama menafsirkan sedekah jariyah dalam hadits di atas dengan wakaf. Jabir berkata tiada seorang dari para sahabat Rasulullah yang memiliki simpanan

⁷ Abdul Shomad, 2010, *Op.cit*, hlm. 372.

⁸ Al-Hafidz ibnu Hajar Al-Asqalany, 2008, *Bulūghul al-Marām*, Tasikmalaya: Pustaka Al-Hidayah, kompilasi CMH oleh Dani Hidayat. Dikutip dari Ebook. *Bulūghul Marām* Versi 2.0.

melainkan diwakafkannya.⁹ Dalam konsep Islam, dikenal istilah jariyah artinya mengalir. Dengan demikian sedekah jariyah atau wakaf yang dikeluarkan, sepanjang benda wakaf itu dimanfaatkan untuk kepentingan kebaikan maka selama itu pula si *Wakif* mendapat pahala secara terus-menerus meskipun telah meninggal dunia¹⁰.

Sumber ketiga tentang wakaf adalah ijihad para ulama (interpretasi para ulama fikih) yang terdapat dalam kitab-kitab fikih klasik. Para ulama berpendapat bahwa peristiwa atau pelaksanaan wakaf yang pertama terjadi ialah wakaf yang dilaksanakan oleh sahabat Umar bin Khathab terhadap tanahnya di Khaibar, tetapi pendapat lain mengatakan bahwa mula pertama wakaf dalam Islam ialah tanah yang diwakafkan oleh Rasulullah SAW untuk masjid.¹¹

Adapun tujuan dan fungsi wakaf adalah menggali potensi ekonomi harta benda wakaf untuk dimanfaatkan bagi kepentingan ibadah dan memajukan kesejahteraan umum. Berkenaan dengan hal ini, Rasulullah SAW bersabda dalam sebuah hadits, yaitu:

عن ابن عمر رضی اللہ عنہما ان عمر بن الخطاب اصاب ارضا بخير فئاتی النبي صلى الله عليه وسلم يستثمره فيها فقال : يا رسول الله انى اصبت ارضا بخير لم اصب مالا قط انفس عندى منه فما تئمرني به قال : ان شئت حبست اصلها فتصدقت بها عمر انه لا يباع ولا يوهب ولا يرث وتصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف لاجنح على من وليها ان ياكل منها با المعرف ويطعم غير متمول. (رواه مسلم)

⁹ Abdul Rahman Ghazaly, dkk, 2010, *Fiqh Muamalat*, Jakarta: Kencana, Cet ke-1, Ed. 1, hlm. 176-177.

¹⁰ Ahmad Rofiq, 2000, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, hlm. 492.

¹¹ Suparman Usman, 1999, *Op.cit*, hlm. 26-27.

Artinya: *Dari Ibnu Umar ra. Berkata, bahwa sahabat Umar Ra. Memperoleh sebidang tanah di Khaibar kemudian menghadap kepada Rasulullah untuk memohon petunjuk Umar berkata: Ya Rasulullah, saya mendapatkan sebidang tanah di Khaibar, saya belum pernah mendapatkan harta sebaik itu, maka apa yang engkau perintahkan kepadaku? Rasulullah menjawab: Bila kamu suka, kamu tahan (pokoknya) tanah itu, dan kamu sedekahkan (hasilnya). Kemudian Umar menyedekahkannya kepada orang-orang fakir, kaum kerabat, budak belian, sabilillah, ibnu sabil dan tamu. Dan tidak mengapa atau tidak dilarang bagi yang menguasai tanah wakaf itu (pengurusnya) makan dari hasilnya dengan cara yang baik (sepantasnya) atau makan dengan tidak bermaksud menumpuk harta (HR. Muslim).*

Hadits di atas, menunjukkan bahwa dalam hukum Islam, tanah wakaf merupakan hak Allah SWT, tanah wakaf tidak dapat diperjualbelikan, dihibahkan, digadaikan dan sebagainya yang dikuasakan kepada *Nazhir* dan digunakan untuk tujuan-tujuan tertentu yang diridhoi Allah SWT guna kehidupan dunia dan akhirat. Pemanfaatan wakaf tidak lepas dari misi Islam untuk menciptakan kebahagiaan dan kesejahteraan masyarakat (*rahmah li al-'alamin*), selain itu wakaf dapat dikembangkan dengan berbagai macam cara yang dapat menunjang keberhasilan wakaf dalam rangka membantu memberdayakan ekonomi umat.

Wakaf uang dalam Islam disinyalir telah dilakukan pada zaman Rasulullah SAW oleh Umar bin Khattab. Hal ini ini dikuatkan oleh hadits Ibnu Umar yang diriwayatkan oleh An-Nasa'i dan Ibnu Majah tentang wakaf benda bergerak (uang). Pada sabda Nabi yang lainnya disebutkan :

عن ابن عمر قال : قال عمر للنبي صلى الله عليه وسلم ان مائة سهم لي بخيبر لم
 ، مالا قط اعجب الي منها قد اردت ان اتصدق بها فقال النبي صلعم :
 احبس اصلها وسبل ثمرتها (رواه البخارى و مسلم)

Artinya: *Diriwayatkan dari Ibnu Umar r.a, Ia berkata Umar r.a berkata kepada Nabi SAW, “saya mempunyai seratus saham (tanah, kebun) di Khaibar, belum pernah saya mendapatkan harta yang lebih saya kagumi melebihi tanah itu, saya bermaksud menyedekahkannya”. Nabi SAW berkata “tahanlah pokoknya dan sedekahkan buahnya pada sabilillah”.*¹² (H.R. An-Nasa’i dan Ibnu Majah)

Selain hadits di atas, Bukhori dan Muslim juga meriwayatkan dari Umar yang mendukung adanya wakaf benda bergerak, sebagai berikut:

عن بن عمر رضى الله عنهما ان عمر بن الخطاب اصاب أرضا بخيبر فاتى النبي
 صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها فقال يارسول الله انى اصببت ارضا بخيرلماصب
 مالا قط انفس عندى منه فما تأمره به قال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها
 قال فتصدق بها عمراناه لايباع ولا يوهب ولا يورث وتصدق بها فى الفقراء وفى
 القربى وفى الرقاب وفى سبيل الله وابن السبيل والضيف لا جناح على من وليها ان
 يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول قال فحدثت به ابن سيرين فقال غير
 متأثل مالا

Artinya: *Dari Umar ra, bahwasannya Umar bin Khattab mendapatkan sebidang tanah di Khaibar, kemudian ia bertanya (kepada Rasulullah SAW), Ya Rasulullah, saya mendapatkan sebidang tanah di Khaibar, dan saya belum pernah*

¹² Ibnu Majah, tt., *Sunah Ibnu Majah*, Juz II, Mesir: Isa Al-babi Al-halabi, hlm. 801

mendapatkan harta yang lebih berharga dari tanah tersebut, lalu apa yang hendak engkau perintahkan kepadaku ya Rasulullah? Kemudian Rasulullah SAW bersabda “jika engkau mau tahanlah asalnya 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 (ibnu sabil) dan tidak berdosa orang yang mengurusinya (nadzir) memakan sebagian harta itu dengan cara yang wajar dan untuk memberi makan keluarganya dengan syarat jangan dijadikan hak milik. (HR. Bukhari dan Muslim).¹³

Dari riwayat tersebut, diketahui bahwa Umar bin Khattab menyedekahkan hasil tanah kepada fakir miskin dan kerabat serta memerdekakan budak, untuk kepentingan di jalan Allah SWT, orang yang terlantar dan tamu. Di sini terlihat secara implisit bahwa Umar melakukan kegiatan investasi tersebut kepada kelompok-kelompok yang disebutkan di atas.

Imam Az-Zuhri menyatakan bahwa dinar dan dirham boleh diwakafkan. Caranya ialah dengan menjadikan dinar dan dirham itu sebagai modal usaha (*dagang*) kemudian menyalurkan keuntungannya sebagai wakaf.¹⁴ Sama halnya dengan pendapat madzhab Hanafi, menurut madzhab Hanafi cara melakukan wakaf tunai (*mewakafkan uang*) ialah dengan menjadikannya modal usaha dengan cara *mudharabah*, sedangkan keuntungannya disedekahkan kepada pihak wakaf.¹⁵

¹³ Abi al Husaini Muslim Ibnu al Hajjaj al Qusairi, tt., *Shahih Muslim Juz III*, Bairut: Dar al Qutb al Alawiyah, hlm. 25.

¹⁴ Abu As-Su'ud Muhammad, 1997, *Risalatul fi Jawazi Waqfi An-Nuqud*, Beirut: Dar Ibn-Hazm, hlm. 20-21.

¹⁵ Wahbah Az-Zuhaili, 1985, *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu*, Damsyik: Dar al-Fikr, Juz VII, hlm. 162.

Mutaqaddimin dari ulama madzab Hanafi, membolehkan wakaf uang sebagai pengecualian atas dasar *istihsan bi al'urf*. Sedangkan untuk alasan dibolehkannya benda bergerak dengan syarat menyatu dengan tanah belum dapat ditemukan secara pasti. Adapun Imam Malik memperbolehkan wakaf dalam bentuk aset apapun, karena beliau mengartikan "keabadian" lebih pada nature barang yang diwakafkan, baik itu aset tetap maupun aset bergerak, misalnya tanah pada aset tetap hanya dapat dipakai selama tidak terjadi longsor atau bencana lainnya. Begitu juga dengan wakaf tunai selama tidak musnah atau hilang uang tersebut dapat bermanfaat untuk menopang pengelolaan dan pemberdayaan secara produktif.

Sedangkan menurut pendapat yang melarang wakaf uang, bahwa syarat syarat wakaf adalah dapat dimanfaatkan dan terjamin kelanggengannya. Oleh karenanya tidak boleh mewakafkan harta yang tidak terjamin kelanggengannya apabila dimanfaatkan seperti uang, karena wakaf adalah menahan pokok dan menahan hasilnya, sedangkan dalam wakaf uang, pokok juga merupakan hasilnya, sehingga apabila dikeluarkan berarti mengeluarkan pokoknya, oleh karena itu hukum wakaf uang adalah dilarang.

Menurut Imam Syafi'i dibolehkannya wakaf benda bergerak karena keabadian ada pada setiap benda sesuai dengan jenisnya. Maka sesuatu yang tidak bisa dijamin keabadiannya maka makna keabadiannya diukur berdasarkan daya tahan barangnya. Sedangkan mengenai wakaf tunai alasannya karena dinilai bendanya tidak bisa kekal ketika dimanfaatkan, selain itu jika berdasarkan *'urf*, maka wakaf uang hanya berlaku diwilayah-wilayah tertentu dari bekas wilayah kekaisaran Biizantium (Romawi) saja, dari tempat lain tidak berlaku. Sebenarnya Wakaf uang telah lama dipraktikkan di

berbagai negara seperti Malaysia, Bangladesh, Mesir, Kuwait dan negara-negara Islam di Timur Tengah lainnya.¹⁶

Di Indonesia, wakaf telah dikenal dan dilaksanakan sejak agama Islam masuk ke Indonesia. Wakaf telah menjadi salah satu penunjang perkembangan masyarakat Islam di Indonesia, sebagai bukti banyak rumah ibadah, Perguruan Tinggi Islam, dan lembaga-lembaga keagamaan Islam lainnya dibangun di atas tanah wakaf. Namun, Tanah wakaf yang ada di Indonesia mayoritas belum diberdayakan secara produktif dan belum menjadi sumber ekonomi.

Padahal apabila dikaitkan kondisi Indonesia yang saat ini sedang mengalami berbagai krisis termasuk krisis ekonomi, sebenarnya wakaf dapat menjadi salah satu instrument yang sangat potensial untuk lebih dikembangkan guna membantu masyarakat yang kurang mampu. Sayangnya masyarakat masih memahami wakaf terbatas hanya pada benda tidak bergerak saja seperti tanah dan peruntukannya cenderung untuk kepentingan ibadah saja.¹⁷

Realitas ini dapat ditemukan diberbagai daerah dalam kehidupan masyarakat muslim Indonesia. Berdasarkan hasil pengamatan promovendus di lapangan, praktik perwakafan lebih banyak cenderung kepada wakaf benda tidak bergerak. Padahal wakaf sebagai pranata keagamaan yang memiliki potensi dan manfaat ekonomi sebenarnya perlu dikelola secara efektif dan efisien untuk memajukan kesejahteraan umum. Selain itu, pengelolaan wakaf memerlukan peraturan yang pasti mengenai perwakafan secara integral. Oleh karena itulah dikeluarkan sebuah peraturan baru yaitu Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf, yang merupakan

¹⁶ Abdul Ghofur Anshori, 2005, *Hukum dan Praktek Perwakafan di Indonesia*, Yogyakarta: Pilar Media, hlm. 89.

¹⁷ Mustafa Edwin Nasution dan Uswatun Hasanah (Eds), 2005, *Wakaf Tunai-Inovasi Finansial Islam*, Jakarta: PKTII-UI, hlm. 53.

Undang-undang yang secara khusus mengatur wakaf dalam lingkup yang lebih luas dan tidak terbatas hanya pada wakaf tanah milik saja.

Wakaf menurut Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf adalah perbuatan hukum *Wakif* untuk memisahkan atau menyerahkan sebagian harta benda miliknya untuk dimanfaatkan selamanya atau untuk jangka waktu tertentu sesuai dengan kepentingannya guna untuk ibadah atau kesejahteraan umum menurut syari'ah.

Lahirnya Undang-Undang Nomor 41 tahun 2004 tentang Wakaf, diharapkan mampu menghadirkan hal-hal baru dalam pemberdayaan wakaf, seperti pemberdayaan dan pengelolaan wakaf secara produktif dan profesional, sebagaimana dinyatakan fungsi wakaf dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf berbunyi: *Wakaf berfungsi mewujudkan potensi dan manfaat ekonomis harta benda wakaf untuk kepentingan ibadah dan untuk memajukan kesejahteraan umum.* Undang-Undang Wakaf ini juga mengatur persoalan wakaf yang berwujud uang tunai atau yang juga dikenal dengan wakaf uang.

Dalam perjalanannya praktik wakaf uang baru mendapat dukungan Majelis Ulama Indonesia pada tahun 2002 seiring dengan dikeluarkan Keputusan Fatwa Komisi Fatwa majelis Ulama Indonesia tentang Wakaf Uang tanggal 28 Shafar 1423 Hijriah / 11 Mei 2002 guna menjawab Surat Direktur Pengembangan Zakat dan Wakaf Departemen Agama Nomor Dt. III/5/BA.03.2/2772/2002 tanggal 26 April 2002 yang berisi tentang permohonan fatwa tentang wakaf uang. Selanjutnya, wakaf uang baru diatur oleh Negara pada 2004 melalui Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf telah merubah cara pandang masyarakat tentang boleh berwakaf uang.

Dengan semangat pemberdayaan perekonomian Islam tersebut maka pengelolaan dana wakaf uang dapat pula dianggap sebagai alat untuk investasi menjadi menarik, karena faedah atau keuntungan atas investasi tersebut dalam bentuk keuntungan yang akan dapat dinikmati oleh masyarakat di mana saja.¹⁸ Dengan faedah dan keuntungan tersebut pada akhirnya dapat membuat kehidupan masyarakat menjadi sejahtera dengan prinsip pengelolaan wakaf uang yang adil.

Menurut Pasal 1 ayat (4) Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf, *Nazhir* (pengelola wakaf) adalah pihak yang menerima harta benda wakaf dari *Wakif* untuk dikelola dan dikembangkan sesuai dengan peruntukannya. Jadi dapat dikatakan bahwa *Nazhir* wakaf uang merupakan pihak yang berkaitan langsung dengan upaya-upaya produktif dari aset wakaf uang.

Sebenarnya wakaf uang lebih fleksibel karena obyeknya berupa benda bergerak dan juga simbolik yang memungkinkan investasi dan pemanfaatan secara lebih beragam. Tingkat partisipasi masyarakat dengan demikian diharapkan akan lebih besar karena nominal wakaf uang bisa dipecah dalam pecahan-pecahan kecil yang dapat terjangkau oleh semua kalangan. Wakaf uang tidak hanya bagi orang kaya tetapi juga bagi kalangan yang secara ekonomi tidak terlalu mapan.

Wakaf uang (*cash waqf*) dan wakaf *muaqqat* merupakan dua point penting pembaruan hukum wakaf yang terdapat pada Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf. Keduanya tentu menarik karena berbeda dengan konsep wakaf yang selama ini dipahami. Sebuah produk hukum akan berjalan efektif jika sistem hukum berjalan dengan baik. Budaya sebagai salah satu komponen sistem hukum, yang berisi sikap, pandangan, dan nilai-nilai sosial masyarakat, tentu akan berpengaruh

¹⁸ Suhrawardi Lubis, dkk., 2010, *Wakaf dan Pemberdayaan Umat*, Jakarta: Sinar Grafika-UMSU Publisher, Edisi ke-1, Cet. ke-1, editor Bahdin Nur Tanjung dan Farid Wajdi. hlm. 31.

terhadap efektivitas hukum.¹⁹ Posisi dan peran ulama sangat penting dalam kehidupan sosial masyarakat, karena pandangan mereka akan berpengaruh terhadap tingkat keberhasilan pelebagaan produk hukum.²⁰ Karenanya pandangan mereka tentang hukum wakaf tentu juga akan berpengaruh terhadap pandangan hukum umat.

Persoalannya, masih muncul perbedaan faham di tengah masyarakat tentang kedudukan dan kekuatan hukum wakaf uang dalam telaah hukum Islam serta implementasinya dalam sistem hukum positif di Indonesia, serta perlu adanya persamaan faham tentang apa dan bagaimana memberdayakan potensi perwakafan uang di Indonesia menuju yang lebih produktif dengan menggali berbagai kemungkinan jalan ke arah itu serta perlunya Rekonstruksi Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf terhadap kedudukan dan kekuatan wakaf uang berbasis nilai keadilan menuju peningkatan ekonomi umat.

Pemikiran terkait adanya rekonstruksi Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf tersebut berdasarkan pada pengamatan promovendus mengenai realitas penerapan wakaf uang di tengah-tengah masyarakat, bahkan dari hasil wawancara promovendus kepada sejumlah *Nazhir* dan juga petugas wakaf kemenag di Kalimantan Selatan, dapat disimpulkan bahwa eksistensi wakaf uang, khususnya di Kalimantan Selatan, masih kurang terlaksana dengan baik. Hal ini salah satunya disebabkan oleh SDM *Nazhir* itu sendiri yang masih belum profesional dan juga mindset masyarakat tentang wakaf itu sendiri. Dengan kondisi seperti itulah, akhirnya penerapan wakaf uang menjadi belum dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya.

¹⁹ M. Lawrence Friedman, 2009, *Sistem Hukum: Perspektif Ilmu Sosial*, Bandung: Nusa Media, Cet. ke-2, Terjemahan M. Khozim, hlm. 12.

²⁰ Soerjono Soekanto, 1982, *Sosiologi Suatu Pengantar*, Jakarta: CV. Rajawali, hlm. 320.

Berdasarkan kenyataan tersebut, Promovendus menggali persoalan hukum yang ada terutama dari segi materi muatan yang akhirnya menurut promovendus ada beberapa aturan atau pasal yang perlu dikaji ulang dan direkonstruksi, sehingga menghasilkan pasal yang benar-benar menunjang untuk dilaksanakannya wakaf uang secara professional sehingga tepat sasaran. Salah satu pasal yang dapat direkonstruksi adalah Pasal 11 yang mengatur tentang tugas seorang *Nazhir*. Dalam Pasal 11 tersebut, seorang *Nazhir* seakan tidak diberikan beban pertanggungjawaban, hanya saja dia melaporkan tugasnya kepada BWI. Korelasi setiap pasal tentu sangat erat, sehingga dengan adanya salah satu pasal yang lemah maka akan berefek kepada pasal yang lain, sehingga akhirnya pemberdayaan wakaf uang itupun akan menjadi lemah.

Dalam hal ini, dalam sebuah pengelolaan dan/atau pelaksanaan seyogyanya juga harus dibebankan pertanggungjawaban kepada si pengelola dan/atau si pelaksana sehingga yang bersangkutan dapat melaksanakan tugasnya dengan baik dan secara professional. Dengan ketidakadaan kewajiban pertanggungjawaban tersebut dikhawatirkan *Nazhir* tidak sungguh-sungguh dalam menjalankan tugasnya, dan hal ini mempunyai implikasi yang secara langsung dapat berpengaruh terhadap efektivitas dan efisiensi pengelolaan wakaf tersebut.

Dengan adanya berbagai persoalan dalam pelaksanaan wakaf uang sebagaimana diuraikan di atas, maka promovendus tertarik menggali dan mengkaji lebih dalam mengenai permasalahan wakaf uang kemudian seperti apa kekurangan dan kelemahannya yang akhirnya dapat mengharuskan adanya rekonstruksi Undang-Undang Nomor 41 tahun 2004 tentang Wakaf itu sendiri.

Untuk itu promovendus akan menganalisis tentang konsepsi hukum terhadap pemberdayaan wakaf produktif secara komprehensif berkaitan dengan hal-hal yang

telah digambarkan di atas sehingga dalam disertasi ini akan memuat judul **“REKONSTRUKSI UNDANG-UNDANG NOMOR 41 TAHUN 2004 TENTANG WAKAF UNTUK MEWUJUDKAN HUKUM WAKAF UANG YANG BERBASIS NILAI KEADILAN MENUJU PENINGKATAN EKONOMI UMAT”**.

1.2 Rumusan Masalah

Dengan bertolak dari latar belakang masalah di atas, maka promovendus menentukan rumusan masalah dalam penelitian disertasi ini sebagai berikut:

- 1) Bagaimana penerapan, kedudukan dan kekuatan hukum wakaf uang dalam sistem hukum di Indonesia?
- 2) Bagaimana problematika dalam penerapan hukum wakaf uang di Indonesia?
- 3) Bagaimana konstruksi ideal Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf untuk mewujudkan hukum wakaf uang yang berbasis nilai keadilan menuju peningkatan ekonomi umat?

1.3 Tujuan Penelitian

Berdasarkan rumusan permasalahan tersebut di atas, maka tujuan penelitian disertasi ini sebagai berikut:

- 1) Untuk menganalisa penerapan, kedudukan dan kekuatan hukum wakaf uang dalam sistem Hukum Indonesia.
- 2) Untuk menganalisa problematika dalam penerapan hukum wakaf uang di Indonesia.

- 3) Untuk merumuskan konstruksi ideal Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf untuk mewujudkan hukum wakaf uang yang berbasis nilai keadilan menuju peningkatan ekonomi umat.

1.4 Kegunaan Penelitian

Penelitian ini dilakukan dalam rangka penyusunan disertasi oleh promovendus diharapkan memiliki 2 (dua) kegunaan, yakni kegunaan secara teoritis dan praktis, sebagai berikut:

1.4.1 Kegunaan Secara Teoritis

- 1) Promovendus berharap hasil penelitian ini dapat menemukan teori baru atau konsep baru yang merupakan sinergi hukum tata negara dan hukum ekonomi di Indonesia, khususnya yang berkaitan hukum ekonomi syariah di Indonesia.
- 2) Promovendus berharap hasil penelitian ini dapat menjadi bahan rujukan penelitian yang akan datang yang berkaitan dengan sistem kebijakan hukum terhadap kedudukan dan kekuatan hukum wakaf uang menuju peningkatan ekonomi umat.
- 3) Promovendus berharap hasil penelitian ini dapat menjadi bahan rujukan bagi pelaksanaan kegiatan pengkajian yang teraktualisasi dari kegiatan pengajaran, diskusi dan seminar yang dilaksanakan didunia akademis dan praktis.

1.4.2 Kegunaan Secara Praktis

- 1) Promovendus berharap hasil penelitian ini dapat menjadi masukan pemikiran bagi pihak yang berkepentingan, masyarakat luas serta penentu kebijakan, dalam kaitannya dengan kedudukan dan kekuatan hukum terhadap wakaf uang.
- 2) Promovendus berharap hasil penelitian ini dapat menjadi sumber rujukan bagi pelaksanaan wakaf uang di Indonesia.

1.5 Kerangka Konseptual

1.5.1 Konsep tentang Rekonstruksi

Rekonstruksi berasal dari dua kata “re” dan “konstruksi”, yang masing memiliki arti bahwa “re” berarti kembali, atau mengulang, dengan maksud untuk pembaharuan sedangkan “konstruksi” sebagaimana menurut Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia edisi keempat, konstruksi adalah susunan dan hubungan kata dalam kalimat atau kelompok kata. Makna suatu kata ditentukan oleh konstruksi dalam kalimat atau kelompok kata.²¹ Menurut Sarwiji, makna konstruksi (*construction meaning*) adalah makna yang terdapat dalam konstruksi kebahasaan.²²

Makna konstruksi juga dapat diartikan sebagai makna yang berhubungan dengan kalimat atau kelompok kata yang ada di dalam sebuah kata dalam kajian kebahasaan. Konstruksi dapat juga didefinisikan sebagai susunan (model, tata letak) suatu bangunan (jembatan, rumah, dan lain sebagainya).²³ Kemudian B.N Marbun mendefinisikan rekonstruksi secara sederhana penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada dan disusun kembali sebagaimana adanya atau kejadian semula²⁴.

Adapun rekonstruksi yang dimaksud dalam penelitian ini adalah rekonstruksi hukum, sebagai upaya untuk menyusun kembali aturan-aturan yang terdapat aturan hukum. Pada dasarnya, rekonstruksi hukum merupakan proses untuk menata kembali konsep tentang suatu aturan hukum, sebagaimana pengertian rekonstruksi menurut

²¹ Hasan Alwi, 2007, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: PT. Balai Pustaka, Edisi ke-4, hlm. 55.

²² Sarwiji Suwandi, 2008, *Semantik Pengantar Kajian Makna*, Yogyakarta: Media Perkasa, hlm. 18.

²³ Pusat Bahasa, 2005, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, Edisi ke-3, hlm. 15.

²⁴ B.N. Marbun, 1996, *Kamus Politik*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, hlm. 469.

Black's Law Dictionary yang diartikan sebagai *the act or process of re-building, re-creating, or re-organizing something*.²⁵ Dari pengertian tersebut, rekonstruksi diartikan sebagai kegiatan atau proses untuk membangun kembali atau menciptakan kembali atau melakukan pengorganisasian kembali atas sesuatu.

1.5.2 Konsep tentang Wakaf

Menurut bahasa wakaf berasal dari *waqf* yang berarti *radiah* (terkembalikan), *al-tahbis* (tertahan), *al-tabsil* (tertawan), dan *al-man'u* (mencegah). Kata *waqaf* sendiri berasal dari kata kerja yaitu *waqafa* (*fi'il madhi*), *yaqifu* (*fi'il mudhari'*), *waqfan* (*isim mashdar*) yang berarti berhenti atau berdiri dan menahan.²⁶ *Waqaf* pada lughat adalah menahan atau mengekang harta, dan pada syarah disisi abu hanifah adalah penetapan atau menahan harta atas kepemilikan si *waqif* itu, dan sedangkan yang diambil itu manfaatnya.²⁷

Menurut Imam Syafi'i dan Ahmad berpendapat bahwa wakaf adalah melepaskan harta yang diwakafkan dari kepemilikan *Wakif*, setelah sempurna prosedur perwakafan. Mazhab Maliki berpendapat bahwa wakaf itu tidak melepaskan harta yang diwakafkan dari kepemilikan *Wakif*, namun wakaf tersebut mencegah *Wakif* melakukan tindakan yang dapat melepaskan kepemilikannya atas harta tersebut kepada yang lain dan *Wakif* berkewajiban menyedekahkan manfaatnya serta tidak boleh menarik kembali wakafnya. Sedangkan menurut Abu Hanifah, wakaf adalah menahan suatu benda yang menurut hukum, tetap milik si *Wakif* dalam rangka

²⁵ Bryan A. Garner, 1999, *Black's Law Dictionary*, Edisi ke-7, S.T. Paul. Minn: West Group, hlm. 1278.

²⁶ Adijani Al-Alabij, 1989, *Perwaqafan Tanah di Indonesia*, Jakarta: PT. Rajawali Pers, hlm. 23.

²⁷ Syaih Al-Islamu Burhanuddin Ali Bin Abi Bakri Al Murginani, 1995, *Fath al-Qadir*, Libanon: Darul kitab Al-Ilmi'ah, hlm. 189-190.

mempergunakan manfaatnya untuk kebajikan.²⁸

Adapun wakaf yang menjadi pembahasan dalam penelitian ini adalah wakaf memiliki makna sebagaimana yang dijelaskan dalam Undang-Undang Nomor 41 tahun 2004 tentang Wakaf Pasal 1, bahwa yang dimaksud dengan wakaf adalah perbuatan hukum *Wakif* untuk memisahkan dan/atau menyerahkan sebagian harta benda miliknya untuk dimanfaatkan selamanya atau untuk jangka waktu tertentu sesuai dengan kepentingannya guna keperluan ibadah dan/atau kesejahteraan umum menurut syariah.²⁹

1.5.3 Konsep tentang Hukum Wakaf Uang

Wakaf uang adalah penyerahan hak milik berupa uang tunai kepada seseorang atau nadzir dengan ketentuan bahwa hasil atau manfaatnya digunakan untuk hal-hal yang sesuai dengan ajaran syariat Islam dengan tidak mengurangi ataupun menghilangkan jumlah pokoknya.³⁰ Menurut MUI, Wakaf Uang adalah wakaf yang dilakukan seseorang, kelompok orang, lembaga atau badan hukum dalam bentuk uang tunai.³¹ Wahbah Az-Zuhaili juga mengungkapkan bahwa madzhab hanafi membolehkan wakaf tunai karena sudah banyak dilakukan dikalangan masyarakat.

Madzhab hanafi memang berpendapat bahwa hukum yang ditetapkan berdasarkan adat kebiasaan mempunyai kekuatan yang sama dengan hukum yang ditetapkan berdasarkan nash (teks). Dasar argumentasi Madzhab Hanafi adalah hadist yang diriwayatkan oleh Abdullah bin Mas'ud r.a., yaitu:

²⁸ Lihat Departemen Agama RI, 2006, *Fiqih Wakaf*, Jakarta: Direktorat Pemberdayaan Wakaf, Direktorat Jenderal Bimbingan Masyarakat Islam, hlm. 2-3.

²⁹ Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf, Pasal 1 angka 1.

³⁰ Biro Perbankan Syari'ah BI, 2006, *Peranan Perbankan Syari'ah dalam Wakaf Tunai (Sebuah Kajian Konseptual) dalam Wakaf Tunai Inovasi Finansial Islam*, Jakarta: PSTTI-UI, hlm. 97.

³¹ Keputusan Fatwa MUI (tentang wakaf uang) pada tanggal 11 Mei 2002.

مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ، وَ مَا رَأَوْا سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ

Artinya: “apa yang dipandang baik oleh kaum muslimin, maka dalam pandangan Allah adalah baik, dan apa yang dipandang buruk oleh kaum muslimin maka dalam pandangan Allah pun buruk”.³²

Pendapat Imam al-Zuhri (w.124 H) bahwa mewakafkan dinar (mata uang) hukumnya boleh, dengan cara menjadikan dinar tersebut sebagai modal usaha kemudian keuntungannya disalurkan pada mauquf ‘alaih.³³ Sebagian ulama Mazhab Syafi’i juga membolehkan wakaf uang sebagaimana yang disebut Al-Mawardy, ”Abu Tsaur meriwayatkan dari Imam Syafi’iy tentang kebolehan wakaf dinar dan dirham”.

Di Indonesia, wakaf uang bukan merupakan masalah lagi. Pada tanggal 11 Mei 2002 Komisi Fatwa MUI telah menetapkan fatwa tentang wakaf uang, yang isinya ialah sebagai berikut:³⁴

- 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 kedalam pengertian uang ialah surat-suarat berharga.
- 3) Wakaf uang hukumnya jawaz (boleh)
- 4) Wakaf uang hanya boleh disalurkan dan digunakan untuk hal-hal yang dibolehkan secara syar’i.

³² Syaikh Wahbah Az-Zuhaili, t.th., *Al-Fiqh al-Islami wa ‘Adilatuhu, Juz VIII*, Damsyik: Dar al-Fikr, hlm. 162.

³³ Abu As-Su’ud Muhammad, *Loc.cit.*

³⁴ Uswatun Hasanah, 2004, *Strategi Pengelolaan Wakaf dalam Meningkatkan Kesejahteraan Umat*, Jakarta: Kumpulan Hasil Seminar Perwakafan, Bimas dan Haji DEPAG RI, hlm. 124.

- 5) Nilai pokok wakaf uang harus dijamin kelestariannya, tidak boleh dijual, dihibahkan dan atau diwariskan.

Adapun dapat dipahami sebagai sistem yang terpenting dalam pelaksanaan atas rangkaian kekuasaan kelembagaan.³⁵ Secara umum, rumusan hukum setidaknya mengandung beberapa unsur sebagai berikut:

- 1) Hukum mengatur tingkah laku atau tindakan manusia dalam masyarakat. Peraturan berisikan perintah dan larangan untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Hal ini dimaksudkan untuk mengatur perilaku manusia agar tidak bersinggungan dan merugikan kepentingan umum.
- 2) Peraturan hukum ditetapkan oleh lembaga atau badan yang berwenang untuk itu. Peraturan hukum tidak dibuat oleh setiap orang melainkan oleh lembaga atau badan yang memang memiliki kewenangan untuk menetapkan suatu aturan yang bersifat mengikat bagi masyarakat luas.
- 3) Penegakan aturan hukum bersifat memaksa. Peraturan hukum dibuat bukan untuk dilanggar namun untuk dipatuhi. Untuk menegakkannya diatur pula mengenai aparat yang berwenang untuk mengawasi dan menegakkannya sekalipun dengan tindakan yang represif. Meski demikian, terdapat pula norma hukum yang bersifat fakultatif/melengkapi.
- 4) Hukum memiliki sanksi dan setiap pelanggaran atau perbuatan melawan hukum akan dikenakan sanksi yang tegas. Sanksi juga diatur dalam peraturan hukum.³⁶

Dengan demikian, dapat diambil suatu pemahaman bahwa yang dimaksudkan hukum wakaf uang dalam penelitian ini adalah aturan-aturan hukum yang terdapat peraturan perundang-undangan, - dalam hal ini adalah Undang-Undang Nomor 41

³⁵ "Pengertian Hukum", <https://id.wikipedia.org/wiki/Hukum>, diakses tanggal 10 Juli 2017.

³⁶ *Ibid.*

tahun 2004 tentang Wakaf-, dalam mengatur tingkah laku masyarakat di Indonesia dalam melaksanakan wakaf uang sebagai rangkaian dari pengelolaan dan pengembangan perwakafan guna mewujudkan kesejahteraan umum dalam kehidupana masyarakat Indonesia.

1.5.4 Konsep tentang Keadilan

Keadilan dalam penelitian ini adalah keadilan dalam sudut pandang hukum. Kata keadilan berasal dari kata “Adil”, sebagaimana yang dikemukakan oleh Kahar Kahar Masyhur “Adil” adalah memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa lebih tanpa kurang antara sesama yang berhak dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggaran”.³⁷

Adil dan keadilan adalah pengakuan dan perlakuan seimbang antara hak dan kewajiban. Apabila ada pengakuan dan perlakuan yang seimbang hak dan kewajiban, dengan sendirinya apabila kita mengakui “hak hidup”, maka sebaliknya harus mempertahankan hak hidup tersebut dengan jalan bekerja keras, dan kerja keras yang dilakukan tidak pula menimbulkan kerugian terhadap orang lain, sebab orang lain itu juga memiliki hak yang sama (hak untuk hidup) sebagaimana halnya hak yang ada pada diri individu.³⁸ Keadilan hanya bisa dipahami jika ia diposisikan sebagai keadaan yang hendak diwujudkan oleh hukum.

Upaya untuk mewujudkan keadilan dalam hukum tersebut merupakan proses yang dinamis yang memakan banyak waktu. Upaya ini seringkali juga didominasi oleh kekuatan-kekuatan yang bertarung dalam kerangka umum tatanan politik untuk

³⁷ Kahar Masyhur, 1985, *Membina Moral dan Akhlak*, Jakarta: Kalam Mulia, hlm. 71.

³⁸ Suhrawardi K. Lunis, 2000, *Etika Profesi Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, Cetakan ke-2, hlm. 50.

mengaktualisasikannya.³⁹ Jika demikian bagaimana pandangan keadilan menurut kaidah-kaidah atau aturan-aturan yang berlaku umum yang mengatur hubungan manusia dalam masyarakat atau hukum positif (di Indonesia).⁴⁰

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bangsa Indonesia tertuju pada dasar negara, yaitu Pancasila, yang mana sila kelimanya berbunyi: “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Konsepsi demikian apabila dihubungkan dengan sila kedua dari Pancasila sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia, pada hakikatnya menginstruksikan agar senantiasa melakukan perhubungan yang serasi antar manusia secara individu dengan kelompok individu yang lainnya sehingga tercipta hubungan yang adil dan beradab. Hubungan adil dan beradab dapat diumpamakan sebagai cahaya dan api, bila apinya besar maka cahayanya pun terang: jadi bila peradabannya tinggi, maka keadilanpun mantap.⁴¹

Lebih lanjut apabila dihubungkan dengan “keadilan sosial”, maka keadilan itu harus dikaitkan dengan hubungan-hubungan kemasyarakatan. Keadilan sosial dapat diartikan sebagai:⁴²

- 1) Mengembalikan hak-hak yang hilang kepada yang berhak.
- 2) Menumpas keaniayaan, ketakutan dan perkosaan dan pengusaha-pengusaha.
- 3) Merealisasikan persamaan terhadap hukum antara setiap individu, pengusaha-pengusaha dan orang-orang mewah yang didapatnya dengan tidak wajar”.

³⁹ Carl Joachim Friedrich, 2004, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Bandung: Nuansa dan Nusamedia, hlm. 239.

⁴⁰ Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arief Sidharta, 2000, *Pengantar Ilmu Hukum, Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Bandung: Alumni, hlm. 4.

⁴¹ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, 1982, *Renungan Tentang Filsafat Hukum*, Jakarta: Rajawali, hlm. 83.

⁴² Kahar Masyhur, *Loc.cit.*

Hal ini berarti keadilan disini erat dengan konsep keadilan sosial, Keadilan sosial menyangkut kepentingan masyarakat dengan sendirinya individu yang berkeadilan sosial itu harus menyisihkan kebebasan individunya untuk kepentingan Individu yang lainnya.

Hukum nasional mengatur keadilan bagi semua pihak, oleh karenanya keadilan di dalam perspektif hukum nasional adalah keadilan yang mensesuaikan atau menselaraskan keadilan-keadilan yang bersifat umum diantara sebagian dari keadilan-keadilan individu. Dalam keadilan ini lebih menitikberatkan pada keseimbangan antara hak-hak individu masyarakat dengan kewajiban-kewajiban umum yang ada di dalam kelompok masyarakat hukum.

1.5.5 Konsep tentang Ekonomi Umat

Pada prinsipnya, ekonomi merupakan salah satu ilmu sosial yang mempelajari aktivitas manusia yang berhubungan dengan produksi, distribusi, dan konsumsi terhadap barang dan jasa. Istilah "ekonomi" sendiri berasal dari bahasa Yunani, yaitu οἶκος (oikos) yang berarti "keluarga, rumah tangga" dan νόμος (nomos) yang berarti "peraturan, aturan, hukum". Secara garis besar, ekonomi diartikan sebagai "aturan rumah tangga" atau "manajemen rumah tangga." Sementara yang dimaksud dengan ahli ekonomi atau ekonom adalah orang menggunakan konsep ekonomi, dan data dalam bekerja.⁴³ Dalam dalam penelitian ini, Promovendus lebih pada pembahasan pemberdayaan dan tata kelola wakaf untuk meningkatkan ekonomi umat, lebih difokuskan pada investasi dan kebermanfaatannya dari wakaf, terutama wakaf uang.

Pemberdayaan ekonomi umat, merupakan upaya untuk membangun daya (masyarakat) dengan mendorong, memotivasi, dan membangkitkan kesadaran akan

⁴³ "Pengertian Ekonomi", <https://id.wikipedia.org/wiki/Hukum>, diakses tanggal 10 Juli 2017

potensi ekonomi yang dimilikinya serta berupaya untuk mengembangkannya. Keberdayaan masyarakat adalah unsur dasar yang memungkinkan suatu masyarakat bertahan. Dalam pengertian yang dinamis, yaitu mengembangkan diri dan mencapai kemajuan. Keberdayaan masyarakat menjadi sumber dari apa yang dikenal sebagai Ketahanan Nasional. Akan tetapi realitas dalam realitas sekarang ini adalah adanya stigma yang lahir bahwa konsep pemberdayaan lahir sebagai antitesis terhadap model pembangunan dan industrialisasi yang kurang memihak pada rakyat. Konsep ini dibangun dari kerangka logik sebagai berikut: ⁴⁴

- 1) Bahwa proses pemusatan kekuasaan terbangun dari pemusatan penguasaan faktor produksi;
- 2) Pemusatan kekuasaan faktor produksi akan melahirkan masyarakat pekerja dan masyarakat yang pengusaha pinggiran;
- 3) Kekuasaan akan membangun bangunan atas atau sistem pengetahuan, sistem politik, sistem hukum, dan ideologi yang manipulatif untuk memperkuat dan legitimasi; serta
- 4) Kooperasi sistem pengetahuan, sistem hukum, sistem politik, dan ideologi, secara sistematis akan menciptakan dua kelompok masyarakat, yaitu masyarakat berdaya dan masyarakat tunadaya.

Akhir dari konsep ini adalah terjadinya dikotomi, yaitu masyarakat yang berkuasa dan manusia yang dikuasai. Untuk membebaskan situasi menguasai dan dikuasai, maka harus dilakukan pembebasan melalui proses pemberdayaan bagi yang dikuasai (*empowerment of the powerless*).

⁴⁴ Projono, O.S dan Pranarka, A.M.W., 1996, *Pemberdayaan: Konsep, Kebijakan dan Implementasi*, Jakarta: CSIS, hlm. 1-4.

Sebenarnya melalui pemberdayaan wakaf uang, maka dapat ditempuh jalan dengan upaya penguatan kepada yang lemah tanpa menghancurkan yang kuat. Pandangan ini adalah antitesis dari pandangan *power to nobody* dan pandangan *power to everybody*. Menurut pandangan ini, *Power to nobody* adalah kemustahilan dan *power to everybody* adalah *chaos* dan anarki. Oleh sebab itu, pandangan yang dinilai paling realistis adalah *power to powerless*.⁴⁵

Konsep pemberdayaan ekonomi dapat dikemukakan sebagai berikut:⁴⁶

- 1) Perekonomian rakyat adalah perekonomian nasional yang berakar pada potensi dan kekuatan masyarakat secara luas untuk menjalankan roda perekonomian mereka sendiri.
- 2) Pemberdayaan ekonomi umat adalah usaha untuk menjadikan ekonomi yang kuat, besar, modern, dan berdaya saing tinggi dalam mekanisme pasar yang benar. Maka, pemberdayaan ekonomi umat harus dimulai dari perubahan struktural.
- 3) Perubahan struktural yang dimaksud adalah perubahan dari ekonomi tradisional ke ekonomi modern, dari ekonomi lemah ke ekonomi kuat, dari ekonomi subsisten ke ekonomi pasar, dari ketergantungan ke kemandirian.
- 4) Pemberdayaan ekonomi rakyat, berarti adanya jaminan dalam kerjasama dan kemitraan yang erat antara yang telah maju dengan yang masih lemah dan belum berkembang.
- 5) Kebijakannya dalam pembedayaan ekonomi rakyat adalah: a. pemberian peluang atau akses yang lebih besar kepada aset produksi (khususnya modal); b.

⁴⁵ Mengenai ketiga pandangan ini (*power to nobody*, *power to everybody*, dan *power to powerless*) dapat dibaca pada tulisan A.M.W. Pranarka dan Vidhyandika Moeljarto, 1996, *Pemberdayaan: Konsep, Kebijakan dan Implementasi*, Jakarta: CSIS, hlm. 45-70.

⁴⁶ Gunawan Sumidiningrat, 1999, *Pemberdayaan Masyarakat dan Jaring Pengaman Sosial*, Jakarta: Gramedia, hlm. 65.

memperkuat posisi transaksi dan kemitraan usaha ekonomi rakyat, agar pelaku ekonomi rakyat bukan sekadar *price taker*; c. pelayanan pendidikan dan kesehatan; d. penguatan industri kecil; e. mendorong munculnya wirausaha baru; dan f. pemerataan spasial.

- 6) Kegiatan pemberdayaan masyarakat mencakup: a. peningkatan akses bantuan modal usaha; b. peningkatan akses pengembangan SDM; dan c. peningkatan akses ke sarana dan prasarana yang mendukung sosial ekonomi masyarakat lokal.

Pemahaman mengenai pemberdayaan dan pendayagunaan harta wakaf melalui investasi di kalangan umat semakin meluas. Semakin hari pemahaman tersebut terealisasi menjadi suatu langkah dalam mewujudkan pengelolaan wakaf yang produktif dan komprehensif guna meningkatkan kepentingan sosial ekonomi di masyarakat. Sebagai salah satu kegiatan investasi keagamaan, wakaf harus dikelola dan dimanfaatkan secara produktif dan secara profesional melalui investasi harta wakaf yang sesuai proporsinya, diharapkan dapat membantu laju tumbuh kembangnya perekonomian umat serta dapat memberikan keadilan dalam pemerataan distribusi pendapatan yang ada dalam masyarakat. Sehingga, kebermanfaatan penyaluran atau alokasi investasi dana wakaf akan terealisasi dengan semestinya.⁴⁷

1.6 Kerangka Teori

Dalam membahas permasalahan penelitian didasarkan pada kerangka teoritik yang merupakan landasan teoritis, sebagai wahana untuk mengidentifikasi teori

⁴⁷ Olif Aprilia, "Peningkatan Ekonomi Umat Melalui Investasi dan Kebermanfaatan Wakaf", http://www.kompasiana.com/olifaprillia21/peningkatan-ekonomi-umat-melalui-investasi-dan-kebermanfaatan-wakaf_58495f1f2b7a6131185ea451, diakses tanggal 10 Juli 2017.

hukum umum/khusus, konsep-konsep dan azas-azas hukum serta yang lainnya yang dipakai sebagai landasan untuk membahas permasalahan penelitian.⁴⁸

Sebagai suatu kegiatan ilmiah, maka dalam suatu penelitian diperlukan teori yang berupa asumsi, konsep, definisi dan proposisi untuk menerangkan suatu fenomena sosial secara sistematis dengan cara merumuskan hubungan antar konsep.⁴⁹ Hal ini dikemukakan oleh Jan Gijssels dan Mark Van Hoecke bahwa dalam teori hukum diperlukan suatu pandangan yang merupakan pendahuluan dan dianggap mutlak perlu ada sebagai dasar dari studi ilmu pengetahuan terhadap aturan hukum positif.⁵⁰ Suatu teori merupakan hubungan antar dua variable atau lebih yang telah diuji kebenarannya.⁵¹ Fungsi teori dalam suatu penelitian adalah untuk memberikan pengarahannya kepada penelitian yang akan dilakukan.⁵²

Ada 3 (tiga) teori penelitian hukum:

- 1) *Grand theory* (teori dasar), teori keseluruhan atau yang secara garis besar menjelaskan suatu permasalahan atau fakta hukum yang menjadi rujukan maupun penafsiran untuk *middle theory*, misalnya teori keadilan, teori kedaulatan Tuhan, teori kesejahteraan.
- 2) *Middle theory*, teori yang lebih fokus dan mendetail dari *grand theory* yang dipakai, misalnya: teori legislasi, teori good government, teori negara sejahtera.

⁴⁸ Supasti Dharmawan Ni Ketut, 2006, *Metodologi Penelitian Hukum Empiris*, Makalah Kedua dipresentasikan pada Lokakarya Pascasarjana Universitas Udayana.

⁴⁹ Burhan Ashshofa, 2004, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Rineka Cipta, hlm. 19.

⁵⁰ Jan Gijssels and Mark Van Hoecke, 1982, *Whats Is Rechtsteorie ?*, Nederland, hlm. 57.

⁵¹ Soerjono Soekanto, 2001, *Sosiologi Suatu Pengantar*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, hlm. 30.

⁵² Sutan Remy Sjahdeini, 1993, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank*, Sebagaimana dikutip dari Duane R. Monette, Thomas J. Sullivan, Corucl R. Dejong, 1986, *Applied Social Research*, New York, Chocago, San Francisco Holt, Rinehart and Winston Inc, hlm. 27.

- 3) *Applied theory*, teori yang berada di level mikro, misalnya: teori kesejahteraan, teori pembangunan, teori integrasi, teori rekayasa sosial, teori hukum progresif, teori hukum responsif, teori kritik.

Untuk menjelaskan rekonstruksi hukum terhadap undang-undang wakaf ini, promovendus menggunakan teori sebagai berikut:

- 1) Teori keadilan sebagai *grand theory*.
- 2) Teori legislasi dan negara sejahtera sebagai *middle theory*.
- 3) Teori hukum progresif dan istihsan sebagai *applied theory*.

1.6.1 Grand theory

Grand theory merupakan teori keseluruhan atau yang secara garis besar menjelaskan suatu permasalahan atau fakta hukum. Dalam penelitian disertasi ini, *grand theory* yang digunakan oleh peneliti yakni teori keadilan. Pembahasan mengenai teori keadilan akan diuraikan sebagai berikut:

1.6.1.1 Pengertian Teori Keadilan

Dari sekian banyak pengertian dan teori-teori yang dikemukakan para ahli, pada umumnya menyangkut mengenai hak dan kebebasan, peluang dan kekuasaan pendapat dan kemakmuran. Berbagai definisi keadilan yang menunjuk pada hal di atas antara lain dapat dilihat dari pengertian keadilan sebagai:⁵³

- 1) “*the constant and perpetual disposition to render every man his due*”;
- 2) “*the end of civil society*;

⁵³ *The Encyclopedia Americana*, Volume 16, 1972, New York: Americana Corporation, hlm. 263.

- 3) “*the right to obtain a hearing and decision by a court which is free of prejudice and improper influence*”;
- 4) “*all recognized equitable rights as well as technical legal right*”;
- 5) “*the dictate of right according to the consent of mankind generally*”;
- 6) “*conformity with the principle of integrity, rectitude and just dealing*”;

Pengertian yang sama dikemukakan oleh Rudolph Heimanson yang mendefinisikan keadilan sebagai: *redressing a wrong, finding a balance between legitimate but conflicting interest*⁵⁴. Definisi ini menggambarkan bahwa nilai keadilan melekat pada tujuan hukum. Ide keadilan dicerminkan oleh keputusan yang menentang dilakukannya hukuman yang kejam, melarang penghukuman untuk kedua kalinya terhadap kesalahan yang sama dan menolak pembentukan undang-undang yang menghapus hak-hak dan harta benda seseorang. Teori lain yang menyatakan bahwa keadilan melekat pada tujuan hukum dikemukakan oleh Tourtoulon⁵⁵ yang dengan tegas menyatakan “*lex injusta non est lex*” yaitu hukum yang tidak adil bukanlah hukum. Sebaliknya ide keadilan itu menuntut pemberian kepada setiap orang hak perlindungan dan pembelaan diri.

Keadilan merupakan suatu tindakan atau putusan yang diberikan terhadap suatu hal sesuai dengan ketentuan dan perundang-undangan yang berlaku. Adil asal katanya dari bahasa Arab ‘*adala*, yang maknanya adalah lurus, secara istilah berarti menempatkan sesuatu pada tempat/aturannya, lawan kata adil adalah zalim atau aniaya yaitu meletakkan sesuatu tidak pada tempatnya. Untuk bisa menempatkan

⁵⁴ Rudolf Heimanson, 1967, *Dictionary of Political Science and Law*, Massachusetts: Dobbs Fery Oceana Publication, hlm. 96.

⁵⁵ Radbruch & Dabin, 1950, *The Legal Philosophi*, New York: Harvard University Press, hlm. 432. Periksa juga Paul Siegart, 1986, *The Lawfull Right of Mankind an Introduction to the International Legal Code of Human Right*, Oxfort University Press, New York, hlm. 22.

sesuatu pada tempatnya, kita harus tahu aturan-aturan sesuatu itu tanpa tahu aturan-aturannya itu tidak mungkin seseorang dapat meletakkan sesuatu pada tempatnya.⁵⁶

Keadilan adalah kebijakan utama dalam institusi sosial, sebagaimana kebenaran dalam system pemikiran. suatu teori betapapun elegannya, harus ditolak atau direvisi jika ia tidak benar demikian juga hukum dan institusi, tidak peduli betapapun efisien dan rapinya, harus direformasi atau dihapuskan jika tidak adil.

1.6.1.2 Subjek Keadilan

Subyek utama keadilan adalah struktur dasar masyarakat, atau cara lembaga-lembaga sosial utama mendistribusikan hak dan kewajiban serta menentukan pembagian keuntungan dari kerjasama sosial.

Struktur dasar adalah subyek utama keadilan sebab efek-efeknya relatif besar dan tampak sejak awal. Konsep keadilan harus dipandang memberikan suatu standar bagaimana aspek-aspek struktur dasar masyarakat dapat diukur. Sebuah konsep utuh yang menentukan prinsip-prinsip bagi semua kebajikan struktur dasar adalah lebih dari sekedar konsep keadilan itu sendiri. Prinsip-prinsip keadilan hanyalah bagian dari konsepsi semacam itu, meskipun ia merupakan bagian utamanya.⁵⁷

1.6.1.3 Macam-macam Keadilan

1.6.1.4.1 Keadilan Legal atau Keadilan Moral

Keadilan legal atau keadilan moral adalah menyangkut hubungan antara hubungan individu atau kelompok dengan negara. intinya adalah semua orang atau kelompok masyarakat diperlakukan sama oleh Negara di hadapan hukum. Keadilan

⁵⁶ <http://taufananggriawan.wordpress.com/2011/11/17/pengertian-adil-dan-keadilan>, diakses tanggal 08 Juni 2017.

⁵⁷ John Rawls, 1995, *Theory of Justice*, Massachusetts: Harvard University Press, hlm. 7-12.

terwujud dalam masyarakat apabila setiap anggota masyarakat melakukan fungsinya secara baik menurut kemampuannya. Fungsi penguasa adalah membagi-bagikan fungsi-fungsi dalam negara kepada masing-masing orang sesuai dengan keserasian itu. setiap orang tidak mencampuri tugas dan urusan yang tidak cocok baginya.

1.6.1.4.2 Keadilan Distributif

Keadilan distributif berkenaan dengan penentuan hak dan pembagian hak yang adil dalam hubungan antara masyarakat dengan negara, jadi apa yang seharusnya diberikan oleh negara kepada warganya. Hak yang diberikan dapat berupa benda yang tak bisa dibagi (*undivided goods*) yakni kemanfaatan bersama misalnya perlindungan, fasilitas publik baik yang bersifat administratif maupun fisik dan berbagai hak lain, di mana warga negara atau warga masyarakat dapat menikmati tanpa harus mengganggu hak orang lain dalam proses penikmatan tersebut.

Selain itu, benda yang habis dibagi (*divided goods*) yaitu hak-hak atau benda-benda yang dapat ditentukan dan dapat diberikan demi pemenuhan kebutuhan individu pada warga dan keluarganya, sepanjang negara mampu untuk memberikan apa yang dibutuhkan para warganya secara adil, artinya dimana terdapat keadilan distributif, maka keadaan tersebut akan mendekati dengan apa yang disebut keadaan dimana tercapainya keadilan sosial bagi masyarakat. Distribusi yang adil merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebajikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.⁵⁸

Prinsip-prinsip keadilan distributif ada dua, yaitu meliputi:⁵⁹

- 1) Prinsip kebebasan yang sama, maksudnya setiap orang harus mempunyai hak yang sama atas sistem kebebasan dasar yang sama yang paling luas sesuai

⁵⁸ Pan Mohamad Faiz, 2009, *Teori Keadilan John Rawls*, dalam Jurnal Konstitusi, Volume 6 Nomor 1, hlm. 135.

⁵⁹ John Rawls, *Op.cit*, hlm. 72.

dengan sistem kebebasan serupa bagi semua. keadilan menuntut agar semua orang diakui, dihargai, dan dijamin haknya atas kebebasan secara bersama.

- 2) Prinsip perbedaan, yaitu ketidaksamaan sosial dan ekonomi harus diatur sehingga ketidaksamaan atau perbedaan itu dapat menguntungkan mereka yang kurang beruntung dan sesuai dengan tugas dan kedudukan yang terbuka bagi semua di bawah kondisi persamaan kesempatan yang sama.

1.6.1.4.3 Keadilan Kumulatif

Keadilan kumulatif merupakan keadilan yang menyangkut permasalahan penentuan hak yang adil diantara beberapa manusia pribadi yang setara, baik diantara manusia pribadi fisik maupun antara pribadi non fisik. Suatu perserikatan atau perkumpulan sepanjang tidak dalam arti hubungan antara lembaga tersebut dengan para anggotanya, akan tetapi hubungan antara perserikatan dengan perserikatan atau hubungan antara perserikatan dengan manusia fisik lainnya, maka penentuan hak yang adil dalam hubungan ini masuk dalam pengertian keadilan kumulatif.

Obyek dari hak pihak lain dalam keadilan kumulatif adalah apa yang menjadi hak milik seseorang dari awalnya dan harus kembali kepadanya dalam proses keadilan kumulatif. Obyek hak milik ini bermacam-macam mulai dari kepentingan fisik dan moral, hubungan dan kualitas dari berbagai hal, baik yang bersifat kekeluargaan maupun yang bersifat ekonomis, hasil kerja fisik dan intelektual, sampai kepada hal-hal yang semula belum dipunyai atau dimiliki akan tetapi kemudian diperoleh melalui cara-cara yang sah. Ini semua memberikan kewajiban kepada pihak lain untuk menghormatinya dan pemberian sanksi berupa ganti rugi bila hak tersebut dikurangi, dirusak atau dibuat tidak berfungsi sebagaimana mestinya.

Keadilan kumulatif ini bertujuan memelihara ketertiban masyarakat dan kesejahteraan umum. mengatur hubungan yang adil antara orang yang satu dengan yang lain atau warga negara satu dengan warga negara yang lain.

1.6.1.4 Gagasan Utama dalam Teori Keadilan

Pada dasarnya gagasan utama dari teori keadilan adalah menyajikan konsep keadilan yang menggeneralisasikan dan mengangkat teori kontrak sosial yang diutarakan oleh John Locke ke tingkat abstraksi yang lebih tinggi. John Locke menggunakan kontrak sosial dalam dua fungsi, yaitu: pertama, *pactum uniones*, yang merupakan perjanjian sosial dengan mana orang sepakat untuk bersatu ke dalam suatu masyarakat politik yang mana semua perjanjian tersebut sebagai kebutuhan, diadakan di antara individu yang masuk ke dalam atau membentuk masyarakat.

Bagi Locke, persetujuan mayoritas itu identik dengan suatu tindakan seluruh masyarakat, suatu persetujuan dimana setiap orang sepakat untuk bergabung dalam sebuah badan politik yang mewajibkan untuk tunduk pada mayoritas. Fungsi selanjutnya adalah *pactum subjectiones*, dengan nama mayoritas menanamkan kekuasaannya dalam suatu pemerintahan yang fungsinya adalah melindungi individu. Selama pemerintahan memenuhi janji ini, kekuasaannya tidak dapat dicabut.⁶⁰ Pada dasarnya, gagasan yang menandai keadilan itu adalah prinsip keadilan bagi struktur dasar masyarakat yang merupakan tujuan dari kesepakatan. Prinsip keadilan yang diterima orang-orang yang bebas dan rasional untuk mengejar kepentingan mereka ketika mendefinisikan kerangka dasar kelompok mereka.⁶¹

⁶⁰ W. Friedmann, 1996, *Teori dan Filsafat Hukum*, Terjemahan Muhammad Arifin, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, hlm. 80.

⁶¹ John Rawls, *Op.cit*, hlm. 12.

Pemikiran tentang keadilan mempunyai hubungan kuat dengan hukum, sejak lama sudah dikemukakan oleh Aristoteles dan Thomas Aquinas dengan mengatakan sebagai berikut:⁶² *Justice forms the substance of the law, but his heterogeneous substance is composed of three elements: an individual element: the suum cuique tribuere (individual justice): a social element: the changing foundation of prejudgments upon which civilization reposes at any given moment (social justice), and a political element, which is based upon the reason of the strongest, represented in the particular case by the state (justice of the state).*

Hal ini menunjukkan ada korelasi antara hukum dan keadilan, yaitu bahwa hukum diciptakan berdasarkan nilai-nilai atau kaidah-kaidah moral yang adil, yang sudah ada terlebih dahulu dan yang telah hidup dalam masyarakat, jadi tugas pembentuk undang-undang hanya merumuskan apa yang sudah ada. Sedangkan dilain pihak terdapat kemungkinan bahwa perumusan hukum itu sendiri hanya bersifat memberikan interpretasi, atau memberikan norma baru termasuk norma keadilan.

Hakekat keadilan adalah penilaian terhadap suatu perlakuan atau tindakan dengan mengkajinya dari suatu norma. Jadi dalam hal ini ada dua pihak yang terlibat, yaitu pihak yang membuat adanya perlakuan atau tindakan dan pihak lain yang dikenai tindakan itu, dalam pembahasan ini, pihak-pihak yang dimaksud adalah pihak penguasa atau pemerintah, sebagai pihak yang mengatur kehidupan masyarakat melalui instrumen hukum, dan pihak masyarakat sebagai pihak yang tata cara bertindaknya dalam negara diatur oleh ketentuan hukum.

Untuk memahami hukum yang mencerminkan rasa keadilan masyarakat, terlebih dahulu harus dipahami makna hukum yang sesungguhnya. Menurut

⁶² Radbruch & Dabin, *Loc.cit.*

pandangan yang dianut dalam literatur ilmu hukum, makna hukum itu ialah mewujudkan keadilan dalam kehidupan manusia. Makna ini akan tercapai dengan dimasukkannya prinsip-prinsip keadilan dalam peraturan hidup bersama tersebut. Hukum yang dimaksud di sini adalah hukum positif yang merupakan realisasi dari prinsip-prinsip keadilan.

Dengan dibangunnya hukum di atas prinsip-prinsip keadilan, maka keadilan itu dapat disebut sebagai prinsip hukum atau ide hukum. Hal ini sesuai dengan ajaran Immanuel Kant yang mengatakan bahwa keadilan itu bertitik tolak dari martabat manusia. Dengan demikian pembentukan hukum harus mencerminkan rasa keadilan dan bertujuan untuk melindungi martabat manusia. Keadilan merupakan prinsip normatif fundamental bagi negara⁶³.

Berkaitan dengan hal tersebut, maka kriteria prinsip keadilan, merupakan hal yang mendasar dan bersifat fundamental, sebab semua negara di dunia ini selalu berusaha menerapkan prinsip-prinsip keadilan dalam pembentukan hukumnya. Negara-negara modern penekanan terhadap prinsip keadilan diberikan dengan menyatakan bahwa tujuan hukum yang sebenarnya adalah untuk menciptakan keadilan dalam masyarakat. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa hukum yang mewujudkan keadilan itu mutlak diperlukan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, tanpa adanya hukum hidup manusia menjadi tidak teratur dan manusia kehilangan kemungkinan untuk berkembang secara manusiawi.

Teori lain yang berbicara tentang keadilan adalah teori yang dikemukakan oleh John Rawls,⁶⁴ yang menyatakan ada tiga solusi bagi problema keadilan. Pertama,

⁶³ Franz Magniz Suseno, 2003, *Etika Politik*, cetakan ke-tiga, Jakarta: Gramedia, hlm. 334.

⁶⁴ John Rawls, 2006, *Teori Keadilan Dasar-dasar Filsafat Politik Untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara*, (judul asli *A Theory of Justice*), Terjemahan Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hlm. 502.

prinsip kebebasan yang sama bagi setiap orang (*principle of greatest equal liberty*), tentang hal ini dirumuskan oleh John Rawls sebagai berikut: *Each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty of theirs*. Rumusan ini mengacu pada rumusan Aristoteles tentang kesamaan, oleh karenanya juga kesamaan dalam memperoleh hak dan penggunaannya berdasarkan hukum alam. Penentuan hak atau keadilan yang diterapkan adalah keadilan yang memperhatikan lingkungan sosial atau harus merupakan keadilan sosial.

Kedua, prinsip perbedaan (*the difference principle*), yang dirumuskannya sebagai berikut: *Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and office open to all*.⁶⁵ Rumusan ini merupakan modifikasi atau imbalan terhadap rumusan pertama yang menghendaki persamaan terhadap semua orang, modifikasi ini berlaku apabila memberi manfaat kepada setiap orang. Selain itu rumusan ini juga ditujukan untuk masyarakat modern yang sudah memiliki tatanan yang lengkap. Jadi perbedaan sosial ekonomi, harus diatur agar memberi manfaat bagi warga yang kurang beruntung. Ketiga, prinsip persamaan yang adil untuk memperoleh kesempatan bagi setiap orang (*the principle of fair equality of opportunity*), yaitu ketidaksamaan ekonomi harus diatur sedemikian rupa agar memberi kesempatan bagi setiap orang untuk menikmatikannya.

Prinsip persamaan ini lebih lanjut dikemukakan oleh W. Friedmann⁶⁶ sebagai berikut: *"In a formal and general sense equality, is a postulate of justice. Aristoteles "distributive justice" demands the equal treatment of those equal before the law. This*

⁶⁵ *Ibid*, hlm. 303.

⁶⁶ W. Friedmann, 1971, *The State and The Rule of Law in Mix Economy*, London: Steven & Son, hlm. 385.

like any general formula of justice is however, applicable to any form of government or society; for it leaves it to a particular legal order to determine who are equal before the law... Equality in rights, as postulated by the extension of individual rights, ini principle, to all citizens distinct from a priveleged minority”.

Pada pokoknya pandangan yang dikemukakan Friedman tersebut mengandung dua pengertian, yaitu:

Pertama, persamaan dipandang sebagai unsur keadilan, di dalamnya terkandung nilai-nilai universal dan keadilan tersebut pada satu sisi dapat diartikan sama dengan hukum, hal ini dapat dilihat dari istilah “*justice*” yang berarti hukum, akan tetapi pada sisi lain, keadilan juga merupakan tujuan hukum. Dalam mencapai tujuan tersebut, keadilan dipandang sebagai sikap tidak memihak (*impartiality*). Sikap inilah yang mengandung gagasan mengenai persamaan (*equality*) yaitu persamaan perlakuan yang adil terhadap semua orang.

Kedua, persamaan merupakan hak. Persamaan sebagai hak dapat dilihat dari ketentuan *The Universal Declaration Human Rights 1948*, maupun dalam *International Covenant on Economic, Socialo and Cultural Rights 1966* dan *International Covenant on Civil and Political Rights 1966*. Demikian pula halnya di dalam Pasal 27 UUD 1945. Pengertian ini pada dasarnya menempatkan persamaan dan kebebasan yang meliputi kepentingan dan tujuan dari hak itu ditetapkan dalam suatu hubungan. Sejalan dengan itu apabila kita berbicara tentang hukum, berarti kita juga berbicara tentang keadilan. Hukum adalah suatu yang mengikat dan bila ikatan itu dikaitkan dengan manusia maka ikatan itu harus mencerminkan rasa keadilan. Oleh karena itu pengaturan hak dan kebebasan warga harus dibangun di atas prinsip-prinsip keadilan yang berdasarkan Pancasila.

Indonesia adalah negara yang berdasarkan atas hukum, UUD 1945 sebagai hukum dasar menempatkan hukum pada posisi yang menentukan dalam sistem ketatanegaraan Indonesia. Dalam kaitan itu, konsep kenegaraan Indonesia antara lain menentukan bahwa pemerintah menganut paham konstiusional, yaitu suatu pemerintahan yang dibatasi oleh ketentuan yang termuat dalam konstitusi. Pada negara yang bersistem konstitusi atau berdasarkan hukum dasar, terdapat hirarki perundangan, dimana UUD berada di puncak piramida sedangkan ketentuan yang lain berada di bawah konstitusi. Konstitusi yang demikian ini dikenal dengan “*stufenbau theory*” Hans Kelsen.

Hans Kelsen mengemukakan tentang tertib hukum ini dalam proses pembentukan hukum yang bersifat hirarkis dan dinamis. Tertib hukum itu menurut Hans Kelsen,⁶⁷ disebut sebagai : *The legal order is a system of norm. The question then arises: what is it that makes a system out of multitudes of norm? This question in close connection with the question as to the reason of validity of a norm.*

Menurutnya tertib hukum itu sebagai suatu “*stufenbau*” dari beberapa tangga pembentukan hukum. Pembentukan hukum oleh tingkat yang lebih rendah, yaitu pembentukan hukum yang kepadanya telah didelegasikan wewenang untuk itu, menurut pandangan Kelsen bergantung pada adanya suatu pembentukan hukum yang lebih tinggi, yaitu pembentukan hukum oleh yang mendelegasikan. Berlakunya keseluruhan tertib hukum itu dikembalikan pada suatu “*grundnorm*”.

Kelsen menyebutkan: *A norm the validity of which cannot be derived from a superior norm we call a “basic” norm. all norms whose validity may be traced to one*

⁶⁷ Hans Kelsen, 1991, *General Theory of Law and State*, New York: Harvard University Press, hlm. 110.

*and the same basic norm a system of norms, or an order*⁶⁸. Melalui “*grundnorm*” ini terjadi kesatuan di dalam proses pembentukan hukum yang dinamis dan di dalam tertib hukum yang memang ditimbulkan oleh “*grundnorm*” tersebut.

Dapat dipahami bahwa “*grundnorm*” adalah norma dasar yang keberadaan dan keabsahannya bukan bagian dari hukum positif, tetapi merupakan sumber dari hukum positif. Pandangan Kelsen tentang “*grundnorm*” bukan merupakan sesuatu yang berbentuk tertulis akan tetapi merupakan: *One may describe the Grundnorm as a constitution in the transcendental-logical sense, as distinct from the constitution in the positive legal sense. The latter is the contitution posited by human acts of will, the vailidity of which is based on the assumed (vorausgesertzte) basic norm.*⁶⁹

Lebih jelas lagi jika diperhatikan bahwa apa yang disebutnya sebagai berikut: *The basic norm is not created in a legal procedure by a law creating organ... by a legal cat ... it is valid becouse it is presupposed to be valid: and it is presupposed to valid becouse without this presupposition no human act could be interpreted as a legal, especially as a norm creating, act.*⁷⁰

Selain daripada itu, Hans Kelsen dalam bukunya *general theory of law and state*, berpandangan bahwa hukum sebagai tatanan sosial yang dapat dinyatakan adil apabila dapat mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagiaan di dalamnya.⁷¹ Pemikiran keadilan Hans Kelsen menganut aliran positifisme, mengakui juga kebenaran dari hukum alam. Sehingga

⁶⁸ *Ibid*, hlm. 112.

⁶⁹ David Kayris, 2002, *The Politics of Law, A Progressive Critique*, New York: Pintheon Books, hlm. 221.

⁷⁰ Hans Kelsen, *Op.cit.*, hlm. 114.

⁷¹ Hans Kelsen, 2011, *General Theory of Law and State*, Terjemahan Rasisul Muttaqien, Bandung: Nusa Media, hlm. 7.

pemikirannya terhadap konsep keadilan menimbulkan dualisme antara hukum positif dan hukum alam. Menurut Hans Kelsen:

“Dualisme antara hukum positif dan hukum alam menjadikan karakteristik dari hukum alam mirip dengan dualisme metafisika tentang dunia realitas dan dunia ide model Plato. Inti dari filsafat Plato ini adalah doktrinnya tentang dunia ide. Yang mengandung karakteristik mendalam. Dunia dibagi menjadi dua bidang yang berbeda: yang pertama adalah dunia kasat mata yang dapat di tangkap melalui indera yang disebut realitas; yang kedua dunia ide yang tidak tampak.”⁷²

Dua konsep keadilan yang dikemukakan oleh Hans Kelsen: pertama, tentang keadilan dan perdamaian. Keadilan yang bersumber dari cita-cita irasional. Keadilan dirasionalkan melalui pengetahuan yang dapat berwujud suatu kepentingan-kepentingan yang pada akhirnya menimbulkan suatu konflik kepentingan. Penyelesaian atas konflik kepentingan tersebut dapat dicapai melalui suatu tataaturan yang memuaskan salah satu kepentingan dengan mengorbankan kepentingan yang lain atau dengan berusaha mencapai suatu kompromi menuju suatu perdamaian bagi semua kepentingan. Kedua, konsep keadilan dan legalitas. Untuk menegakkan di atas dasar suatu yang kokoh dari suatu tananan sosial tertentu, menurut Hans Kelsen pengertian “keadilan” bermaknakan legalitas. Suatu peraturan adalah “adil” jika ia benar-benar diterapkan, sementara itu suatu peraturan adalah “tidak adil” jika diterapkan pada suatu kasus dan tidak diterapkan pada kasus lain yang serupa.⁷³

Konsep keadilan dan legalitas inilah yang diterapkan dalam hukum nasional bangsa Indonesia, yang memaknai bahwa peraturan hukum nasional dapat dijadikan sebagai payung hukum (*law umbrella*) bagi peraturan peraturan hukum nasional

⁷² *Ibid*, hlm. 14, lihat dan bandingkan Filsuf Plato dengan Doktrinnya tentang Dunia Ide.

⁷³ *Ibid*, hlm. 16.

lainnya sesuai tingkat dan derajatnya dan peraturan hukum itu memiliki daya ikat terhadap materi-materi yang dimuat dalam peraturan hukum tersebut.⁷⁴

Indonesia telah mengenal tata urutan perundang-undangan menurut Stufenbau theory Hans Kelsen. Hal ini dapat dilihat dalam UU No. 10 Tahun 2004 dan kemudian diganti dengan UU No. 12 Tahun 2011, dari beberapa ketentuan tersebut ada satu persamaan yaitu bahwa semua peraturan hukum yang berlaku tidak boleh bertentangan dengan ketentuan hukum yang lebih tinggi sesuai dengan tata urutan perundang-undangan.

Mengikuti pemikiran Hans Kelsen, maka dapat dilihat bahwa Pancasila berkedudukan sebagai landasan unsur konstitutif dan regulatif, sebagai *Grundnorm* sumbernya dari segala sumber hukum dan landasan filosofis dari bangunan hukum nasional, dan pelbagai manifestasi budaya Indonesia yang memancarkan dan menghadirkan “*Geislichen Hintergrund*” yang khas.⁷⁵ Dilihat dari apa yang dikemukakan oleh Hans Kelsen dengan teori hukum murni, secara tegas memisahkan hukum dengan moral. Karena teori ini mengatakan; suatu analisis tentang struktur hukum positif yang dilakukan se-eksak mungkin, suatu analisis yang bebas dari semua pendapat etik atau politik mengenai nilai.⁷⁶ Akan tetapi teori hukum murni tersebut tidak mungkin menjelaskan Pancasila sebagai *Grundnorm*.

Pada sisi lain Pancasila sebagai pedoman hidup bangsa, di dalamnya terkandung sistem nilai yang kemudian berkelanjutan menjadi norma-norma kehidupan. Nilai diartikan oleh Mc Cracken⁷⁷ sebagai: “*value is that aspect of a fact*

⁷⁴ *Ibid*, hlm. 17.

⁷⁵ Padmo Wahyono, 1999, *Indonesia Negara Berdasarkan Atas Hukum*, Jakarta: Ghalia Indonesia, hlm. 214.

⁷⁶ C.K. Allen, 1994, *Law in the Making*, New York: Harvard University Press, hlm. 52.

⁷⁷ Mc Cracken, 1990, *Thinking and Voluing; An Introduction Portly Histrorical, to the Study of the Philosophy of Value*, London: Mac Millan, London, hlm. 25.

or experience in virtue of which it is seen to contain in its nature or essence the sufficient reason for its existence as such a determinate fact or experience, or the sufficient reason for its being regarded as an end for practice or contemplation”.

Senada dengan itu, Notonagoro⁷⁸ mengatakan : ... Pancasila bukan hanya satu konsepsi politis, akan tetapi buah hasil perenungan jiwa yang dalam, buah hasil penyelidikan cipta yang teratur dan seksama di atas basis pengetahuan dan pengalaman yang luas. Dengan demikian Pancasila dalam keseluruhan artinya adalah nilai-nilai kejiwaan bangsa, hasrat keinginan yang mendalam dari bangsa, ikatan antara jiwa bangsa dan kenyataan hidup.

Dalam kaitan ini, Flew menyatakan:⁷⁹ *About what things in the world are good, desirable, and important.* Jadi nilai merupakan sesuatu yang berkaitan dengan yang dipandang baik, diperlukan dan penting bagi kehidupan. Dari rumusan tersebut dapat diketahui bahwa nilai memiliki karakteristik baik, bersahaja dan penting. Karakteristik lain tentang nilai dikemukakan oleh The Lie Anggie⁸⁰ sebagai berikut:

- 1) Dari perkataan nilai dapat dilihat dari sudut kata kerja (menilai) atau dilihat dari sudut kata sifat (bernilai), atau dilihat dari sudut kata benda (suatu nilai), dan sebagainya.
- 2) Nilai adalah merupakan dasar suatu perbuatan atau pilihan.
- 3) Nilai itu sendiri sering dikatakan merupakan suatu pilihan
- 4) Pada situasi tertentu setiap orang dapat berselisih dalam mempertimbangkan suatu nilai.

⁷⁸ Notonagoro dalam Roeslah Saleh, 1999, *Penjabaran Pancasila ke Dalam UUD 1945 Dalam Perundang-undangan*, Jakarta: Aksara Baru, hlm. 31.

⁷⁹ Antony Flew, 2000, *A Dictionary of Philosophy*, London: Pan Books, hlm. 465.

⁸⁰ The Liang Gie, 2002, *Teori-teori Keadilan*, Yogyakarta: Sumber Sukses, hlm. 127.

- 5) Nilai dapat dibedakan ke dalam dua macam, yaitu nilai intrinsik dan nilai instrumental.
- 6) Nilai berkaitan dengan hal yang positif dan yang negatif, yaitu berkaitan dengan kebaikan dan kejahatan.
- 7) Penilaian kapan saja berkaitan dengan kehidupan.

Selain dari pada itu, menurut Koesneo⁸¹ bahwa di dalam hidup manusia, nilai-nilai banyak ragam dan macamnya, ada nilai kebenaran, nilai kesusilaan, nilai keindahan dan ada nilai hukum. Sistem nilai ini secara teoritis dan konseptual disusun sedemikian rupa, sehingga menjadi suatu jalinan pemikiran yang logis. Berdasarkan hal ini, maka Pancasila mengharuskan tertib hukum Indonesia sesuai dengan norma-norma moral, kesusilaan, etika dan sebagainya. Ini menunjukkan bahwa selain mengandung nilai moral Pancasila juga mengandung nilai politik.

Moh. Hatta sebagaimana dikutip Ruslan Saleh⁸² mengatakan bahwa Pancasila terdiri atas dua fundamen yaitu fundamen politik dan fundamen moral. Dengan meletakkan fundamen moral di atas, negara dan pemerintahannya memperoleh dasar yang kokoh, yang memerintahkan berbuat benar, melaksanakan keadilan, kebaikan dan kejujuran serta persaudaraan keluar dan ke dalam. Dengan fundamen politik pemerintahan yang berpegang pada moral yang tinggi diciptakan tercapainya suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Mengacu pada pemikiran Moh. Hatta di atas, dapat disimpulkan bahwa Pancasila bukan hanya norma dasar dari kehidupan hukum nasional, tetapi juga merupakan norma dasar dari norma-norma lain, seperti norma moral, norma

⁸¹ Moch. Koesneo, 1997, *Pengantar Ke Arah Filsafat Hukum*, Surabaya: Ubhara Press, hlm. 71.

⁸² Ruslan Saleh, 1979, *Penjabaran Pancasila ke Dalam UUD 1945 Dalam Perundang-undangan*, Jakarta: Aksara Baru, hlm. 45.

kesusilaan, norma etika dan nilai-nilai. Pancasila juga mengharuskan agar tertib hukum serasi dengan norma moral, sesuai dengan norma kesusilaan dan norma etika yang merupakan pedoman bagi setiap warga negara untuk bertingkah laku.

Pada prinsipnya, hukum itu merupakan sesuatu yang abstrak, tidak dapat dilihat dan tidak dapat diraba, yang dapat dilihat adalah tingkah laku manusia sehari-hari, lebih tepat lagi tingkah laku hukum manusia. Melalui penormaan tingkah laku, hukum memasuki semua aspek kehidupan manusia, seperti yang dikatakan Steven Vago⁸³; “*The normative life of the state and its citizens*”. Agar supaya tingkah laku ini diwarnai oleh nilai-nilai Pancasila, maka norma hukum positif yang berlaku di Indonesia harus bernapaskan Pancasila.

Berangkat dari pemikiran yang menjadi issue para pencari keadilan terhadap problema yang paling sering menjadi diskursus adalah mengenai persoalan keadilan dalam kaitannya dengan hukum. Hal ini dikarenakan hukum atau suatu bentuk peraturan perundang-undangan⁸⁴ yang diterapkan dan diterimanya dengan pandangan yang berbeda, pandangan yang menganggap hukum itu telah adil dan sebaliknya hukum itu tidak adil. Keadilan hanya dapat dipahami jika ia diposisikan sebagai keadaan yang hendak diwujudkan oleh hukum. Upaya untuk mewujudkan keadilan dalam hukum tersebut merupakan proses yang dinamis yang memakan banyak waktu. Upaya ini seringkali juga didominasi oleh kekuatan-kekuatan yang bertarung dalam kerangka umum tatanan politik untuk mengaktualisasikannya.⁸⁵

⁸³ Steven Vago, 1991, *Law and Society*, New Jersey: Prentice Hall, Inc., hlm. 9.

⁸⁴ A. Hamid S. Attamimi, 2007, Dikembangkan oleh Maria Farida Indrati S, dari Perkuliahan *Ilmu PerUndang-undangan, Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, Yogyakarta: Kanisius.

⁸⁵ Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arief Sidharta, 2000, *Pengantar Ilmu Hukum, Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Bandung: Alumni, hlm. 4.

Menurut Islam, sebagaimana yang dikemukakan oleh Murtadha Muthahhari, bahwa konsep adil dikenal dalam empat hal; *pertama*, adil bermakna keseimbangan dalam arti suatu masyarakat yang ingin tetap bertahan dan mapan, maka masyarakat tersebut harus berada dalam keadaan seimbang, di mana segala sesuatu yang ada di dalamnya harus eksis dengan kadar semestinya dan bukan dengan kadar yang sama. Keseimbangan sosial mengharuskan kita melihat neraca kebutuhan dengan pandangan yang relatif melalui penentuan keseimbangan yang relevan dengan menerapkan potensi yang semestinya terhadap keseimbangan tersebut.⁸⁶

Hukum adalah himpunan petunjuk hidup (perintah-perintah dan larangan-larangan) yang mengatur tata tertib dalam sesuatu masyarakat, dan seharusnya ditaati oleh anggota masyarakat yang bersangkutan, oleh karena pelanggaran petunjuk hidup tersebut dapat menimbulkan tindakan dari pihak pemerintah masyarakat itu.⁸⁷ Menurut Siti Musdah Mulia, hukum adalah aturan-aturan normatif yang mengatur pola perilaku manusia. Hukum tidak tumbuh di ruang vakum (kosong), melainkan tumbuh dari kesadaran masyarakat yang membutuhkan adanya suatu aturan bersama.⁸⁸ Sedangkan hukum Islam oleh TM.Hasbi Ash Shiddieqy sebagaimana dikutip oleh Ismail Muhammad Syah dirumuskan sebagai koleksi daya upaya para ahli hukum untuk menerapkan syari'at atas kebutuhan masyarakat.⁸⁹

Dalam kaitannya dengan aspek hukum, bahwa keadilan hukum Islam bersumber dari Tuhan yang Maha Adil, karena pada hakikatnya Allah-lah yang

⁸⁶ Murtadha Muthahhari, 1995, *Keadilan Ilahi: Azas Pandangan Dunia Islam*, Bandung: Mizan, hlm. 53-58.

⁸⁷ E. Utrecht, 1966, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Jakarta: Balai Buku Ihtiar, hlm. 13.

⁸⁸ Siti Musdah Mulia, 2005, "Pembaruan Hukum Keluarga Islam di Indonesia", dalam *Komaruddin Hidayat dan Ahmad Gaus AF (Editor), Islam Negara dan Civil Society*, Jakarta: Paramadina, hlm. 302.

⁸⁹ Ismail Muhammad Syah, 1992, *Filsafat Hukum Islam*, Jakarta: Bumi Aksara, hlm. 19.

menegakkan keadilan (*quiman bilqisth*), maka harus diyakini bahwa Allah tidak berlaku aniaya (zalim) kepada hamba-hamba-Nya (Q.S. 10/Yunus: 449).

Adil dalam pengertian persamaan (*Equality*), yaitu persamaan dalam hak, tanpa membedakan siapa; dari mana orang yang akan diberikan sesuatu keputusan oleh orang yang diserahkan menegakkan keadilan (Q.S. 4/al-Nisaa: 58). Ketegasan prinsip keadilan tersebut dijelaskan oleh salah satu ayat al-Qur'an Q.S. 57/al-Hadid:25. Pada ayat itu, terdapat kata *mizan* (keadilan) dengan *hadid* (besi). Besi adalah suatu benda yang keras, dan dijadikan sebagai senjata.

Demikian pula halnya hukum dan keadilan harus ditegakkan dengan cara apapun, jika perlu dengan paksa dan dengan kekerasan, agar yang bersalah atau yang batil harus menerima akibatnya berupa sanksi atau kenistaan, sedangkan yang benar atau yang hak dapat menerima haknya.⁹⁰ Penegakan keadilan secara adil dan merata tanpa pilih bulu adalah menjadi keharusan utama dalam bidang peradilan, walaupun berkaitan dengan diri sendiri, keluarga dekat, atau orang-orang yang memiliki pengaruh atau kekuasaan, sebagaimana dikemukakan secara gamblang dalam surat an-Nisa ayat 135.⁹¹

Konsep model konstitusi Islam yang ideal yang mengatur hak dan kewajiban berdasarkan keadilan. Di antara isi konsep institusi itu adalah (1) setiap orang berhak mendapat perlindungan bagi kebebasan pribadinya. (2) setiap orang berhak memperoleh makanan, perumahan, pakaian pendidikan dan perawatan medis. Negara harus mengambil semua langkah yang diperlukan untuk menyediakan fasilitas untuk itu sesuai dengan kemampuan. (3) setiap orang berhak mempunyai pikiran,

⁹⁰ Muhammad Tahir Azhari, 2003, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Priode Negara Madinah dan Masa Kini*, Jakarta: Prenada Media, hlm. 117 – 124.

⁹¹ Didin Hafidhuddin, 2000, *Dakwah Aktual*, Jakarta: Gema Insani, hlm. 215.

mengemukakan pendapat dan kepercayaan selama ia masih berada dalam batas-batas yang ditetapkan oleh hukum. (4) semua orang sama kedudukannya dalam hukum. (5) semua orang dengan kemampuan yang sama berhak atas kesempatan yang sama, dan penghasilan yang sama atas pekerjaan yang sama, tanpa membedakan agama, etnis, asal-usul dan sebagainya (6) setiap orang dianggap tidak bersalah sampai akhirnya dinyatakan bersalah oleh pengadilan, dan beberapa hak dan kewajiban yang menyangkut aspek sosial, politik, ekonomi, keamanan dan sebagainya.⁹²

Salah satu sumbangan terbesar Islam kepada umat manusia adalah prinsip keadilan sosial dalam setiap aspek kehidupan manusia. Islam memberikan suatu aturan yang dapat dilaksanakan oleh semua orang yang beriman. Setiap anggota masyarakat didorong untuk memperbaiki kehidupan material masyarakat tanpa membedakan bentuk, keturunan dan jenis orangnya. Setiap orang dipandang sama untuk diberi kesempatan dalam mengembangkan seluruh potensi hidupnya.⁹³

1.6.2 *Middle theory*

Middle theory merupakan teori yang lebih focus dan mendetail dari *grand theory* yang dipakai. Dalam penelitian disertasi ini, *Middle theory* yang digunakan oleh promovendus yakni teori legislasi dan teori Negara sejahtera.

1.6.2.1 Teori tentang Legislasi

Teori Legislasi merupakan teori yang mengkaji dan menganalisis tentang cara atau teknik pembentukan perundang-undangan yang mencakup tahapan perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan, atau penetapan dan pengundangannya. Teori

⁹² Abdurrachman Qadir, 1998, *Zakat Dalam Dimensi Mahdah dan Sosial*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, hlm. 133 – 134.

⁹³ Afzalur Rahman, 1995, *Doktrin Ekonomi Islam, jilid 1*, Terjemahan Soeroyo, Nastangin, Yogyakarta: PT. Dana Bhakti Wakaf, hlm. 74.

ini digunakan untuk mengkaji dan menganalisis, apakah peraturan perundang-undangan yang dibuat dan ditetapkan telah sesuai dengan teori legislasi, misalnya apakah undang-undang yang dibuat itu sesuai dengan hierarki peraturan perundang-undangan atau tidak.⁹⁴

Peter Noll dalam gagasannya,⁹⁵ telah memberikan perhatian dan pengaruh yang sangat besar terhadap studi keilmuan tentang fenomena legislasi.⁹⁶ Noll melihat bahwa teori hukum secara eksklusif terfokus pada adjudikasi, sementara legislasi tidak menjadi perhatian. Ilmu hukum secara terbatas hanya menerangkan dengan apa yang disebut Noll sebagai “*a science of the application of rules*”, yang lebih memfokuskan penerapan hukum oleh hakim. Padahal, menurutnya, kreasi para legislator, atau *judicial process* dan *legislative process*, sesungguhnya melakukan hal yang sama.⁹⁷

Teori legislasi atau teori perundang-undangan menunjuk kepada cabang, bagian, segi atau sisi dari ilmu perundang-undangan yang bersifat kognitif dan berorientasi pada mengusahakan kejelasan atau memberi pemahaman, khususnya pemahaman yang bersifat mendasar di bidang perundang-undangan. Karakter teori

⁹⁴ HLM. Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, 2014, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, hlm. 33.

⁹⁵ Peter Noll, 1973, “*Gesetzgebungslehre*”, Rohwolt, Reinbek, hlm. 314. Juhaya S.Praja, 2012, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Bandung: Pustaka Setia, hlm. 142-143. Salah satu gagasan awalnya adalah merefleksikan kembali fungsi legislasi oleh parlemen dalam mengawal kinerja eksekutif melalui peraturan perundangan yang sesuai dengan tuntutan zaman. Di samping itu, ia juga memberi perhatian khusus pada ilmu hukum yang hanya sebatas digunakan para hakim dalam memutuskan perkara.

⁹⁶ Dalam sejarah pembentukan hukum di dunia Islam, istilah legislasi ‘setara’ dengan *taqin*. *Taqin* mulai diperkenalkan oleh Sulaeman al-Qanuni. Pada masa Turki Utsmani, istilah *taqin-qanun* mengalami kemajuan dengan diperkenalkannya istilah *tanzim* (*era tanzimat*). Dalam konteks Indonesia, maka *tanzim* dapat dipahami sebagai upaya pemberlakuan hukum Islam dalam sistem hukum nasional.

⁹⁷ Fakta yang menjelaskan bahwa teori hukum dalam legislasi tidak terlalu penting, terlihat sebagaimana pandangan J. Lendis, 1934, “*Statutes and the Sources of Law*”, dalam “*Harvard Legal Essays Written in Honor and Presented to Joseph Hendri Beale and Samuel Wiliston*”. Harvard University Press, Cambridge, Mass, hlm. 230. dalam buku tersebut disebutkan: “*the interplay between legislation and adjudication has been generally explored from the standpoint of interpretation. The function of legislature...has been largely ignored.*”

perundang-undangan suatu negara sangat terkait sekali dengan sistem pemerintahan dari negara itu sendiri. fungsi perundang-undangan bukan hanya memberi bentuk kepada pendapat nilai-nilai dan norma-norma yang berlaku hidup dalam masyarakat, dan juga bukan hanya sekedar produk fungsi negara di bidang pengaturan. Kekuasaan pembentuk undang-undang, hendaknya berusaha memberi bentuk terhadap perubahan moral masyarakat dan watak bangsa sesuai dengan yang dicita-citakan.

Kekuasaan pembentuk undang-undang kini tidak lagi “berjalan di belakang” mengikuti atau membuntuti perkembangan masyarakat tetapi “berjalan di depan” membimbing dan memimpin perkembangan masyarakat. Pembentuk undang-undang tidak lagi mengarah kepada upaya melakukan “kodifikasi” melainkan “modifikasi”.⁹⁸ Dalam melakukan modifikasi, pembentuk undang-undang harus benar-benar memperhatikan hirarki perundang-undangan dan berbagai karakter produk hukum yang dibentuknya, di antaranya yaitu responsif, otonom atau represif.

Adapun kodifikasi merupakan penyusunan dan penetapan peraturan-peraturan hukum dalam kitab undang-undang secara sistematis mengenai bidang hukum yang agak luas.⁹⁹ Kodifikasi menjadikan peraturan-peraturan dalam suatu bidang tertentu, yang tersebar, terhimpun dalam suatu kitab yang terstruktur sehingga mudah ditemukan. Bentuk hukumnya diperbaharui namun isinya diambilkan dari hukum yang sudah ada atau yang masih berlaku. Kodifikasi ini berkembang terlebih dahulu di wilayah Eropa Kontinental yang memang saat itu sedang berkembang teori hukum

⁹⁸ Hamid S. Attamimi, 1992, *Teori Perundang-undangan Indonesia: Suatu Sisi Ilmu Pengetahuan Perundang-undangan Indonesia yang Menjelaskan dan Menjernihkan Pemahaman*, “Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar”, Jakarta: FHUI, hlm. 116-117

⁹⁹ S.J. Fockema Andreae, 1985, *Juridisch Woordenboek*, - Mr.N.E. Algra en Mr. H,R.W. Gokkel, *vijfde druk*, Samson H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn.

positif (legisme) yang lebih mengutamakan hukum bentukan pemerintah,¹⁰⁰ dan negara yang menerapkan sistem ini adalah Perancis, Jerman, dan Belanda.

Konsep pembentukan peraturan perundang-undangan merupakan rencana dalam membentuk hukum. Hukum pada hakekatnya adalah produk penilaian akal-budi yang berakar dalam hati nurani manusia tentang keadilan berkenaan dengan perilaku manusia dan situasi kehidupan manusia. Penghayatan tentang keadilan memunculkan penilaian bahwa dalam situasi kemasyarakatan tertentu, orang seyogyanya berperilaku dengan cara tertentu, karena hal itu adil atau memenuhi rasa keadilan.¹⁰¹ Keadilan merupakan nilai abstrak yang perlu perwujudan dalam bentuk norma hukum sebagai sarana untuk mewujudkan nilai-nilai tersebut dalam kehidupan bermasyarakat.¹⁰² Perwujudan nilai-nilai norma hukum dalam masyarakat terbentuk melalui aturan perundang-undangan.

Menurut Sajipto Rahardjo, dalam proses pembuatan rancangan undang-undang harus memperhatikan peran dari asas hukum. Asas hukum memberikan arah yang dibutuhkan. Di waktu-waktu yang akan datang masalah dan bidang yang diatur pasti semakin bertambah. Maka pada waktu hukum atau undang-undang dikembangkan, asas hukum memberikan tuntunan dengan cara bagaimana dan ke arah mana sistem tersebut akan dikembangkan.¹⁰³

Dalam membentuk dan menerapkan sebuah peraturan perundangan di pegang beberapa prinsip: *Pertama*, Peraturan yang lebih tinggi mengalahkan peraturan yang

¹⁰⁰ H. Rosjidi Ranggawidjaja, 1998, *Pengantar Ilmu Perundang-undangan Indonesia*, Bandung: PT. Mandar Maju, hlm. 13.

¹⁰¹ Bernard Arief Sidharta, 2010, *Ilmu Hukum Indonesia*, Bandung: FH Unika Parahyangan, hlm. 88.

¹⁰² Mahmutarom HR., *Rekonstruksi Konsep Keadilan*, Semarang: Badan Penerbit Undip, hlm. 119.

¹⁰³ Sajipto Rahardjo, 2006, *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, hlm. 140.

lebih rendah atau Asas *lex superior derogat legi inferiori*, apabila terjadi konflik atau pertentangan antara peraturan perundang-undangan yang tinggi dengan yang rendah maka yang tinggilah yang harus didahulukan. *Kedua*, Peraturan yang lebih baru mengalahkan peraturan yang lebih lama atau *Lex posterior derogat legi priori* adalah asas penafsiran hukum yang menyatakan bahwa hukum yang terbaru atau *posterior* mengesampingkan hukum yang lama atau *prior*.

Ketiga, Peraturan yang mengatur masalah khusus mengalahkan peraturan yang bersifat umum atau *Lex specialis derogat legi generali* adalah asas penafsiran hukum¹⁰⁴ yang menyatakan bahwa hukum yang bersifat khusus atau *lex specialis* mengesampingkan hukum yang bersifat umum atau *lex generalis*. Pembentukan peraturan perundang-undangan harus memenuhi kriteria yang terkandung di dalam Pancasila yaitu prinsip-prinsip keadilan Pancasila.

Mendasarkan pendapat Lili Rasidji, dalam pelaksanaan perundang-undangan yang bertujuan untuk pembaharuan itu dapat berjalan sebagaimana mestinya, hendaknya perundang-undangan yang dibentuk itu sesuai dengan apa yang menjadi inti pemikiran aliran *sociological Jurisprudence* yaitu hukum yang baik hendaknya sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat.¹⁰⁵ Hukum yang baik harus mencerminkan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila yang merupakan adaptasi nilai yang bersumber dari hukum yang hidup dalam masyarakat. Pancasila merupakan satusatunya pedoman dasar bagi bangsa Indonesia dalam membentuk hukum yang baik yang memberikan keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia, dengan kata lain,

¹⁰⁴ Ferry Irawan Febriansyah, 2016, *Konsep Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia*, Jurnal *Perspektif* Volume XXI No. 3 Tahun 2016 Edisi September, hlm. 226

¹⁰⁵ Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Pengantar Filsafat Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2002, hlm. 74.

keadilan diwujudkan dalam bentuk kepastian hukum yang mengadopsi nilai-nilai yang terkandung di dalam Pancasila yang berupa prinsip-prinsip keadilan.

Dasar pembentukan peraturan perundang-undangan muncul dari prinsip dan nilai yang diambil dari Pancasila sebagai *Staatfundamentalnorm* bangsa Indonesia, mengadopsi dari nilai-nilai Pancasila yang lahir dari bangsa Indonesia itu sendiri yang digagas oleh *Founding Father/Mother* Bangsa Indonesia. Hal ini memberikan landasan bagi terwujudnya suatu peraturan perundang-undangan yang baik. Prinsip dan nilai dari Pancasila mencerminkan perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia dengan tujuan terciptanya keadilan.¹⁰⁶

Dalam teori perundang-undangan, pembentukan perundang-undangan yang baik harus berpedoman pada *Staatfundamentalnorm* yaitu Pancasila. Dasar dari pembentukan peraturan perundang-undangan tersebut mengadopsi prinsip dan nilai-nilai Pancasila guna terwujudnya keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia yaitu perlindungan Hak Asasi Manusia dalam memperoleh keadilan.¹⁰⁷ Pembentukan peraturan perundang-undangan sebagai bagian dari politik hukum berada dalam ruang lingkup nilai. Nilai tidak dapat dipisahkan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan. Nilai-nilai yang berasal dari aspek sosial, budaya, politik, ekonomi, hukum, dan sebagainya saling berinteraksi dan saling mempengaruhi serta merupakan satu kesatuan dalam membentuk perundang-undangan.¹⁰⁸

Dalam negara hukum, konsep yang tepat adalah mengedepankan hak asasi manusia. Pembentukan peraturan perundang-undangan harus sesuai dengan konsep negara hukum Pancasila yang mencerminkan prinsip-prinsip keadilan yang di

¹⁰⁶ Ferry Irawan Febriansyah, *Op.cit*, hlm. 227.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

dalamnya menganut perlindungan HAM. Pancasila mempunyai perbedaan dengan norma dasar yang lainnya yaitu Pancasila menganut prinsip non sekuler dalam menciptakan kepastian, keadilan, dan manfaat.¹⁰⁹ Konsep negara hukum yang mencerminkan keadilan yang harus dianut oleh bangsa Indonesia adalah konsep negara hukum Pancasila yang memberikan keadilan berupa prinsip-prinsip keadilan berdasarkan Pancasila. Pembentukan peraturan perundang-undangan adalah dengan menganut prinsip-prinsip yang terkandung di dalam nilai-nilai Pancasila.¹¹⁰

Secara sederhana, langkah-langkah pembentukan Perundang-undangan dapat dijelaskan susunan pembentukan Perundang-undangan itu terdiri dari:¹¹¹

1) Pengkajian (Interdisipliner)

- (1) Sudah mendesak untuk diatur undang-undang.
- (2) Kemungkinan-kemungkinan masalah yang akan timbul di bidang politik, ekonomi, sosial, dan budaya.

2) Melakukan Penelitian

- (1) Penelitian hukum/hasil penelitian.
- (2) Hukum nasional/hukum negara lain yang mengatur materi yang bersangkutan.
- (3) Penyusunan naskah akademik.
- (4) Penyusunan rancangan undang-undang.
- (5) Penyusunan peraturan pemerintah dan seterusnya.

Dalam praktiknya, penyusunan peraturan Perundang-undangan harus memperhatikan beberapa aspek meliputi:¹¹²

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Sony Maulana Sikumbang, S.H., M.H., dkk, *Pengantar Ilmu Pengetahuan Perundang-undangan*, Modul 1 Pelatihan, hlm. 140-143.

¹¹² *Ibid.*

- 1) Aspek materiil/substansial, berkenaan dengan masalah pengolahan isi dari suatu peraturan Perundang-undangan.
- 2) Aspek formal/prosedural, berhubungan dengan kegiatan pembentukan peraturan Perundang-undangan yang berlangsung dalam suatu negara tertentu.
- 3) Struktur Kaidah Hukum

Aturan hukum sebagai pedoman perilaku memiliki struktur dasar yang terdiri atas unsur-unsur sebagai berikut: ¹¹³

- 1) Subjek kaidah: menunjuk pada subjek hukum yang termasuk ke dalam sasaran penerapan sebuah pengaturan.
- 2) Objek kaidah: menunjuk pada peristiwa-peristiwa atau perilaku apa saja yang hendak diatur dalam aturan hukum tersebut.
- 3) Operator kaidah: menunjuk pada cara bagaimana objek kaidah diatur, misalnya menetapkan keharusan atau larangan atas perilaku tertentu, memberikan suatu hak atau membebaskan kewajiban tertentu.
- 4) Kondisi kaidah: menunjuk pada kondisi atau keadaan apa yang harus dipenuhi agar suatu aturan hukum dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya. ¹¹⁴

Pembentukan harus berdasarkan asas-asas pembentukan undang-undang. Asas pembentukan peraturan Perundang-undangan yang baik, meliputi: ¹¹⁵

Pertama, Asas kejelasan tujuan, asas ini mengartikan bahwa setiap Pembentukan Peraturan Perundang-undangan harus mempunyai tujuan yang jelas yang hendak dicapai;

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Pasal 5 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Kedua, Asas kelembagaan atau pejabat pembentuk yang tepat, asas ini mengartikan bahwa setiap jenis Peraturan Perundang-undangan harus dibuat oleh lembaga negara atau pejabat Pembentuk Peraturan Perundang-undangan yang berwenang, Peraturan Perundang-undangan tersebut dapat dibatalkan atau batal demi hukum apabila dibuat oleh lembaga Negara atau pejabat yang tidak berwenang;

Ketiga, Asas kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan, asas ini mengartikan bahwa dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan harus benar-benar memperhatikan materi muatan yang tepat sesuai dengan jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan;

Keempat, Asas dapat dilaksanakan, asas ini mengartikan bahwa setiap Pembentukan Peraturan Perundang-undangan harus memperhitungkan efektivitas Peraturan Perundang-undangan tersebut di dalam masyarakat, baik secara filosofis, sosiologis, maupun yuridis;

Kelima, Asas kedayagunaan dan kehasilgunaan, asas ini mengartikan bahwa setiap Peraturan Perundang-undangan dibuat karena memang benar-benar dibutuhkan dan bermanfaat dalam mengatur kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara;

Keenam, Asas kejelasan rumusan, asas ini mengartikan bahwa setiap Peraturan Perundang-undangan harus memenuhi persyaratan teknis penyusunan Peraturan Perundang-undangan, sistematika, pilihan kata atau istilah, serta bahasa hukum yang jelas dan mudah di mengerti sehingga tidak menimbulkan berbagai macam interpretasi dalam pelaksanaannya;

Ketujuh, Asas keterbukaan, asas ini mengartikan bahwa dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan mulai dari perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan, dan pengundangan bersifat transparan dan terbuka. Oleh

sebab itu, seluruh lapisan masyarakat mempunyai kesempatan yang seluas-luasnya untuk memberikan masukan dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Materi muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan asas pengayoman. Asas ini mengartikan bahwa setiap materi muatan Peraturan Perundang-undangan harus berfungsi memberikan perlindungan untuk menciptakan ketenteraman masyarakat. Asas kemanusiaan mengartikan bahwa setiap materi muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan perlindungan dan penghormatan Hak Asasi Manusia serta harkat dan martabat setiap warga negara dan penduduk Indonesia secara proporsional.¹¹⁶

Asas kebangsaan mengartikan bahwa setiap materi muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan sifat dan watak bangsa Indonesia yang majemuk dengan tetap menjaga prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia. Asas kekeluargaan mengartikan bahwa setiap materi muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan musyawarah untuk mencapai mufakat dalam setiap pengambilan keputusan. Asas kesusantaraan mengartikan bahwa setiap materi muatan Peraturan Perundang-undangan senantiasa memperhatikan kepentingan seluruh wilayah Indonesia dan setiap materi muatan Peraturan Perundang-undangan yang dibuat di daerah merupakan bagian dari sistem hukum nasional yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Asas Bhinneka Tunggal Ika mengartikan bahwa setiap materi muatan Peraturan Perundang-undangan harus memperhatikan keragaman penduduk, agama, suku dan golongan, kondisi khusus daerah serta budaya dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.

¹¹⁶ Pasal 6 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan

Asas keadilan mengartikan bahwa setiap materi muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan keadilan secara proporsional bagi setiap warga negara, keadilan yang sesuai dengan norma dasar bangsa. Asas kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan mengartikan bahwa setiap materi muatan Peraturan Perundang-undangan tidak boleh memuat hal yang bersifat membedakan berdasarkan latar belakang, antara lain, agama, suku, ras, golongan, gender, atau status sosial. Asas ketertiban dan kepastian hukum mengartikan bahwa setiap materi muatan Peraturan Perundang-Undangan harus dapat mewujudkan ketertiban dalam masyarakat melalui jaminan kepastian.

Asas keseimbangan dan keserasian mengartikan bahwa setiap materi muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan keseimbangan dan keserasian antara kepentingan perorangan (individu), masyarakat dan kepentingan bangsa dan negara, dan yang terakhir adalah asas lain sesuai dengan bidang hukum Peraturan Perundang-undangan yang bersangkutan.

Setelah memenuhi asas-asas peraturan perundang-undangan, peraturan perundang-undangan yang telah dibentuk dapat dilaksanakan sebagai landasan hukum bagi Negara hukum yang menjunjung tinggi supremasi hukum. Selanjutnya berkaitan dengan manfaat yaitu kedayagunaan dan kehasilgunaan, perundang-undangan yang dibentuk harus memberikan manfaat. Kejelasan rumusan dalam substansi peraturan perundang-undangan merupakan konsep dasar dalam membentuk peraturan perundang-undangan yang baik dan yang terakhir adalah keterbukaan konsep hukum yang diatur di dalam peraturan perundang-undangan diketahui dan diakui kebenarannya oleh seluruh masyarakat yang menjadi subyek dari hukum.¹¹⁷

¹¹⁷ Ferry Irawan Febriansyah, *Op.cit*, hlm. 224.

Konsep muatan peraturan perundang-undangan harus mampu memberikan pengayoman bagi manusia Indonesia pada umumnya. Mementingkan kehidupan berbangsa dan bernegara mengandung prinsip kekeluargaan serta ke-bhinneka tunggal ikaan yang memunculkan keadilan berdasar Pancasila sebagai falsafah dan ideologi bangsa Indonesia yang memberikan perlindungan hukum kepada seluruh rakyat Indonesia dengan menganut asas persamaan di hadapan hukum.

Keadilan hukum dapat diterima masyarakat jika pembentukan hukum menganut prinsip-prinsip dan nilai-nilai keadilan. Keadilan yang memiliki prinsip-prinsip keadilan yang baik yaitu keadilan berupa nilai-nilai yang memberikan kesamaan bagi seluruh rakyat Indonesia tanpa memandang jasa dan keadaan status sosial warga negara. Keadilan dari nilai-nilai Pancasila kemudian direalisasikan ke dalam norma hukum dan menjadi suatu keadilan yang dapat diakui karena pembentukan peraturan perundang-undangan dibentuk dengan cara yang adil.¹¹⁸

Konsep dasar peraturan perundang-undangan yang berdasarkan Pancasila, mengedepankan Hak Asasi Manusia dan memberikan persamaan di hadapan hukum bagi seluruh rakyat Indonesia. Konsep ini menjadi pedoman bagi pembentukan regulasi di Indonesia, yang mengadopsi nilai-nilai Pancasila sehingga dapat mendistribusikan manfaat bagi seluruh rakyat Indonesia. Keadilan akan terwujud jika selalu mengedepankan Hak Asasi Manusia yang bersumber dari Pancasila yang berupa prinsip-prinsip keadilan.¹¹⁹

Pembentukan regulasi yang baik akan mengikuti dasar cita negara hukum yaitu Pancasila. Jika Pancasila dihubungkan dengan pembagian atas asas formal dan materiil, maka pembagiannya dapat disimpulkan sebagai asas-asas formal sesuai

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*

dengan Pancasila meliputi asas tujuan yang jelas, asas perlunya pengaturan, asas organ atau lembaga yang tepat, asas materi muatan yang tepat, asas dapat dilaksanakan, dan asas dapat dikenali. Sedangkan asas-asas materilnya meliputi asas sesuai dengan cita hukum Indonesia dan norma fundamental negara, asas sesuai dengan hukum dasar negara, asas sesuai dengan prinsip negara berdasarkan hukum, serta asas sesuai dengan prinsip pemerintahan berdasarkan konstitusi.¹²⁰

1.6.2.2 Teori tentang Negara Sejahtera

1.6.2.2.1 Pengertian Negara Sejahtera

Definisi negara kesejahteraan (*welfare state*) sangatlah luas dan beragam. Di satu sisi definisi negara kesejahteraan adalah keterlibatan negara dalam menyediakan pekerjaan penuh bagi rakyat. Pekerjaan adalah sumber pendapatan rakyat, jika negara dapat menyediakan pekerjaan secara penuh maka kemiskinan rakyat akan berkurang dan rakyat akan sejahtera. Secara etimologis istilah negara kesejahteraan ini dapat dimaknai sebagai suatu negara yang memberikan jaminan berupa tunjangan sosial (*social security benefits*) yang luas seperti pelayanan kesehatan oleh negara, pensiun atau tunjangan hari tua, tunjangan sakit dan pengangguran, dan lain sebagainya.¹²¹

Istilah negara kesejahteraan dapat diartikan sebagai suatu negara yang mana pemerintahan negara dianggap bertanggung jawab menjamin standar kesejahteraan hidup minimum bagi setiap warga negaranya. Negara kesejahteraan ini merupakan sebuah model ideal pembangunan yang difokuskan pada peningkatan kesejahteraan melalui pemberian peran yang lebih penting kepada negara dalam memberikan pelayanan sosial secara universal dan komprehensif kepada warganya. Negara yang

¹²⁰ *Ibid.* hlm. 225.

¹²¹ Ariza Fuadi, 2015, *Negara Kesejahteraan (Welfare State) dalam Pandangan Islam dan Kapitalisme*, Jurnal Ekonomi Syariah Indonesia, volume v, no.1 juni 2015, hlm. 16.

dimaksud di sini adalah suatu *agency* (alat) yang mengatur suatu masyarakat yang mempunyai kekuasaan untuk mengatur hubungan-hubungan antar manusia.¹²²

Negara kesejahteraan sebagai bagian dari sebuah masyarakat modern yang sejalan dengan ekonomi pasar kapitalis dan struktur politik demokratis. Hal ini dapat dikatakan bahwa Negara kesejahteraan merupakan jalan tengah dari ideologi kapitalisme dan sosialisme. Di negara-negara Barat, negara kesejahteraan sering dianggap sebagai ‘penawar racun’ bagi kapitalisme dari dampak negatif ekonomi pasar bebas. Karenanya, negara kesejahteraan sering disebut sebagai bentuk dari ‘kapitalisme baik hati’ (*compassionate capitalism*).¹²³

Adapun negara kesejahteraan pada umumnya diidentikkan dengan ciri-ciri yang mengikutinya yakni pelayanan dan kebijakan sosial yang disediakan oleh negara kepada warganya, seperti pelayanan kesehatan, pengurangan kemiskinan, transfer pendapatan. Sehingga keduanya antara negara kesejahteraan dan kebijakan sosial sering diidentikkan bersama. Akan tetapi pada dasarnya kuranglah tepat karena kebijakan sosial tidaklah mempunyai relasi dan implikasi dengan Negara kesejahteraan. Kebijakan sosial bisa diterapkan dengan tanpa adanya Negara kesejahteraan, sedangkan negara kesejahteraan selalu membutuhkan kebijakan sosial untuk mendukung keberadaannya.¹²⁴

Suatu negara bisa digolongkan sebagai negara kesejahteraan apabila terdapat empat pilar utama, yaitu: 1) *social citizenship*; 2) *full democracy*; 3) *modern industrial relation systems*; serta 4) *rights to education and the expansion of modern mass education systems*.

¹²² *Ibid*, hlm. 16-17.

¹²³ *Ibid*.

¹²⁴ *Ibid*.

Keempat pilar tersebut harus diupayakan terdapat dalam negara kesejahteraan karena negara wajib memperlakukan penerapan kebijakan sosial sebagai penganugerahan hak-hak sosial kepada warganya yang berdasarkan atas basis kewarganegaraan dan bukan atas dasar kinerja atau kelas sosial. Dengan syarat-syarat ekonomi, sosial dan politik tersebut di atas, tidak semua Negara dengan penduduk yang berpendapatan tinggi tidak dapat dianggap sebagai negara kesejahteraan.¹²⁵

1.6.2.2.2 Konsep Negara Sejahtera

Ide dasar Negara Kesejahteraan seperti dikemukakan oleh Watts, Dalton dan Smith, sudah ada semenjak abad ke-18 ketika Jeremy Bentham (1748-1832) menjelaskan gagasan bahwa pemerintah mempunyai tanggungjawab untuk menjamin kebahagiaan warganya, *the greatest happiness (Welfare) of the greatest number of their citizens*,¹²⁶ artinya bahwa pemerintah berkewajiban membuat bahagia sebanyak mungkin warganya. Adapun menurut Jimly Asshiddiqie, paham Negara Kesejahteraan lahir pada abad XIX sebagai reaksi terhadap kelemahan liberalisme dan kapitalisme klasik, sekaligus reaksi terhadap ajaran “negara penjaga malam” (*nachtwachters staat*) yang mengidealkan prinsip pemerintah yang paling baik adalah yang memerintah sesedikit mungkin (*the best government is the least government*).¹²⁷

Negara Kesejahteraan menurut Bagir Manan adalah negara atau pemerintah tidak semata-mata sebagai penjaga keamanan atau ketertiban masyarakat, tetapi pemikul utama tanggungjawab untuk mewujudkan keadilan sosial, kesejahteraan

¹²⁵ *Ibid*, hlm. 17.

¹²⁶ Bessant, Judiths, 2006, *Talking Policy; How Social Policy in Made*, Crows Nest: Allen and Unwin, hlm. 11.

¹²⁷ Jimly Asshiddiqie, 2006, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga-Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, hlm. 330. Lihat juga Miriam Budiardjo, 2001, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, hlm. 50.

umum dan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.¹²⁸ Munculnya konsep Negara Kesejahteraan didahului oleh konsep Negara Penjaga Malam (*Nachtwachterstaat*). Dalam konsep Negara Penjaga Malam pemerintah hanya dibenarkan masuk dalam wilayah keamanan dan tidak masuk pada wilayah politik dan ekonomi, sesuai dengan dalil “*laissez-faire laissezaller*”¹²⁹ atau paham liberal.

Paham liberal ini muncul karena sebelumnya dalam pemerintahan yang berbentuk kerajaan bersifat absolut, dan rajalah yang menentukan segala-galanya bagi kepentingan masyarakat. Semboyan yang terkenal saat itu sebagaimana ungkapan raja Perancis, Louis XIV, “*L’etate C’estmoi*,”¹³⁰ negara adalah aku. Paham Negara Kesejahteraan menjadi ide yang cukup dominan dalam penyelenggaraan negara di Negara Maju. Konsep Negara Kesejahteraan merupakan jawaban terhadap ekseseks negatif paham kapitalisme periode pertama yang sangat meminimalkan peran negara. Dalam konsep Negara Kesejahteraan, gagasan bahwa pemerintah dilarang intervensi dalam urusan warga negara lambat laun berubah menjadi gagasan bahwa pemerintah harus intervensi dan bertanggungjawab atas kesejahteraan rakyat, dan karenanya harus proaktif mengatur kehidupan ekonomi dan sosial.¹³¹

Intervensi tersebut bila dikaitkan dengan tujuan pokok negara kesejahteraan, antara lain:

- 1) Mengontrol dan menggunakan sumber daya sosial dan ekonomi untuk kepentingan publik;
- 2) Menjamin distribusi kekayaan secara adil dan merata;

¹²⁸ Abrar, 1999, *Hak Penguasaan Negara Atas Pertambangan Berdasarkan Undang-Undang Dasar 1945*, Disertasi. Bandung: PPS Universitas Padjajaran, hlm. 4.

¹²⁹ Marbun S.F., 2001, *Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta: UII Press, hlm. 201.

¹³⁰ Azhary, 1995, *Negara Hukum Indonesia*, Jakarta: UI Press, hlm. 34-35.

¹³¹ Adji Samekto F.X., 2005, *Pembangunan Berkelanjutan Dalam Tatanan Sosial Yang Berubah*, Jurnal Hukum Progresif Vol. I Nomor 2 Oktober 2005, hlm.18.

- 3) Mengurangi kemiskinan;
- 4) Menyediakan subsidi untuk layanan sosial dasar bagi *disadvantage people*;
- 5) Menyediakan asuransi sosial bagi masyarakat miskin; dan
- 6) Memberi proteksi sosial bagi tiap warga negara.¹³²

Dalam konteks hukum, Negara Kesejahteraan menurut Wilhelm Linstedt: *Law is nothing but the very life of mindkind in organized groups and the condition which make possible peaceful co-existence of masses of individuals and social groups and the cooperation for other ends than mere existence and propagation.*¹³³

Dalam pemahaman ini, Wilhelm Linstedt nampak menggambarkan bahwa untuk mencapai *Social Welfare*, yang pertama harus diketahui adalah apa yang mendorong masyarakat yang hidup dalam satu tingkatan peradaban tertentu untuk mencapai tujuan mereka. Pendapat Linsteds mengenai *social welfare* ini hampir sama dengan pendapat Roscou Pound,¹³⁴ namun demikian ia ingin menegaskan bahwa secara faktual keinginan sebagian besar manusia yaitu ingin hidup dan mengembangkannya secara layak.

Kunci pokok dalam negara kesejahteraan adalah isu mengenai jaminan kesejahteraan rakyat oleh negara. Mengenai hal ini, Jurgen Habermas berpendapat bahwa jaminan kesejahteraan seluruh rakyat merupakan hal pokok bagi negara modern. Selanjutnya menurut Habermas, jaminan kesejahteraan seluruh rakyat yang dimaksud diwujudkan dalam perlindungan atas, *“The risk of unemployment, accident, illness, old age, and death of the breadwinner must be covered largely through*

¹³² Tjandra W. Riawan, 2008, *Hukum Tata Negara*, Jakarta: Universitas Atmadjaja, hlm. 4.

¹³³ Soetikno, 1976, *Filsafat Hukum*, Jakarta: Pradnya Paramita, hlm. 88.

¹³⁴ *Ibid*, hlm. 9-10.

welfare provisions of the state".¹³⁵ Selanjutnya C.A. Kulp dan John W, resiko-resiko (*risk*) tersebut, dikategorikan menjadi dua kelompok, yaitu kelompok yang berisiko fundamental dan kelompok berisiko khusus.¹³⁶

Anthony Cole mengemukakan tentang peran negara dalam kesejahteraan sosial di Inggris dimana kesejahteraan pada mulanya berawal dari Undang-Undang Kemiskinan untuk membantu meringankan beban kaum miskin pada masyarakat para industrial Eropa yang pada era ini disebutkan sebagai era Tudor. Di Inggris Undang-Undang tentang Kemiskinan lebih dikenal sebagai *Elizabethan Poor Law* dimana pada awalnya merupakan sifat *charity* dari Lembaga Gereja. Setelah dua abad paling sedikit ada empat faktor yang berpengaruh pada tahap-tahap pengembangan kebijakan yaitu:¹³⁷

- 1) Kegagalan implementasi secara menyeluruh undang-undang yang ada sehingga tidak dapat mengantisipasi seluruh kemajuan dan perluasan pemberian bantuan ditambah dengan perang saudara yang melemahkan kekuatan pemerintahan pusat dan otoritas lokal dalam pelaksanaan Undang-Undang Kemiskinan.
- 2) Sistem regulasi ekonomi pada upah dan harga mulai menurun.
- 3) Telah terjadi perubahan sosial yang hebat karena industrialisasi yang mengakibatkan peningkatan tuntutan dan biaya dalam penanganan masalah kemiskinan.

¹³⁵ Gianfranco Poggi, 1992, *The Development of the Modern State "Sociological Introduction*, California: Stanford University Press, hlm. 126.

¹³⁶ Sentanoe Kertonegoro, 1987, *Jaminan Sosial dan Pelaksanaannya di Indonesia*. Cet. II . Jakarta: Mutiara Sumber Widya, hlm. 7.

¹³⁷ Harry Puguh Sosiawan, 2003, *Telaah Tentang Peran Negara Dalam Kesejahteraan Sosial (Pandangan 6 Fraksi MPR Dalam Proses Amandemen Ke-4 Pasal 34 UUD'45)*, Tesis pada Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik Universitas Indonesia, Jakarta, hlm. 56.

- 4) Berkembangnya puritanisme yang ada hubungan kuat dengan borjuasi industrial, dimana dalam etika Protestan dikatakan bahwa kesuksesan merupakan tanda dari kemuliaan Tuhan sementara kemiskinan merupakan hukuman dosa.

Marshall mengemukakan tentang karakteristik dari negara kesejahteraan, yaitu individualisme dan kolektivisme. Yang dimaksud dengan individualisme adalah menitikberatkan pada individualisme sebagai hak untuk menerima kesejahteraan, sedang kolektivisme adalah prinsip dimana negara mempunyai suatu kewajiban untuk meningkatkan dan menjamin kesejahteraan seluruh masyarakat. Negara kesejahteraan tidak menolak ekonomi pasar, namun dengan pertimbangan-pertimbangan khusus untuk kesejahteraan masyarakat, pemerintah mengurangi peran pasar yang menghasilkan kapitalisme yang diperlunak oleh sosialisme.¹³⁸

Dalam negara kesejahteraan, menurut Sentanoe Kertonegoro, kedua kelompok resiko tersebut harus mendapatkan perhatian untuk diatasi. Alasannya adalah karena resiko fundamental sifatnya adalah makro kolektif dan dirasakan oleh seluruh atau sebagian besar masyarakat sebagaimana resiko ekonomis. Sedangkan resiko khusus yaitu resiko yang sifatnya lebih kepada makro individual, sehingga dampaknya dirasakan oleh perorangan atau unit usaha.¹³⁹

Pada dasarnya, Negara Kesatuan Republik Indonesia juga menganut faham Negara Kesejahteraan. Hal ini ditegaskan oleh para Perintis Kemerdekaan dan para Pendiri Negara Kesatuan Republik Indonesia bahwa negara demokratis yang akan didirikan adalah Negara Kesejahteraan (*walvaarstaat*) bukan Negara Penjaga Malam

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Sentanoe Kertonegoro, *Loc.cit.*

(*nachtwachterstaat*). Dalam pilihan terkait konsepsi negara kesejahteraan Indonesia ini, Moh. Hatta menggunakan istilah Negara Pengurus.¹⁴⁰

Prinsip *Welfare State* dalam UUD 1945 dapat ditemukan rinciannya dalam beberapa pasal, terutama yang berkaitan dengan aspek sosial ekonomi. Berdasarkan hal ini, maka menurut Jimly Asshidiqie Konstitusi Indonesia dapat disebut sebagai konstitusi ekonomi dan bahkan konstitusi sosial sebagaimana juga terlihat dalam konstitusi Negara Rusia, Bulgaria, Ceko Slowakia, Albania, Italia, Belarusia, Iran, Suriah dan Hongaria. Selanjutnya menurut Jimly, sejauh menyangkut corak muatan yang diatur dalam UUD 1945, nampak dipengaruhi oleh corak penulisan konstitusi yang lazim ditemui pada Negara-negara sosialis.¹⁴¹

Di dalam UUD 1945, kesejahteraan sosial menjadi judul khusus Bab XIV yang didalamnya memuat pasal 33 tentang sistem perekonomian dan pasal 34 tentang kepedulian negara terhadap kelompok lemah (fakir miskin dan anak telantar) serta sistem jaminan sosial. Ini berarti, kesejahteraan sosial sebenarnya merupakan *flat form* sistem perekonomian dan sistem sosial di Indonesia. Sehingga, sejatinya Indonesia adalah negara yang menganut faham "Negara Kesejahteraan" (*welfare state*) dengan model "Negara Kesejahteraan Partisipatif" (*participatory welfare state*) yang dalam literatur pekerjaan sosial dikenal dengan istilah Pluralisme Kesejahteraan atau *welfare pluralism*. Dari sini dapat dipahami bahwa bahwa negara harus tetap ambil bagian dalam penanganan masalah sosial dan penyelenggaraan jaminan sosial.

Jadi dapat kita perhatikan kembali bahwa secara konstitusional Negara Kesejahteraan Indonesia tertuang dalam Alinea ke-4 Pembukaan Undang-Undang

¹⁴⁰ Yamin, 1959, *Naskah Persiapan UUD 1945: Risalah Sidang BPUPKI/PPKI*, Jakarta: Sekretariat Negara RI, hlm. 299.

¹⁴¹ Jimly Asshiddiqie, 2005, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Jakarta: Konstitusi Press, hlm. 123-124.

Dasar 1945, Pasal 27 ayat (2), Pasal 33, dan Pasal 34.¹⁴² Pemahaman mengenai Negara Kesejahteraan terfokus pada dua konsep yaitu *social welfare* dan *economic development*. *Social Welfare* berkaitan dengan *altruism*, hak-hak sosial, dan *redistribusi asset*. Hal ini merupakan mekanisme redistribusi kekayaan untuk membiayai layanan sosial bagi masyarakat yang kurang mampu.

Secara garis besar, negara kesejahteraan menunjuk pada sebuah model ideal pembangunan yang difokuskan pada peningkatan kesejahteraan melalui pemberian peran yang lebih penting kepada negara dalam memberikan pelayanan sosial secara universal dan komprehensif kepada warganya. Negara kesejahteraan ditujukan untuk menyediakan pelayanan-pelayanan sosial bagi seluruh penduduk, sebaik dan sedapat mungkin. Ia berupaya untuk mengintegrasikan sistem sumber dan menyelenggarakan jaringan pelayanan yang dapat memelihara dan meningkatkan kesejahteraan warga negara secara adil dan berkelanjutan.¹⁴³

1.6.3 Applied theory

Applied theory, teori yang berada di level mikro, yang mana dalam penelitian disertasi ini, *applied theory* yang digunakan oleh promovendus adalah teori hukum responsif dan teori *Istihsan*.

1.6.3.1 Teori tentang Hukum Progresif

Pada dasarnya kehidupan manusia tidak dapat dipisahkan dari hukum. Sepanjang sejarah peradaban manusia, peran sentral hukum dalam upaya

¹⁴² Djauhari, *Politik Hukum Negara Kesejahteraan Indonesia (Studi tentang Kebijakan Regulasi dan Institusionalisasi Gagasan Kesejahteraan Sosial Ekonomi Masyarakat Nelayan di Jawa Tengah)*, dalam *Bunga Rampai Pemikiran Hukum di Indonesia*, Yogyakarta: FH. UII Press, hlm. 312.

¹⁴³ Edi Suharto, 2006, *Negara Kesejahteraan dan Reiventing DEPSOS*, hlm. 6.

menciptakan suasana yang memungkinkan manusia merasa terlindungi, hidup berdampingan secara damai dan menjaga eksistensinya didunia telah diakui.¹⁴⁴

Keadilan adalah inti atau hakikat hukum. Keadilan tidak hanya dapat dirumuskan secara matematis bahwa yang dinamakan adil bila seseorang mendapatkan bagian yang sama dengan orang lain. Demikian pula, keadilan tidak cukup dimaknai dengan simbol angka sebagaimana tertulis dalam sanksi-sanksi KUHP, misalnya angka 15 tahun, 5 tahun, 7 tahun dan seterusnya. Karena keadilan sesungguhnya terdapat dibalik sesuatu yang tampak dalam angka tersebut (*metafisik*), terumus secara filosofis oleh petugas hukum/hakim.¹⁴⁵

Hukum merupakan bagian dari karya cipta manusia yang dimanfaatkan untuk menegakkan martabat manusia. Manusia tidak menghamba kepada abjad dan titik koma yang terdapat dalam undang-undang sebagai buah perwujudan nalar, tetapi hukum yang menghamba pada kepentingan manusia untuk menegakkan nilai-nilai kemanusiaan. Hukum tidak hanya produk rasio, tetapi bagian dari intuisi. Relevansinya dengan nilai dasar kebangsaan, ialah mewujudkan konsepsi keadilan yang beradab, seperti sila kedua Pancasila.¹⁴⁶

Dilihat dari kepentingan internal sistem hukum itu sendiri, dalil integritas itu memang dapat dipahami. Tapi hukum bukanlah tujuan pada dirinya sendiri. Hukum adalah alat bagi manusia. Ia merupakan instrumen untuk melayani kebutuhan manusia. Dalam makna ini, isolasi sistem hukum dari berbagai institusi sosial di sekitarnya, justru berdampak buruk dari sisi kebutuhan manusia itu sendiri. Hukum

¹⁴⁴ Johnny Ibrahim, 2005, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Surabaya: Bayu Media, hlm. 1.

¹⁴⁵ Andi Ayyub Saleh, 2006, *Tamasya Perenungan Hukum dalam "Law in Book and Law in Action" Menuju Penemuan Hukum (Rechtsvinding)*, Jakarta: Yarsif Watampone, hlm. 70.

¹⁴⁶ Saifur Rohman, *Menembus Batas Hukum*, Opini Kompas, 22 januari 2010.

dengan mudah berubah menjadi institusi yang melayani diri sendiri, bukan lagi melayani manusia. Hukum tidak lagi bisa diandalkan sebagai alat perubahan dan sebagai alat untuk mencapai keadilan substantif. Terkikisnya otoritas tersebut dan macetnya keadilan substantif, telah menjadi fokus kritik terhadap hukum.¹⁴⁷

Isu umum yang terjadi di Indonesia, penuntasan masalah hukum mengacu pada prinsip pekerjaan yang diukur dengan nilai-nilai nominal yang dicapai. Oleh karena itu kelahiran hukum progresif memecahkan kebuntuan itu. Dia menuntut keberanian aparat hukum menafsirkan pasal untuk memperadabkan bangsa. Apabila proses tersebut benar, idealitas yang dibangun dalam penegakan hukum di Indonesia sejajar dengan upaya bangsa mencapai tujuan bersama. Idealitas menjauhkan dari praktek ketimpangan hukum yang tak terkendali seperti sekarang ini, sehingga Indonesia dimasa depan tidak ada lagi diskriminasi hukum bagi kaum papa karena hukum tak hanya melayani kaum kaya. Apabila kesetaraan di depan hukum tak bisa diwujudkan, keberpihakan itu mutlak. Manusia menciptakan hukum bukan hanya untuk kepastian, tetapi juga untuk kebahagiaan.

Progresif adalah kata yang berasal dari bahasa asing (Inggris) yang asal katanya adalah progress yang artinya maju. Hukum Progresif berarti hukum yang bersifat maju. Adapun pengertian hukum progresif, adalah mengubah secara cepat, melakukan pembalikan yang mendasar dalam teori dan praktis hukum, serta melakukan berbagai terobosan. Pembebasan tersebut di dasarkan pada prinsip bahwa hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya dan hukum itu tidak ada untuk

¹⁴⁷ Philippe Nonet & Philip Selznick, 2003, *Hukum Responsif, Pilihan di Masa Transisi*, Terjemahan Rafael Edy Bosco, Jakarta: Ford Foundation-HuMa, hlm. 34.

dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia.¹⁴⁸

Secara lebih sederhana hukum progresif adalah hukum yang melakukan pembebasan, baik dalam cara berpikir maupun bertindak dalam hukum, sehingga mampu membiarkan hukum itu mengalir saja untuk menuntaskan tugasnya mengabdikan kepada manusia dan kemanusiaan. Jadi tidak ada rekayasa atau keberpihakan dalam menegakkan hukum. Sebab menurutnya, hukum bertujuan untuk menciptakan keadilan dan kesejahteraan bagi semua rakyat.¹⁴⁹ Kehadiran hukum progresif bukanlah kebetulan, bukan sesuatu yang lahir tanpa sebab, dan juga bukan sesuatu yang jatuh dari langit. Hukum progresif adalah bagian dari proses pencarian kebenaran (*searching for the truth*) yang tidak pernah berhenti.

Para pengamat hukum mengatakan bahwa penegakan hukum di Indonesia sangat memprihatinkan. Pada tahun 1970-an sudah ada istilah “mafia peradilan” dalam kosakata hukum di Indonesia, pada orde baru hukum sudah bergeser dari *social engineering* ke *dark engineering* karena digunakan untuk mempertahankan kekuasaan. Pada era reformasi dunia hukum makin mengalami komersialisasi.

Menurut Satjipto Rahardjo, inti dari kemunduran di atas adalah makin langkanya kejujuran, empati dan dedikasi dalam menjalankan hukum, kemudian Satjipto Rahardjo mengajukan pertanyaan, apa yang salah dengan hukum kita? Bagaimana jalan untuk mengatasinya?¹⁵⁰

Gagasan hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dari seluruh perbincangan mengenai hukum. Dengan kebijaksanaan hukum

¹⁴⁸ Pengertian Hukum Progresif, <http://www.referensimakalah.com/2013/01/pengertian-hukum-progresif.html?m=1>, diakses tanggal 09 Juni 2017.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Faisal, 2010, *Menerobos Positivisme Hukum*, Yogyakarta: Rangkang Education, hlm. 70.

progresif mengajak untuk memperhatikan faktor perilaku manusia. Oleh karena itu, hukum progresif menempatkan perpaduan antara faktor peraturan dan perilaku penegak hukum didalam masyarakat. Disinilah arti penting pemahaman gagasan hukum progresif, bahwa konsep “hukum terbaik” mesti diletakkan dalam konteks keterpaduan yang bersifat utuh dalam memahami problem-problem kemanusiaan.

Dengan demikian, gagasan hukum progresif tidak semata-mata hanya memahami sistem hukum pada sifat yang dogmatic, selain itu juga aspek perilaku sosial pada sifat yang empirik. Sehingga diharapkan melihat problem kemanusiaan secara utuh berorientasi keadilan substantif.

1) Hukum Sebagai Institusi Yang Dinamis

Hukum progresif menolak segala anggapan bahwa institusi hukum sebagai institusi yang final dan mutlak, sebaliknya hukum progresif percaya bahwa institusi hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*). Satjipto Rahardjo menjelaskan sebagai berikut:

Hukum progresif tidak memahami hukum sebagai institusi yang mutlak secara final, melainkan sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Dalam konteks pemikiran yang demikian itu, hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaan disini bisa diverifikasi ke dalam faktor-faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain. Inilah hakikat “hukum yang selalu dalam proses menjadi (*law as a process, law in the making*).¹⁵¹

Dalam konteks yang demikian, hukum akan tampak bergerak, berubah, mengikuti dinamika kehidupan manusia. Akibatnya hal ini akan mempengaruhi

¹⁵¹ *Ibid*, hlm. 72.

pada cara ber hukum kita, yang tidak akan sekedar terjebak dalam ritme “kepastian hukum”, *status quo* dan hukum sebagai skema yang final, melainkan suatu kehidupan hukum yang selalu mengalir dan dinamis baik itu melalui perubahan-undang maupun pada kultur hukumnya. Pada saat kita menerima hukum sebagai sebuah skema yang final, maka hukum tidak lagi tampil sebagai solusi bagi persoalan kemanusiaan, melainkan manusialah yang dipaksa untuk memenuhi kepentingan kepastian hukum.

2) Hukum Sebagai Ajaran Kemanusiaan dan Keadilan

Dasar filosofi dari hukum progresif adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.¹⁵² Hukum progresif berangkat dari asumsi bahwa hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya. Berdasarkan hal itu, maka kelahiran hukum bukan untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan dan kemuliaan manusia. Itulah sebabnya ketika terjadi permasalahan di dalam hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa untuk dimasukkan kedalam skema hukum.

Pernyataan bahwa hukum adalah untuk manusia, dalam artian hukum hanyalah sebagai “alat” untuk mencapai kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia, bagi manusia. Oleh karena itu menurut hukum progresif, hukum bukanlah tujuan dari manusia, melainkan hukum hanyalah alat. Sehingga keadilan substantif yang harus lebih didahulukan ketimbang keadilan prosedural,

¹⁵² Mahmud Kusuma, 2009, *Menyelami Semangat Hukum Progresif; Terapi Paradigmatik Atas Lemahnya Penegakan Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Antony Lib bekerjasama LSHP, hlm. 31.

hal ini semata-mata agar dapat menampilkan hukum menjadi solusi bagi problem-problem kemanusiaan.

3) Hukum Sebagai Aspek Peraturan dan Perilaku

Orientasi hukum progresif bertumpu pada aspek peraturan dan perilaku. Peraturan akan membangun sistem hukum positif yang logis dan rasional. Sedangkan aspek perilaku akan menggerakkan peraturan dan sistem yang telah terbangun itu. Karena asumsi yang dibangun disini, bahwa hukum bisa dilihat dari perilaku sosial penegak hukum dan masyarakatnya. Dengan menempatkan aspek perilaku berada diatas aspek peraturan, dengan demikian faktor manusia dan kemanusiaan inilah yang mempunyai unsur *greget* seperti *compassion* (perasaan baru), *empathy*, *sincerety* (ketulusan), *edication*, *commitment* (tanggung jawab), *dare* (keberanian) dan *determination* (kebulatan tekad).

Satjipto rahardjo mengutip ucapan Taverne, “Berikan pada saya jaksa dan hakim yang baik, maka dengan peraturan yang buruk sekalipun saya bisa membuat putusan yang baik”. Mengutamakan perilaku (manusia) daripada peraturan perundang-undangan sebagai titik tolak paradigma penegakan hukum, akan membawa kita untuk memahami hukum sebagai proses dan proyek kemanusiaan.¹⁵³

Mengutamakan faktor perilaku (manusia) dan kemanusiaan diatas faktor peraturan, berarti melakukan pergeseran pola pikir, sikap dan perilaku dari aras legalistik-positivistik ke aras kemanusiaan secara utuh (*holistik*), yaitu manusia sebagai pribadi (individu) dan makhluk sosial. Dalam konteks demikian, maka setiap manusia mempunyai tanggung jawab individu dan tanggung jawab sosial untuk memberikan keadilan kepada siapapun.

4) Hukum Sebagai Ajaran Pembebasan

¹⁵³ *Ibid.*, hlm. 74.

Hukum progresif menempatkan diri sebagai kekuatan “pembebasan” yaitu membebaskan diri dari tipe, cara berpikir, asas dan teori hukum yang legalistik-positivistik. Dengan ciri “pembebasan” ini, hukum progresif lebih mengutamakan “tujuan” daripada “prosedur”. Dalam konteks ini, untuk melakukan penegakan hukum, maka diperlukan langkah-langkah kreatif, inovatif, bahkan “mobilisasi hukum” maupun “*rule breaking*”.

Satjipto Rahardjo memberikan contoh penegak hukum progresif sebagai berikut. Tindakan Hakim Agung Adi Andojo Soetjipto dengan inisiatif sendiri mencoba membongkar atmosfir korupsi di lingkungan Mahkamah Agung. Kemudian dengan berani hakim Agung Adi Andojo Sutjipto membuat putusan dengan memutus bahwa Mochtar Pakpahan tidak melakukan perbuatan makar pada rezim Soeharto yang sangat otoriter. Selanjutnya, adalah putusan pengadilan tinggi yang dilakukan oleh Benyamin Mangkudilaga dalam kasus Tempo, ia melawan Menteri Penerangan yang berpihak pada Tempo.¹⁵⁴

Paradigma “pembebasan” yang dimaksud disini bukan berarti menjurus kepada tindakan anarkhi, sebab apapun yang dilakukan harus tetap didasarkan pada “logika kepatutan sosial” dan “logika keadilan” serta tidak semata-mata berdasarkan “logika peraturan” saja. Di sinilah hukum progresif itu menjunjung tinggi moralitas. Karena hati nurani ditempatkan sebagai penggerak, pendorong sekaligus pengendali “paradigma pembebasan” itu. Dengan begitu, paradigma hukum progresif bahwa “hukum untuk manusia, dan bukan sebaliknya” akan membuat hukum progresif merasa bebas untuk mencari dan menemukan format, pikiran, asas serta aksi yang tepat untuk mewujudkannya.

Menurut Satjipto Rahardjo, Penegakan hukum progresif adalah menjalankan hukum tidak hanya sekedar kata-kata hitam-putih dari peraturan (*according to the*

¹⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 75.

letter), melainkan menurut semangat dan makna lebih dalam (*to very meaning*) dari undang-undang atau hukum. Penegakan hukum tidak hanya kecerdasan intelektual, melainkan dengan kecerdasan spiritual.

Penegakan hukum yang dilakukan dengan penuh determinasi, empati, dedikasi, komitmen terhadap penderitaan bangsa dan disertai keberanian untuk mencari jalan lain daripada yang biasa dilakukan.¹⁵⁵ Secara umum, karakter hukum progresif dapat diidentifikasi sebagai berikut:

- 1) Kajian hukum progresif berusaha mengalihkan titik berat kajian hukum yang semula menggunakan optik hukum menuju ke perilaku manusia (*behavior*);
- 2) Hukum progresif secara sadar menempatkan kehadirannya dalam hubungan erat dengan manusia dan masyarakat;
- 3) Hukum progresif berbagi paham dengan legal realism karena hukum tidak dipandang dari optik hukum itu sendiri, melainkan dinilai dari tujuan sosial yang ingin dicapai dan akibat yang timbul dari bekerjanya hukum;
- 4) Hukum progresif memiliki kedekatan dengan *sociological jurisprudence*-nya Roscoe Pound yang mengkaji hukum tidak hanya sebatas pada studi tentang peraturan tetapi keluar dan melihat efek dari dan bekerjanya hukum;
- 5) Hukum progresif memiliki kedekatan dengan *natural law theory* karena peduli terhadap hal-hal yang *meta-judicial*; dan
- 6) Hukum progresif memiliki kedekatan dengan *critical legal studies (CLS)* namun cakupannya lebih luas.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Satjipto Rahardjo, 2009, *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis*, Yogyakarta: Genta Publishing, hlm. xiii.

¹⁵⁶ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif: Hukum yang Membebaskan*, Jurnal Hukum Progresif, Vol. 1 No. 1 April 2005, PDIH Ilmu Hukum Undip, hlm. 6-8.

Sepanjang perjalanan wacana Teori Hukum Progresif muncullah beberapa tipologi yang merangkum berbagai pemikiran baik itu hasil penelitian maupun olah pikir sosiolog hukum yang penulis uraikan di bawah ini:

- 1) Sidharta melakukan telaah atas gagasan dan pemikiran THP tersebut dari berbagai sumber data primer maupun sekunder dan menyimpulkan terdapat postulat-postulat pada pemikiran hukum progresif yaitu:¹⁵⁷
 - (1) Hukum progresif itu untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Pada hakekatnya setiap manusia itu baik, sehingga sifat ini layak menjadi modal dalam membangun kehidupan berhukumnya. Hukum bukan raja (segalanya), tetapi sekedar alat bagi manusia untuk member rahmat kepada dunia dan kemanusiaan. Hukum tidak ada untuk dirinya sendiri melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan lebih besar. Maka, setiap ada masalah dalam dan dengan hukum, hukumlah yang ditinjau serta diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa-paksa untuk dimasukkan ke dalam skema hukum.
 - (2) Hukum progresif itu harus pro rakyat dan pro keadilan. Hukum itu harus berpihak kepada rakyat. Keadilan harus didudukkan di atas peraturan. Para penegak hukum harus berani menerobos kekakuan teks peraturan.
 - (3) Hukum progresif bertujuan mengantarkan manusia kepada kesejahteraan dan kebahagiaan. Hal ini juga sejalan dengan cara pandang orang Timur yang memberikan pengutamaan pada kebahagiaan.
 - (4) Hukum progresif selalu dalam proses menjadi. Hukum bukan institusi yang final, melainkan ditentukan oleh kemampuannya mengabdikan kepada manusia.

¹⁵⁷ Saifullah, *Kajian Kritis Teori Hukum Progresif Terhadap Status Anak Di Luar Nikah Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010*, <http://onesearch.id/Record/IOS1278.article-415>, diakses tanggal 10 Juni 2017.

- (5) Hukum progresif menekankan hidup baik sebagai dasar hukum yang baik. Dasar hukum terletak pada perilaku bangsanya sendiri karena perilaku bangsa itulah yang menentukan kualitas ber hukum bangsa tersebut.
- (6) Hukum progresif memiliki tipe responsive, yaitu hukum akan selalu dikaitkan pada tujuan-tujuan di luar narasi tekstual hukum itu sendiri. Tipe responsive menolak otonomi hukum yang bersifat final dan tidak dapat digugat.
- (7) Hukum progresif mendorong peran publik. Mengingat hukum memiliki kemampuan yang terbatas, maka mempercayakan segala sesuatu kepada kekuatan hukum adalah sikap yang tidak realistis dan keliru. Untuk itu hukum progresif sepakat memobilisasi kekuatan otonom masyarakat (mendorong peran publik).
- (8) Hukum progresif membangun Negara hukum yang berhati nurani. Dalam bernegara hukum, yang utama adalah kultur. Kultur yang dimaksud adalah kultur pembahagian rakyat.
- (9) Hukum progresif dijalankan dengan kecerdasan spiritual. Kecerdasan spiritual tidak ingin dibatasi patokan, juga tidak hanya bersifat kontekstual, tetapi ingin keluar dari situasi yang ada dalam usaha mencari kebenaran makna atau nilai yang lebih dalam.
- (10) Hukum progresif itu merobohkan, mengganti dan membebaskan. Hukum progresif menolak sikap status quo dan submisif. Sikap status quo menyebabkan kita tidak berani melakukan perubahan dan menganggap doktrin sebagai sesuatu yang mutlak untuk dilaksanakan. Sikap demikian hanya merujuk kepada maksim “rakyat untuk hukum”.

- 2) Adapun Romli Atmasasmita menyimpulkan terdapat 9 (sembilan) pokok pikiran Teori Hukum Progresif yang disampaikan oleh Satjipto Rahardjo, yaitu:
- (1) Hukum menolak tradisi analytical jurisprudence atau rechtsdogmatiek dan berbagi paham dengan aliran seperti legal relism, freirechtslehre, sociological jurisprudence, interressenjurisprudenz di Jerman, teori hukum alam dan *critical legal studies*.
 - (2) Hukum menolak pendapat bahwa ketertiban hanya bekerja melalui institusi-institusi kenegaraan.
 - (3) Hukum Progresif ditujukan untuk melindungi rakyat menuju kepada ideal hukum.
 - (4) Hukum menolak status-quo serta tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tidak bernurani, melainkan suatu institusi yang bermoral.
 - (5) Hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.
 - (6) Hukum progresif adalah, “hukum yang pro rakyat dan pro keadilan”.
 - (7) Asumsi dasar hukum progresif adalah bahwa “hukum adalah untuk manusia”, bukan sebaliknya. Berkaitan dengan hal tersebut, maka hukum tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan lebih besar, maka setiap kali ada masalah dalam dan dengan hukum, hukumlah yang ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksakan untuk dimasukkan ke dalam sistem hukum.
 - (8) Hukum bukan merupakan suatu institusi yang absolut dan final melainkan sangat bergantung pada bagaimana manusia melihat dan menggunakannya. Manusalah yang merupakan penentu.

(9) Hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi.¹⁵⁸

1.6.3.2 Teori tentang Istihsan

1.6.3.2.1 Pengertian *Istihsan*

Istihsan ialah perkataan Arab yang berasal daripada kata terbitannya *al-husn* yang berarti baik, yaitu setiap perkara disukai seseorang seperti rupa wajah atau sifat sekalipun tidak disukai oleh orang lain. *Al-husn* ialah lawan bagi perkataan *al-qubh* yang bererti buruk. Kata jamak bagi perkataan *al-husn* ialah *al-mahasin*. *Fi'il Madi* bagi perkataan *al-husn* ialah *hasuna*, manakala *sifah musyabbahahnya* ialah *hasan* (bagi lelaki) dan *hasanah* (bagi perempuan). Sedangkan *yastahsin* (يستحسن) berarti menganggap sesuatu itu baik. jadi, *Istihsan* dari sudut bahasa berarti menganggap sesuatu perkara itu baik.¹⁵⁹

Konsep *Istihsan* secara umum mencari dalil yang lebih baik daripada dalil atau kaedah yang telah sedia yang digunakan dalam sesuatu permasalahan. Hal ini bertepatan dengan maksud *Istihsan* dari sudut bahasa karena konsep *Istihsan* menganggap dalil baru yang bertentangan daripada dalil asal atau kaedah asal bagi sesuatu permasalahan itu sebagai dalil yang lebih baik dan perlu diutamakan.

Dengan demikian, pengertian *istihsan* tersebut secara kebahasaan juga merupakan derivasi dari kata *al-husn* yang berarti baik (tidak buruk).¹⁶⁰ Sedangkan *istihsan* berarti mencari sesuatu yang baik (*thalab al-husn*) atau menganggap baik suatu hal. Kedua pengertian ini terdapat dalam konsep *istihsan* yang dikembangkan para ahli ushul fiqh. Abu al-Hasan al-Karkhi mendefinisikannya dengan *an ya'dila*

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Al-Razi, Zayn al-Din Muhammad bin Abu Bakr bin 'Abd al-Qadir, 1995. *Mukhtar al-Sihhah*. Beirut: Maktabah Lubnan Nasyirun, hlm. 167.

¹⁶⁰ Ahmad bin Faris al-Razi, 1979, *Mu'jam Maqayis al-Lughah*, Beirut: Dar al-Fikr, Juz 2, hlm. 57.

al-mujtahid 'an an yahkum fi al-mas'alah bi mitsli ma hukima bihi fi nazha'iriha li wajhin aqwa yaqtadhi al-'udul 'an al-awwal (beralihnya seorang mujtahid dari menghukumi masalah dengan hukum yang terdapat pada kasus-kasus yang identik, karena suatu alasan yang lebih kuat yang menuntut peralihan tersebut).¹⁶¹

Secara etimologi, *Istihsan* berarti “menyatakan dan meyakini baiknya sesuatu” tidak ada perbedaan pendapat dikalangan ulama Ushul Fiqih dalam mempergunakan lafal *istihsān*.¹⁶² Menurut ulama ushul fiqh, ialah meninggalkan hukum yang telah ditetapkan kepada hukum yang lainnya, pada suatu peristiwa atau kejadian yang ditetapkan berdasar dalil syara'. Jadi singkatnya, *Istihsan* adalah tindakan meninggalkan satu hukum kepada hukum lainnya disebabkan karena ada suatu dalil syara' yang mengharuskan untuk meninggalkannya. *Istihsan* adalah salah satu cara atau sumber dalam mengambil hukum Islam.

Berbeda dengan Al-Quran, Hadits, Ijma' dan Qiyas yang kedudukannya sudah disepakati oleh para ulama sebagai sumber hukum Islam. *Istihsan* adalah salah satu metodologi yang digunakan hanya oleh sebagian ulama saja, tidak semuanya. Ulama yang menolak dalil *Istihsan* membawakan pengertian yang dapat memberikan gambaran bahawa *Istihsan* hanyalah satu sumber hukum yang bersandarkan pemikiran dan akal mujtahid semata-mata. Bagi ulama yang mempertahankan, *Istihsan* merupakan perbandingan antara dalil syara' bagi memilih dalil yang lebih kuat dan memberikan lebih kemaslahatan kepada manusia.

¹⁶¹ Muhammad Abu Zahrah, tt, *Ushul al-Fiqh*, Beirut: Dar al-Fikr al-'Arabi, hlm. 262-263.

¹⁶² Al-Syahrasi, 1993, *Ushul al-Syahrasi*, Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah, hlm. 200.

1.6.3.2.2 Dasar Hukum *Istihsan*

Dasar hukum *Istihsan* diambil dalil dari al-Qur'an dan Sunnah yang menyebutkan kata *Istihsan* dalam pengertian denotative (lafal yang seakar dengan *Istihsan*) seperti Firman Allah SWT, dalam surat Az-Zumar ayat 18:



Artinya: “Yang mendengarkan perkataan lalu mengikuti apa yang paling baik di antaranya. mereka Itulah orang-orang yang telah diberi Allah petunjuk dan mereka Itulah orang-orang yang mempunyai akal”.

Ayat ini menurut mereka menegaskan bahwa pujian Allah bagi hamba-Nya yang memilih dan mengikuti perkataan yang terbaik, dan pujian tentu tidak ditujukan kecuali untuk sesuatu yang disyariatkan oleh Allah.

Dalam surah Az-Zumar ayat 55, dijelaskan:



Artinya: “Dan turutlah (pimpinan) yang sebaik-baiknya yang telah diturunkan kepadamu dari Tuhanmu...” .

Menurut mereka, dalam ayat ini Allah memerintahkan kita untuk mengikuti yang terbaik, dan perintah menunjukkan bahwa ia adalah wajib. Dan di sini tidak ada hal lain yang memalingkan perintah ini dari hukum wajib. Maka ini menunjukkan bahwa *Istihsan* adalah hujjah.

مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ

Artinya: “*Sesuatu yang dipandang baik oleh umat Islam, maka ia juga dihadapan Allah adalah baik.*” (H.R. Ahmad ibn Hanbal).

1.6.3.2.3 Macam-macam *Istihsan*

Kalangan ulama Hanafiah membagi *Istihsan* menjadi enam macam, yaitu:

- 1) *Istihsan bil an-Nash* (*Istihsan* berdasarkan ayat atau hadits).

Yaitu penyimpangan suatu ketentuan hukum berdasarkan ketetapan qiyas kepada ketentuan hukum yang berlawanan dengan yang ditetapkan berdasarkan nash al-kitab dan sunnah. Analogi dalam hal ini adalah dalam wasiat.¹⁶³ Menurut ketentuan umum wasiat itu tidak boleh, karena sifat pemindahan hak milik kepada orang yang berwasiat ketika orang yang berwasiat tidak cakap lagi, atau setelah ia wafat. Tetapi, dengan *Istihsan* wasiat dibolehkan dan kaidah umum di atas dikecualikan melalui firman Allah Swt dalam Surat An-Nisa ayat 11 yang artinya: “setelah mengeluarkan wasiat yang ia buat atau hutang”.

- 2) *Istihsan bi al-Ijmā* (*Istihsan* yang didasarkan kepada ijma).

Yaitu meninggalkan keharusan menggunakan qiyas pada suatu persoalan karena ada ijma. Hal ini terjadi karena ada fatwa mujtahid atas suatu peristiwa yang berlawanan dengan pokok atau kaidah umum yang ditetapkan, atau para mujtahid bersikap diam dan tidak menolak apa yang dilakukan manusia, yang sebetulnya berlawanan dengan dasar-dasar pokok yang telah ditetapkan.¹⁶⁴ misalnya dalam kasus pemandian umum. Menurut kaidah umum, jasa pemandian umum itu harus jelas, yaitu harus berapa lama seseorang harus mandi dan berapa liter air yang dipakai. Akan tetapi, para ulama sepakat menyatakan bahwa boleh

¹⁶³ Muhammad al-Said Ali Abdul Rabuh, 1980, *Buhust fi al-adillah al-Mukhtalaf fiha inda al-Ushuliyin*, Mesir: Matba' al-Sa-adah, hlm. 72.

¹⁶⁴ *Ibid*, hlm. 74.

menggunakan jasa pemandian umum sekalipun tanpa menentukan jumlah air dan lamanya waktu yang dipakai.

3) *Istihsan bi al-Qiyās al-Khafī* (*Istihsan* berdasarkan qiyas yang tersembunyi).

Yaitu memalingkan suatu masalah dari ketentuan hukum qiyas yang jelas kepada ketentuan qiyas yang samar, tetapi keberadaannya lebih kuat dan lebih tepat untuk diamalkan, contohnya permasalahan wakaf lahan pertanian.

Menurut qiyas jali, wakaf ini sama dengan jual beli karena pemilik lahan telah menggugurkan hak miliknya dengan memindah tangankan lahan tersebut. Oleh sebab itu, hak orang lain untuk melewati tanah tersebut atau mengalirkan air ke lahan pertanian melalui tanah tersebut tidak termasuk ke dalam akad wakaf itu, kecuali jika dinyatakan dalam akad. Menurut qiyas al-khafi wakaf itu sama dengan akad sewa menyewa, karena maksud dari wakaf itu adalah memanfaatkan lahan pertanian yang diwakafkan. Dengan sifat ini, maka seluruh hak melewati tanah pertanian itu atau hak mengalirkan air diatas lahan pertanian tersebut termasuk ke dalam akad wakaf, sekalipun tidak dijelaskan dalam akad.¹⁶⁵

4) *Istihsan bi al-maslahah* (*Istihsan* berdasarkan kemaslahatan).

Yaitu *Istihsan* yang tujuan brdasarkan kemaslahatan, sebagai contoh adalah kebolehan dokter melihat aurat wanita dalam proses pengobatan. Menurut kaidah umum seseorang dilarang melihat aurat orang lain. Tapi, dalam keadaan tertentu seseorang harus membuka bajunya untuk di diagnosa penyakitnya. Dengan kaidah *Istihsan*, maka seorang dokter dibolehkan melihat aurat wanita yang berobat kepadanya.

5) *Istihsan bi al-Urf* (*Istihsan* berdasarkan adat kebiasaan yang berlaku umum).

¹⁶⁵ Nasrun Haroen, 1996, *Ushul Fiqh 1*, Jakarta: Logos Publishing House, hlm. 106.

Yaitu penyimpangan hukum yang berlawanan dengan ketentuan qiyas, karena adanya *Urf* yang sudah dipraktikkan dalam kehidupan masyarakat. Contohnya seperti menyewa wanita untuk menyusukan bayi dengan menjamin kebutuhan makan, minum dan pakaiannya.¹⁶⁶

6) *Istihsan bi al-Dharūrah* (*Istihsan* berdasarkan *dharurah*).

Yaitu seorang mujtahid meninggalkan keharusan pemberlakuan qiyas atas sesuatu masalah karena berhadapan dengan kondisi dhorurat, dan mujtahid berpegang kepada ketentuan yang mengharuskan untuk memenuhi hajat atau menolak terjadinya kemudharatan. Misalnya dalam kasus sumur yang kemasukan najis. Menurut kaidah umum sumur tersebut sulit dibersihkan dengan mengeluarkan seluruh air dari sumur tersebut, akan tetapi ulama Hanafiah mengatakan bahwa dalam keadaan seperti ini untuk menghilangkan najis tersebut cukup dengan memasukan beberapa galon air kedalam sumur itu, karena keadaan dharurat menghendaki agar orang tidak mendapatkan kesulitan untuk mendapatkan air untuk ibadah.¹⁶⁷

1.6.3.2.4 Kedudukan *Istihsan* dalam Istinbath Hukum

Istihsan telah menjadi salah satu sumber perumusan hukum yang cukup populer di kalangan ahli fiqh. Praktik paling awal yang biasa dijadikan contoh adalah praktik Umar bin al-Khatthab ketika tidak membagikan tanah takhlukkan Irak kepada para pejuang. Padahal, harta yang diperoleh dari penakhlukkan harus diberikan kepada para pasukan seperti diatur dalam hukum *ghanimah* (rampasan perang). Demikian pula ketika Umar bin al-Khatthab sebagai kepala negara tidak

¹⁶⁶ *Ibid*, hlm. 107.

¹⁶⁷ Abu Ishak Al-Syatibi, 1975, *al-Muwaffaqat Fi Ushul al-Syariah*, Beirut: Dar al-Makrifah, hlm. 206-208.

melaksanakan potong tangan kepada para pencuri karena mempertimbangkan kondisi darurat saat itu. Yaitu maraknya kelaparan.

Pada masa Abu Hanifah beberapa praktik yang secara tekstual diharamkan dikritik karena melihat fakta sebaliknya bahwa praktik tersebut adalah bentuk penyiksaan yang berlebihan terhadap makhluk Allah. Di sini terkesan *Istihsan* berbentuk ‘keputusan’ yang berbeda dengan sumber hukum, kesan itu tidaklah benar. Salah satu contoh *Istihsan* bahkan menunjukkan sebaliknya, yaitu kaidah umum (qiyas) ditinggalkan karena bertentangan dengan sumber hukum tertulis.

Di dunia modern ada banyak kasus yang diselesaikan dengan metode *Istihsan* seperti masalah wakaf tunai. Wakaf memiliki prinsip keberlangsungan benda yang diwakafkan. Untuk mendukung prinsip ini, para ahli fiqh mensyaratkan benda wakaf harus berupa benda tak berpindah. Seiring bergesernya waktu, benda wakaf dapat berupa benda bernilai yang seperti uang. Konsep wakaf tunai dikembangkan dari prinsip *Istihsan*.

1.6.3.2.5 Kekuatan dan kelemahan *Istihsan* dalam Istimbath Hukum

Kekuatan metode *Istihsan* menjadi sebuah metode hukum adalah:

- 1) *Istihsan* bersifat responsive.

Istihsan pada prinsipnya adalah menciptakan, menetapkan hukum baru yang diorientasikan dengan nilai-nilai intifaiyah (urgensitas), seperti dalam hal hukum budi daya undur-undur, cacing yang diasumsikan mampu mengobati penyakit stroke, kolesterol dan maag, asam urat.¹⁶⁸ Karena permasalahan ini tidak terjadi di masa Rasulullah, maka perlu adanya istimbath hukum. Istimbath hukum yang relevan dengan situasi dan kondisi adalah dengan metode *Istihsan*.

¹⁶⁸ Majalah Keluarga Sakinah, No. 446/XXX/VII/2009, hlm. 27.

2) *Istihsan* bersifat progresif .

Keperogresifan *Istihsan* sebagai metode *istinbath* hukum adalah karena *Istihsan* bergerak maju, contoh:

- (1) Akad salam, menurut hukum jual beli, maka harus berwujud beserta sifat-sifatnya, sedangkan akad salam adalah akad jual beli, yang barangnya belum berwujud, hanya pemesan memberikan karakterkarakter barang yang dipesan. Ini tidak boleh dalam hukum qiyas, dalam *Istihsan* boleh. Bolehnya menurut *Istihsan* karena hidup di zaman sekarang telah berubah, seiring dengan zaman juga gaya hidup manusia atau disebut budaya juga telah berubah, maka sesuai dengan hukum responsif, hukum harus mampu mengadopsi terhadap problematika sosial.
- (2) Akad Sirkah kerja, seorang pemborong bila akan mengerjakan gedung, jembatan, jalan, baik dengan cara borongan atau hitungan hari. Untuk mengukur sejauhmana kemampuan orang (tenaga) dalam satu hari itu ada perbedaan di antara manusia satu dengan yang lain. Maka dari itu untuk menetapkan kepastian hukum boleh atau tidaknya dalam bayaran (baik borongan atau harian) maka diperlukan metode baru yaitu *Istihsan*.

Metode *Istihsan* adalah dilandasi dengan nilai-nilai kebaikan, suatu kebaikan dapat diterima oleh akal bilamana perbuatan, atau keputusan itu mengandung nilai manfaat (kebaikan) baik diri atau orang lain, serta kebaikan menurut agama.¹⁶⁹ Sebagai ilustrasi adalah perilaku sahabat Umar, beliau telah membentuk baitul mal, dan juga mencatat harta benda para pegawainya.¹⁷⁰ Perilaku Umar tersebut tidak ada dalm perintah Al-Qur'an dan hadits, tetapi mempunyai tujuan yang sama yaitu untuk

¹⁶⁹ Hudori Bik, 1988, *Ushul Fiqih*, Beirut: Darul Fikri, hlm. 34-35.

¹⁷⁰ Jalaluddin Assuyuthi, t.th., *Tarikh Khulafau*, Beirut: Dar Al-Fikr, hlm. 128.

melindungi harta dan jiwa manusia dari kerapuhan iman sehingga tidak menumbuhkan kerakusan. Dengan ilustrasi tersebut dapat diambil kesimpulan bahwa *Istihsan* dapat dijadikan sebagai metode istinbath hukum mempunyai kekuatan. Namun demikian karena imam Abu Hanifah tidak mencantumkan konsep dasar yang terperinci, dan batasan-batasan bagi pengguna *Istihsan* maka *Istihsan* dapat mengalami kelemahan.

Adapun kelemahan-kelemahan *Istihsan* dapat dilihat seperti di bawah ini:

1) Kelemahan pada konsepsi dasar

(1) Konsepsi Al-Qur'an

Pada ayat Al-Qur'an yang diambil dasar hukum *Istihsan* bukan kalimat perintah berbuat ihsan, tetapi ayat yang menerangkan tentang orang yang mengikuti ucapan yang baik maka akan menjadi baik (Az-Zumar [8]: 55). Seharusnya Al-Qashas: 77 juga ditempatkan sebagai dasar berbuat ihsan atau *Istihsan*.

(2) Konsep dasar Hadits

Hadits yang digunakan adalah hadits belum terperinci, padahal ada hadits yang terperinci. Hadits, berikut :

مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ

Adalah hadits yang diriwayatkan oleh Imam Ahmad dalam kitab As-sunnah tetapi tidak ada dalam kitab musnad. Kata al-muslimun tidak diterangkan secara rinci, muslim yang mana? Padahal (kata) muslim itu masih *nakirah* ada muslim yang bodoh/awam ada muslim yang pandai /alim dan ada juga yang khas. Berkaitan dengan hadits di atas tentang kata

المُسْلِمُونَ ada hadits yang lebih rinci tentang definisi al-muslim yaitu melalui hadits yang disanadkan dari Ibnu Umar sebagai berikut:

عن ابن عمر قال , قال رسول الله المسلم من سلم المسلم من لسانه و يده.... (رواه البخاري و البدو)

“Orang muslim adalah orang yang menjadi selamat orang muslim orang lain dari ucapannya dan kekuasaannya.” (Riwayat Bukhari dan Badawi).¹⁷¹

Imam Syafi'i menentang berat seperti terlihat dalam kitab Risalah, *Al'Um*, beliau mengatakan :

الإستحسان تلذذ و لو جار لإحد لإستحسان في الدين لجاز لأهل العقول من غير اهل العلم.¹⁷²

Kalau dibolehkan seseorang melakukan *Istihsan* dalam agama maka seluruh makhluk berakal boleh melakukan *Istihsan* tanpa dengan ilmu. Maka dari itu *Istihsan* boleh dilakukan hanya orang tertentu, orang muslim yang mempunyai karakter tertentu.

2) Tidak ada batasan bagi otoritas pengguna hadits

Istihsan berangkat dari dunia akliyah mulai dari pemikiran-pemikiran yang dalam dan perenungan, perbandingannya adalah seperti ilmu filsafat ia selalu menggunakan akal yang cerdas, teliti dan hati-hati. Dengan demikian ilmu filsafat tidak boleh dipelajari oleh semua manusia, Imam ibn Sholahi dan Imam

¹⁷¹ Jalaluddin Ibnu Abdurrahman Ibnu Abi Bakar, Assuyuti, t.th., *Jamushshohor*, Jilid 2, Bandung: Al-Ma'arif, hlm. 187.

¹⁷² Moh, Ibnu Ali Assyaukani, t.th., *At-Tibyan fi Ulumul Qur'an*, Indonesia: Darul Ihyail Kutub, hlm. 401.

Nawawi melarang untuk mempelajari ilmu filsafat, akan tetapi Imam Al-Ghazali dan yang lain membolehkannya, karena filsafat dapat membantu dalam memahami nash Al-Qur'an dan sunnah.¹⁷³

Maka *Istihsan* hanya boleh dilakukan oleh orang yang berilmu dan sholeh.¹⁷⁴ Jika *Istihsan* dilakukan oleh orang yang mempunyai cakupan ilmu yang luas dan akhlak yang mulia maka *Istihsan* tetap eksis sebagai metode istimbath hukum yang mampu beradabtabel dengan segala ruang dan waktu. Karena *Istihsan* dapat merespon problematika kehidupan dan bergerak ke depan (progresif). Hal ini diperkuat oleh perilaku para sahabat Nabi, misal Abu Bakar, Umar, Zaid bin Tsabit yang sepakat mengumpulkan nash-nash Al-Qur'an. Yang mana perbuatan itu tidak diperintah oleh Allah dan hadits, akan tetapi kebaikan dan manfaatnya telah ada dan terwujud sampai dunia kontemporer ini.

Oleh demikian *Istihsan* pada dasarnya telah diaplikasikan sejak kehidupan para sahabat.¹⁷⁵ Di sinilah *Istihsan* terlihat keprogresivitasnya, dengan demikian amat penting sekali menumbuhkan dan mengembangkan kreasi-kreasi berpikir dan bertindak yang mempunyai nilai tahsini dan intifa' (urgensif). Maka bagi ulama' yang mendukung tentang kebolehan *Istihsan* sebagai dalil hukum, mengatakan bahwa *Istihsan* adalah untuk meninggalkan kesulitan dan menuju untuk mencari kemudahan.¹⁷⁶

Di samping itu bila otoriter pengguna *Istihsan* tidak dibatasi maka akan terjadi kerancuan di dalam pemahaman teks Al-Qur'an dan hadits selanjutnya

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Ahmad Damanhuri, t.th., *Idohul Mubham*, Semarang: Toha Putra, hlm. 5.

¹⁷⁵ Al-Hafidz Jalaludin Assuyuthi, t.th., *Tarikh Khulafaurrosyidin*, Beirut: Darul Kutub Al-Ilmiyah, hm. 68.

¹⁷⁶ Wahbah Zuhaili, 2001, *Ushulil Fiqhi al-Islam*, Juz 2, Beirut: Jaimah Dimisqi, hlm. 74-75.

misunderstanding akan muncul di sana-sini, akibatnya muncul aliran liberalis dalam agama Islam itu sendiri.

Pada dasarnya *Istihsan* adalah metode istimbath hukum yang berangkat dari kekuatan berpikir logis, dalam mengaplikasikan hukum Islam yang belum termaktub secara rinci dalam Al-Qur'an, hadits, tetapi makna secara umum sudah tersirat di dalamnya (terkandung dalam nash yang mujmal) atau belum ada sama sekali. Oleh karena itu *Istihsan* bekerja dalam rangka merespons fenomena sosial (sehingga *Istihsan* bersifat responsif dan sosiologis), dan *Istihsan* bergerak ke arah yang lebih maju seiring dengan akselerasi kebudayaan masyarakat dan perubahan zaman, maka dari itu *Istihsan* bersifat progresif.

1.7 Kerangka Pemikiran

Secara sistematis kerangka pemikiran penelitian yang mendasari disertasi ini adalah sebagai berikut:

Berangkat dari keberadaan wakaf uang yang termuat dalam Undang-Undang Nomor 41 tahun 2004 tentang Wakaf, dimana implementasi ketentuan-ketentuannya masih jauh dari harapan pembentukan undang-undang tersebut yaitu terwujudnya kesejahteraan masyarakat. Undang-Undang Wakaf yang juga merupakan cerminan dari kebijakan lokal, dan tidak dibisa pula dipisahkan dari kebijakan-kebijakan internasional, dalam arti bahwa penerapan wakaf juga diregulasikan di Negara-negara lain, maka hal tersebut tentu berimplikasi terhadap perumusan dan pelaksanaan regulasi wakaf uang tersebut.

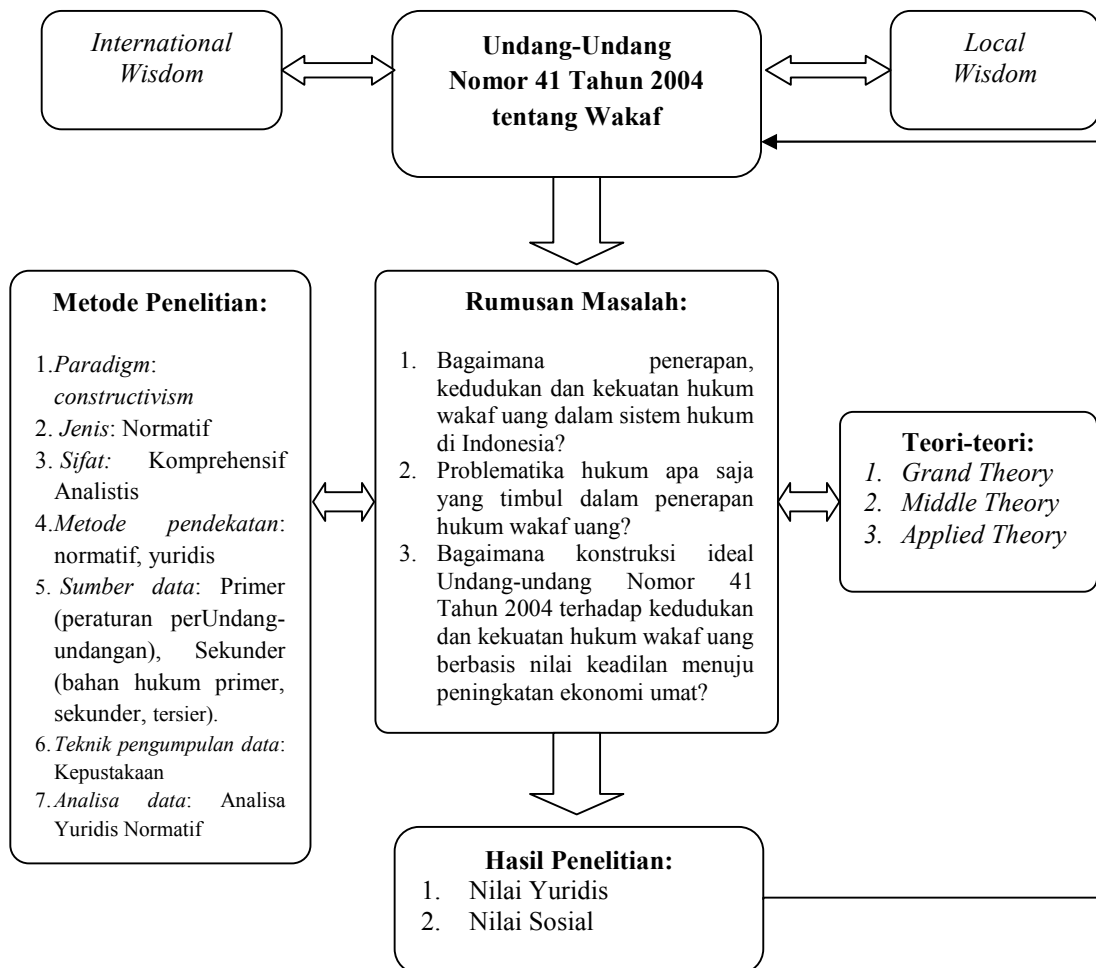
Dalam pelaksanaannya, terdapat problematika sosial yang lekat pada ketentuan wakaf uang tersebut, di antaranya adalah permasalahan filosofi dan ideology atau

paham dari sebagian umat muslim itu sendiri. Selain itu, ada kendala teknis yang menjadikan aturan wakaf uang tersebut tidak dapat berjalan dengan baik, salah satunya adalah eksistensi, profesionalisme dan akuntabilitas *Nazhir*.

Dari permasalahan inilah, promovendus menyusun kerangka penelitian dimana undang-undang tersebut seyogyanya direkonstruksi, dengan jalan merumuskan masalah yang relevan, yang kemudian dibahas, digali dan dikaji dengan dibantu kerangka teoritis dan juga pemilihan metode penelitian yang tepat, sehingga pada akhirnya menghasilkan suatu konsep atau pandangan baru tentang hukum wakaf uang. Konsep dan/atau pandangan tersebut tentunya dapat berbentuk dalam nilai-nilai atau norma-norma, baik itu secara yuridis maupun secara sosial, yang kemudian dapat dijadikan rekomendasi dalam rekonstruksi aturan wakaf uang tersebut.

Untuk mempermudah pemahaman tentang kerangka pemikiran ini, promovendus ilustrasikan dalam bentuk skema dibawah ini, yaitu:

SKEMA KERANGKA PEMIKIRAN



1.8 Metode Penelitian

Metode penelitian ini merupakan rangkaian langkah-langkah yang dilakukan secara berencana dan sistematis guna mendapatkan suatu pemecahan terhadap masalah yang diajukan, sedangkan metodologi penelitian adalah prosedur atau cara yang digunakan dalam suatu penelitian.

Selanjutnya ada beberapa hal yang perlu diperhatikan dalam menentukan metode penelitian ini adalah adanya kesesuaian antara masalah dengan metode yang akan dipergunakan dalam penelitian yang tetap untuk hal yang akan diteliti. Dalam hal ini promevidus akan menguraikannya sebagai berikut:

1.8.1 Paradigma Penelitian

Paradigma adalah representasi yang menggambarkan tentang alam semesta (*world*). Sifat alam semesta adalah tempat individu-individu berada di dalamnya, dan ada jarak hubungan yang mungkin pada alam semesta dengan bagian-bagiannya. Guba dan Lincoln mengklasifikasikan paradigma menjadi empat, yaitu: *positivism*, *post positivism*, *critical theory*, dan *constructivism*. Keempat paradigma tersebut adalah perkembangan dari dua paradigma besar yaitu *positivism* yang menggunakan pendekatan kuantitatif sebagai dasar pencarian kebenaran dan *constructivism* yang menggunakan pendekatan kualitatif.¹⁷⁷

Berdasarkan perumusan masalah dan tujuan penelitian tersebut di atas, paradigma yang akan promevidus gunakan dalam penelitian ini adalah paradigma *constructivism*. Paradigma *constructivism* menekankan pada pengetahuan yang didapat dari pengalaman atau penelitian yang kemudian dikonstruksikan sejauh pengalaman atau penelitian yang dimilikinya. Proses konstruksi ini akan berjalan terus menerus karena ditemukannya suatu paham baru, yang kemudian dijadikan landasan untuk merumuskan suatu sistem atau regulasi berupa perundang-undangan yang dapat diterapkan dalam kehidupan sehari-hari.

¹⁷⁷ Abbas Tashakkori and Charles Teddlie, 1998, *Mixed Methodology. Combining Qualitative and Quantitative Approaches*, Applied Social Research Methods Series Volume 46, London: Sage Publications, hlm. 3-4.

Selain itu, *Paradigm constructivism* dapat dipahami sebagai suatu paradigma dimana kebenaran suatu realitas dilihat sebagai hasil konstruksi sosial bersifat relatif. Paradigma *constructivism* ini berada dalam perspektif interpretative (penafsiran) yang terbagi dalam 3 (tiga) jenis, yaitu: interkasi simbolik, fenomenologis, dan *hermeneutic*.

1.8.2 Jenis Penelitian

Disertasi yang disusun oleh promovendus ini merupakan jenis penelitian hukum normatif. Menurut Peter Mahmud Marzuki bahwa penelitian hukum normatif adalah "suatu proses untuk menemukan suatu aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi".¹⁷⁸

Berkaitan dengan hal tersebut, maka penelitian disertasi ini juga merupakan penelitian kepustakaan yang menggunakan 3 (tiga) bahan hukum yaitu bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier, karena penelitian ini memerlukan bahan hukum-bahan hukum karena akan berfungsi untuk melengkapi dan menunjang bahan hukum dalam penelitian kepustakaan. Menurut Soerjono Sukanto metode penelitian hukum normatif atau metode penelitian hukum kepustakaan adalah metode atau cara yang dipergunakan di dalam penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka yang ada.¹⁷⁹

1.8.3 Sifat Penelitian

Sifat penelitian yang promovendus pergunakan adalah penelitian yang bersifat deskriptif *analitis*. Penelitian deskriptif adalah suatu penelitian yang dimaksudkan

¹⁷⁸ Peter Mahmud Marzuki, 2010, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana, hlm. 35.

¹⁷⁹ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2009, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, Cetakan ke-11, hlm. 13–14.

untuk memberikan data yang seteliti mungkin dengan manusia, keadaan atau gejala-gejala lainnya, serta hanya menjelaskan keadaan objek masalahnya tanpa bermaksud mengambil kesimpulan yang berlaku umum.¹⁸⁰

Selanjutnya yang dimaksud dengan penelitian diskriptif analitis, yaitu analisis data yang dilakukan tidak keluar dari lingkup permasalahan dan berdasarkan teori atau konsep yang bersifat umum diaplikasikan untuk menjelaskan tentang seperangkat data atau menunjukkan komparasi atau hubungan seperangkat data dengan seperangkat data yang lain.¹⁸¹

1.8.4 Pendekatan

Dalam penelitian ini promovendus menggunakan jenis pendekatan perundang-undangan, yang menurut Peter Mahmud Marzuki¹⁸² Pendekatan Undang-undang (*statute approach*) dilakukan dengan menelaah undang-undang dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang ditangani. Kemudian penelitian ini juga dilakukan dengan pendekatan yuridis normatif, yaitu pendekatan yang menggunakan konsepsi *legis positivis*. Konsepsi ini memandang hukum sebagai suatu sistem normatif yang bersifat mandiri, tertutup dan terlepas dari kehidupan masyarakat yang nyata.¹⁸³

1.8.5 Sumber Bahan Hukum

Dalam penelitian pada umumnya dibedakan antara data yang diperoleh secara langsung dari masyarakat dan dari bahan-bahan pustaka. Yang diperoleh langsung

¹⁸⁰ Soerjono Soekanto, 1981, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press, hlm. 10.

¹⁸¹ Bambang Sunggono, 1997, *Metodologi Penelitian Hukum*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, hlm. 38.

¹⁸² Peter Mahmud Marzuki, 2010, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana, hlm. 93.

¹⁸³ Ronny Hanitijo Soemitro, 1988, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Jakarta: Ghalia Indonesia, hlm. 13-14.

dari masyarakat dinamakan data primer (atau data dasar), sedangkan yang diperoleh dari bahan-bahan pustaka lazimnya dinamakan data sekunder.¹⁸⁴

Data dalam penulisan ini adalah data sekunder atau bahan hukum, yaitu bahan pustaka yang mencakup dokumen-dokumen resmi, buku-buku perpustakaan, peraturan perundang-undangan, karya ilmiah, artikel, serta dokumen yang berkaitan dengan penelitian. Bahan hukum sekunder tersebut mencakup tiga bagian, yaitu:¹⁸⁵

1.8.5.1 Bahan Hukum Primer

Bahan Hukum Primer Menurut Mukti Fajar dan Yulianto Achmad¹⁸⁶ ”bahan hukum yang bersifat autoritatif artinya mempunyai otoritas, yaitu merupakan hasil dari tindakan atau kegiatan yang dilakukan oleh lembaga yang berwenang untuk itu”. Bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat. Bahan hukum primer dalam penelitian ini merupakan peraturan perundang-undangan tentang wakaf yaitu Undang-Undang Nomor 41 tahun 2004 tentang Wakaf.

1.8.5.2 Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder, yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang dapat memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer. Bahan hukum sekunder dapat berupa: regulasi turunan dari Undang-Undang Wakaf seperti Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2006 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 41 tahun 2004 tentang Wakaf, kemudian juga buku-buku hukum; jurnal-jurnal hukum; karya tulis hukum atau pandangan Ahli hukum yang termuat dalam media masa dan Internet.

¹⁸⁴ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2011, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, hlm. 12.

¹⁸⁵ *Ibid*, hlm. 13.

¹⁸⁶ Mukti Fajar dan Yulianto Achmad. *Op. cit.* hlm. 192.

1.8.5.3 Bahan Hukum Tersier

Bahan hukum tertier, yakni bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap hukum primer dan sekunder; contohnya adalah kamus, ensiklopedia, indeks kumulatif dan seterusnya.

1.8.6 Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Dalam pengumpulan data selalu diupayakan sebanyak mungkin data yang berkaitan dengan masalah penelitian. Sebagaimana yang dikemukakan oleh Mukti Fajar dan Yulianto Achmad,¹⁸⁷ bahwa ”teknik pengumpulan data dalam penelitian hukum normatif dilakukan dengan studi pustaka terhadap bahan-bahan hukum, baik bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, maupun bahan hukum tersier

Untuk menjawab permasalahan yang ada promovendus melakukan pengumpulan bahan hukum melalui studi dokumen (studi kepustakaan) meliputi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier yakni dengan cara melakukan inventarisasi dan identifikasi terhadap sejumlah peraturan perundang-undangan, dokumen hukum, catatan hukum, hasil-hasil karya ilmiah dan bahan bacaan/literatur yang berasal dari ilmu pengetahuan hukum dalam bentuk buku, artikel, jurnal dan hasil penelitian yang ada kaitannya dengan penelitian disertasi.

1.8.7 Analisa Bahan Hukum

Setelah bahan hukum dikumpulkan dengan lengkap, tahap berikutnya promovendus mengolah dan menganalisis bahan hukum. Analisa bahan hukum akan menggunakan metode analisis normatif, merupakan cara menginterpretasikan dan mendiskusikan bahan hasil penelitian disertasi berdasarkan pada pengertian hukum,

¹⁸⁷ *Ibid*, hlm. 160.

norma hukum, teori-teori hukum serta doktrin yang berkaitan dengan pokok permasalahan penelitian disertasi.

Norma hukum diperlukan sebagai premis mayor, kemudian dikorelasikan dengan fakta-fakta yang relevan (*legal facts*) yang dipakai sebagai premis minor dan melalui proses silogisme akan diperoleh kesimpulan (*conclusion*) terhadap permasalahannya.

1.9 Orisinalitas Penelitian

Penelitian disertasi dengan judul: **REKONSTRUKSI UNDANG-UNDANG NOMOR 41 TAHUN 2004 TENTANG WAKAF UNTUK MEWUJUDKAN HUKUM WAKAF UANG YANG BERBASIS NILAI KEADILAN MENUJU PENINGKATAN EKONOMI UMAT** adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik (sarjana, magister, ataupun doكتور), baik di Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang maupun di perguruan tinggi lainnya.

Promovendus berusaha melacak, beberapa penelitian terdahulu yang berkaitan dengan judul penelitian dan dapat dijadikan dasar orisinalitas penelitian yang akan Promovendus lakukan, sebagai berikut:

- 1) Naimah, dengan judul penelitian: *“Kedudukan Hukum Wakaf Tunai dalam Telaah Fiqh Muamalah serta Implementasinya dalam Hukum Positif di Indonesia”*. Dari penelitian tersebut, peneliti menyimpulkan hasil penelitiannya bahwa Hukum Wakaf Tunai dalam fiqih muamalah merupakan sesuatu yang masih debatable, sebagian ulama membolehkan yaitu ulama kalangan mazhab Hanafiyah, sedang ulama-ulama yang lain masih belum membolehkannya. Adapun kedudukan dalam sistem hukum di Indonesia adalah sebagai hukum

positif, dimana hal ini terbukti dengan diterbitkannya Undang-Undang 41 Tahun 2004 dan Peraturan Pemerintah Nomor. 42 tahun 2006 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 sebagai payung hukum perwakafan di Indonesia. Undang-Undang Nomor 41 tahun 2004 Tentang Wakaf, menentukan bahwa benda yang dapat diwakafkan tidak saja benda tetap (tidak bergerak) tetapi terdiri dari benda bergerak dan tidak bergerak. Di antara benda yang bergerak yang dapat diwakafkan adalah wakaf tunai (wakaf uang). Kajian yang peneliti lakukan tersebut tentu secara judul maupun esensi berbeda dengan penelitian yang promovendus lakukan.

- 2) Sri Handayani, SH., dengan judul penelitian: “*Pelaksanaan Wakaf Uang dalam Perspektif Hukum Islam setelah Berlakunya Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf Di Kota Semarang*”. Berdasarkan penelitiannya, peneliti menyampaikan bahwa pelaksanaan wakaf uang ditinjau dari hukum Islam adalah diperbolehkan asal uang itu diinvestasikan dalam usaha bagi hasil (*mudharabah*), kemudian keuntungannya disalurkan sesuai dengan tujuan wakaf. Sehingga uang yang diwakafkan tetap, sedangkan yang disampaikan kepada *mauquf ‘alaih* adalah hasil pengembangan wakaf uang tersebut. Menurut Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf bahwa pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf khususnya wakaf tunai dilakukan dengan prinsip syariah, seperti *mudharabah*, *murabahah*, *musharakah*, atau *ijarah*. Selain manfaat dari wakaf uang, juga ada beberapa hambatan dalam pelaksanaan wakaf uang ini, yaitu mengenai peraturan pelaksanaannya yang masih belum jelas, sehingga kepastian hukum wakaf uang masih lemah. Penelitian ini berbeda dengan penelitian promovendus, akan tetapi dapat menjadi bahan masukan untuk

membantu promovendus menggali tentang wakaf uang sehingga rekonstruksi yang dihasilkan benar-benar tepat dan berguna bagi pengaturan wakaf uang ke depannya.

- 3) Fajar Hidayanto, dengan judul penelitian: "*Wakaf Tunai Produktif*". Secara umum, peneliti menggali permasalahan wakaf tunai produktif dari tinjauan pengelolaan atau manajemen wakaf tunai. Peneliti menjelaskan bahwa Manajemen wakaf tunai diimplementasikan dalam bentuk pengelolaan dana wakaf yang berupa uang dilakukan oleh pengurus lembaga wakaf dan disebut sebagai nadzir. Mereka adalah tenaga profesional yang harus memiliki kemampuan berorganisasi memahami perekonomian khususnya bidang keuangan Islami, dan didukung oleh pengetahuan ihnu syari'ah yang mumpuni. Serta anianah terhadap tugasnya. Jika dibandingkan dengan penelitian disertasi yang promovendus lakukan, maka penelitian ini hanya bersifat parsial tentang kajian hukum mengenai wakaf uang. Oleh karena itu, penelitian ini dapat menjadi bahan masukan bahkan referensi bagi promovendus untuk membahas dan menyusun disertasi. Akan tetapi hal tersebut, bukan berarti Promovendus mengatakan bahwa penelitian ini mirip atau serupa dengan disertasi promovendus. Dari uraiannya sangat jelas perbedaan antara penelitian ini dengan penelitian disertasi Promovendus.
- 4) Mukhyar Fanani, dengan judul penelitian: "*Pengelolaan Wakaf Uang*". Dalam penelitian tersebut, peneliti sebagaimana penelitian sebelumnya, juga fokus terhadap permasalahan manajemen wakaf uang. Dalam penelitian ini ditemukan 7 (tujuh) kelemahan rendahnya sosialisasi kepada masyarakat tentang wakaf uang, minimnya nāzir yang profesional, belum adanya sistem mobilisasi dana yang

efektif, lemahnya sistem manajerial, rendahnya komitmen pada manajemen risiko, belum terlindunginya purchasing power of money, dan masih adanya keragaman prioritas sasaran penyaluran. Dengan demikian, jelas secara judul dan secara esensi, penelitian ini berbeda dengan penelitian yang promovendus lakukan yaitu kajian terhadap aspek yuridis, terutama terhadap regulasi wakaf uang itu sendiri. Meskipun demikian, promovendus bukan berarti mengkesampingkan realitas sosial yang ada ditengah masyarakat mengenai implementasi wakaf uang.

1.10 Sistematika Penulisan

Untuk menjelaskan gambaran umum mengenai penelitian disertasi ini, maka Promovendus menyusun sistematika penulisan sebagai berikut:

Bab pertama, merupakan pendahuluan yang berisi terdiri dari beberapa sub bab yaitu tentang latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, kerangka konseptual, kerangka teori, kerangka pemikiran, orisinalitas penelitian dan sistematika penulisan.

Kemudian bab kedua, menguraikan tinjauan pustaka yang menguraikan tentang wakaf uang dimana pembahasan ini terdiri beberapa bahasan, yaitu: pengertian wakaf uang, dasar hukum wakaf uang, manfaat dan tujuan wakaf uang, potensi wakaf uang, pengelolaan wakaf uang, pemanfaatan wakaf uang, strategi pengelolaan wakaf uang dan peluang pengelolaan dan pemberdayaan wakaf uang.

Bab ketiga, menguraikan tentang penerapan, kedudukan dan kekuatan hukum wakaf uang dalam Sistem Hukum di Indonesia, bahasan ini terdiri dari sub-sub bahasan mengenai sistem hukum nasional dan eksistensi hukum Islam, sejarah dan

kodifikasi hukum wakaf uang di Indonesia, penerapan hukum wakaf uang di Indonesia berdasarkan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf, serta kedudukan dan kekuatan hukum wakaf uang dalam Sistem Hukum Nasional di Indonesia.

Bab keempat, menguraikan tentang akibat praktek hukum exciting pada Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf, problematika yang ada pada penerapan hukum wakaf uang di Indonesia.

Adapun bab kelima, bab yang menguraikan dan menjelaskan tentang konstruksi ideal Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf untuk mewujudkan hukum wakaf uang yang berbasis nilai keadilan menuju peningkatan ekonomi umat. Bab ini menguraikan bahasan-bahasan mengenai pelaksanaan wakaf di beberapa negara Islam, pengaturan Wakaf berdasarkan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf, dan konstruksi ideal Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf untuk mewujudkan hukum wakaf uang yang berbasis nilai keadilan menuju peningkatan ekonomi umat .

Terakhir adalah bab keenam yaitu Penutup. Pada bab ini dideskripsikan mengenai simpulan penyusun hasil analisis pembahasan, implikasinya dan saran-saran yang dipandang perlu.