

Kesedian Menjadi Editor Buku Eksternal Kotak Masuk x

febiuinsupress@gmail.com 24 Maret 2022
Kepada Yth. Bapak Dr. Muhammad Yafiz, M.Ag Ass. Dengan hormat, Berikut kami kirimkan file dokumen draft buku: 1. Judul : Teori Hukum Ekonomi Syariah di Indonesia

muhammadyafiz <muhammadyafiz@uinsu.ac.id> Sab, 26 Maret 2022
kepada febiuinsu, saya

Wa'alaikumsalam Wr. Wb. Terima kasih dan akan segera dibaca dan diberikan catatan. Afwan

Dikirim dari Galaxy saya

----- Pesan asli -----
Dari: febiuinsu press <febiuinsupress@gmail.com>
Tanggal: 24/03/22 18.53 (GMT+07:00)
Ke: muhammadyafiz@uinsu.ac.id
Subjek: Kesian Menjaci Editor Buku

Balas Teruskan

Teori Hukum Ekonomi Syariah Eksternal Kotak Masuk x



muhammad yafiz

21 Mei 2022

ss. Yth. FEBI UINSU Press. Berikut kami kirimkan hasil suntingan draft buku sebagaimana berikut: Beberapa catatan perbaikan: 1. Perhatikan kembali kalimat pada



febiuinsu press

kepada saya

Sen, 23 Mei 2022

Wss.
Sebelumnya kami ucapkan terima kasih. Selanjutnya akan kami teruskan kepada penulis untuk penyempurnaan

Ttd.
FEBI UINSU Press

...

Balas

Teruskan

Kata Pengantar Editor Teori Hukum Ekonomi Syariah Eksternal Kotak Masuk x



febiuinsu press

4 Juli 2022

Ass. Kpd Yth. Bapak Dr. Muhammed Yafiz Mhn dapat mengirinkan kata pengantar editor untuk buku Teori Hukum Ekonomi Syariah Wassalam FEBI UINSU Press



muhammad yafiz <muhammadyafiz@uinsu.ac.id>

Sen, 18 Juli 2022

kepada febiuinsu

Kepada Yth. FEBI UINSU Press.

Sebelumnya saya ucapkan terima kasih atas kerjasamanya. Bersama ini saya kirimkan kata pengantar dimaksud sebagaimana terlampir. Semoga sukses selalu. Terima Kasih Wassalam.

Muhammad Yafiz

Satu lampiran • Dipindai dengan Gmail



BAB I PENDAHULUAN

A. Perkembangan Ekonomi Islam dan Kebutuhan Terhadap Teori

Problematika hukum ekonomi syariah muncul seiring dengan kegiatan ekonomi itu sendiri. Dalam bentuk yang formal, problema hukum ekonomi syariah muncul dan tumbuhnya seiring dengan perkembangan industri ekonomi syariah. Kegiatan ekonomi terus mengalami perubahan dan perkembangan sesuai dengan kondisi, tempat dan waktu. Kondisi yang berbeda membuat kegiatan ekonomi juga berbeda dan berimplikasi terhadap hukum. Demikian pula dengan perbedaan tempat dimana satu komunitas mempunyai norma norma tersendiri dalam ekonomi. Kegiatan ekonomi mempunyai perubahan besar seiring dengan perkembangan informasi dan teknologi.

Comment [x1]: hukum

Dalam bidang perbankan misalnya, perbankan syariah sebagai bagian dari sistem perbankan nasional mengalami perkembangan dan perubahan dari waktu ke waktu. Pada awalnya praktek perbankan syariah dilandasi oleh ketentuan Undang-Undang Perbankan yakni Undang-Undang No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan yang kemudian diubah menjadi Undang-Undang No. 10 Tahun 1998 tentang Perbankan. Kemudian pada tahun 2008 praktek perbankan syariah memiliki pijakan yang kuat dengan undang-undang khusus perbankan syariah, yaitu Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan. Dalam undang-undang tersebut, secara eksplisit diatur perbankan berdasarkan prinsip syariah.

Comment [x2]: tentang Perbankan Syariah

Selanjutnya, keberadaan perbankan syariah diperkuat dengan Undang-undang No. 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia sebagaimana diubah dengan Undang-Undang No. 3 Tahun 2004, yang memberikan kewenangan kepada Bank Indonesia untuk melakukan pembinaan, pengawasan dan pengembangan perbankan syariah serta melakukan pengelolaan moneter melalui perbankan syariah dengan menggunakan instrumen yang sesuai dengan prinsip syariah.

Dalam pelaksanaannya, prinsip syariah yang harus dipatuhi oleh bank-bank syariah menurut Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah adalah prinsip perbankan syariah yang telah difatwakan oleh Dewan Syariah Nasional, Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI). Fatwa DSN-MUI baru dianggap sebagai hukum positif setelah diakomodir oleh peraturan perundang-undangan. Pasal 24 ayat (1) dan ayat (2) huruf a dan Pasal 25 huruf a Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah secara tegas menyatakan bahwa bank syariah dilarang melakukan kegiatan usaha yang bertentangan dengan prinsip syariah.¹

Comment [x3]: Bank Pembiayaan Rakyat Syariah (BPRS)

Demikian pula dalam hal akad, akad syariah yang dibuat antara bank (Bank Umum Syariah, Unit Usaha Syariah dan Bank Perkreditan Rakyat Syariah) dan nasabah tidak boleh berisi syarat-syarat dan ketentuan-ketentuan yang bertentangan dengan prinsip syariah. Sesuai dengan asas hukum perjanjian, sebagaimana dimuat dalam KUHPerdara, suatu perjanjian tidak boleh antara lain,

¹ Pasal 24 ayat (1) dan ayat (2) huruf a dan Pasal 25 huruf a Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

bertentangan dengan undang-undang. Apabila isi suatu perjanjian bertentangan dengan undang-undang, maka perjanjian tersebut atau ketentuan (pasal atau ayat) yang bertentangan dengan undang-undang menjadi batal demi hukum. Apabila suatu perjanjian atau ketentuan dalam perjanjian menjadi batal demi hukum, maka konsekuensi hukumnya perjanjian atau ketentuan yang bertentangan dengan undang-undang tersebut dianggap tidak pernah ada.²

Nilai-nilai Islam yang perlu diterapkan dalam aktivitas perbankan syariah berdasarkan hukum perjanjian Islam antara lain, *al-hurriyah* (kebebasan), *al-musawah* (persamaan atau kesetaraan), *al-'adalah* (keadilan), *al-ridha* (kerelaan), *ash-shidq* (kebenaran dan kejujuran), *al-kitabah* (tertulis). *Al-hurriyah* (kebebasan) merupakan prinsip dasar dalam hukum perjanjian Islam, dimana para pihak bebas membuat suatu perjanjian atau akad (*freedom of making contract*). *Al-musawah* (persamaan atau kesetaraan) merupakan asas yang mengatur bahwa para pihak mempunyai kedudukan yang sama (*bargaining position*) dalam menentukan *term and condition* dari suatu akad/perjanjian. *Al-'adalah* (keadilan) merupakan asas yang mengatur bahwa dalam suatu perjanjian/akad setiap pihak harus melakukan yang benar dalam pengungkapan kehendak, keadaan dan memenuhi semua kewajiban. *Al-ridha* (kerelaan) merupakan asas yang menyatakan bahwa, segala transaksi yang dilakukan harus atas dasar kerelaan antara masing-masing pihak dan tidak boleh ada unsur paksaan, tekanan, penipuan dan *mis-statement*. *Ash-shidq* (kebenaran dan kejujuran) merupakan asas yang mengatur bahwa dalam perjanjian/akad setiap pihak harus berlaku jujur dan benar. *Al-kitabah* (tertulis) merupakan asas yang mengatur bahwa setiap perjanjian/akad hendaknya dibuat secara tertulis guna pembuktian di kemudian hari.³

Pertumbuhan industri ekonomi syariah dapat dilihat dari total aset keuangan syariah Indonesia sebesar Rp 1.048,8 triliun, yang terdiri aset Perbankan Syariah Rp 389,74 triliun, IKNB Syariah Rp 99,15 triliun, dan Pasar Modal Syariah Rp 559,59 triliun. Dari jumlah tersebut jika dibandingkan dengan total aset industri keuangan yang mencapai Rp 13.092 triliun, maka *market share* industri keuangan syariah sudah mencapai 8,01%. Industri perbankan syariah saat ini terdiri dari 13 bank umum syariah, 21 bank unit syariah, dan 167 BPR syariah, memiliki total aset Rp 389,7 triliun atau 5,44 persen dari total aset perbankan nasional. IKNB syariah terdiri dari 59 asuransi syariah, 38 pembiayaan syariah, 6 penjaminan syariah, 10 LKM syariah dan 10 IKNB syariah lainnya, memiliki aset Rp 99,15 triliun atau 4,78 persen dari total aset IKNB nasional. Sedangkan jumlah Sukuk Negara *outstanding* mencapai 56 seri atau 33,53% dari total jumlah Surat Berharga Negara *outstanding* sebanyak 167. Sedangkan jumlah reksadana syariah per 31 Agustus 2017 sebanyak 160 atau meningkat sebesar 17,65 % dibandingkan akhir tahun 2016 yaitu 136. Sementara NAB per 31 Agustus 2017 sebesar Rp 20,62 triliun atau meningkat 38,30% dibandingkan NAB akhir tahun 2016 sebesar Rp 14,91 triliun.⁴

Comment [x4]: Sebaiknya paragraf dipecah. Paragraf terlalu panjang

² Sutan Remy Sjahdeini, *Perbankan Syariah, Produk-produk dan Aspek-aspek Hukumnya*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2014), h. 127.

³ Fathurrahman Djamil (et al), *Hukum Perjanjian Syariah dalam Kompliasi Hukum Perikatan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), h. 249.

⁴Data Per Agustus 2017, lihat <https://www.ojk.go.id/id>

Dalam perkembangannya, sengketa ekonomi syariah terus bertambah. Jumlah perkara ekonomi syariah yang ditangani pengadilan-pengadilan di lingkungan peradilan agama meningkat cukup drastis. Pada tahun 2016 terdapat lebih 146 perkara ekonomi syariah yang ditangani mahkamah syariah/pengadilan agama seluruh Indonesia. Data tersebut belum termasuk perkara ekonomi syariah yang masih dalam upaya hukum, baik banding, kasasi maupun peninjauan kembali.

Berbagai perkara hukum ekonomi syariah telah diputuskan oleh para hakim di lingkungan peradilan agama menjadi tantangan tersendiri bagi hakim di lingkungan peradilan agama. Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama dan Kamar Agama Mahkamah Agung telah dan terus mengupayakan agar perkara-perkara ekonomi syariah ditangani secara profesional. Dalam menyelesaikan sengketa tersebut, tentu para hakim mempunyai dalil dan teori untuk menyelesaikan masalah tersebut.

Di lingkungan penstudi hukum teoritis, masalah-masalah ekonomi Islam diteliti oleh mahasiswa khususnya mahasiswa doktoral. Penstudi hukum membentangkan penalarannya berdasarkan tingkat kedalaman pemahaman, sudut pandangan dalam memandang peristiwa hukum untuk selanjutnya membentuk konsep-konsep, asumsi dan proposisi-proposisi hukum ekonomi. Para penstudi hukum menawarkan konsep (*concept*), proposisi atau pernyataan (*proposition, statement*) dan penalaran (*reasoning*) yang ada dalam kelompok pemikir di masing-masing domain menyebabkan setiap pengembangan hukum memiliki keleluasan untuk melakukan pilihan terhadap satu orientasi berfikir yuridis (model penalaran) tertentu.⁵

Dalam hukum Islam posisi proposisi doktrinal mirip sebagai konsep syariah dimana proposisi yang bersifat tetap, tidak berubah dan berlaku secara universal (umum),⁶ sedangkan proposisi sosial mirip dengan konsep fikih yang tidak bersifat tetap, dapat berubah, terdapat ketergantungan terhadap waktu, tempat dan kondisi dalam menafsirkan sumber hukum melalui penalaran

⁵ Proposisi doktrinal diartikan...*purport to state legal rules and are found in or can be derived from sources that are generally regarded by the legal profession as expressions of legal doctrine. One group of doctrinal sources consists of official texts that are regarded as binding on the deciding court, such as statutes and precedents of the deciding court's jurisdiction. A second group of doctrinal sources consists of official texts that are not binding on the deciding court, such as precedents in other jurisdictions and statutes that are applicable only by analogy. A third group consists of texts written by members of the profession, such as Restatements, treatises, and law reviews.* Sedangkan proposisi sosial berarti *all propositions other than doctrinal propositions. The types of social propositions most salient to the common law are moral norms, policies, and empirical propositions (i.e., propositions that describe the way in which the world works, such as statements concerning individual behavior and institutional design; statements that describe aspects of the present world, such as trade usages; or statements that describe historical events, such as how a trade usage developed).* Lihat, Melvin A. Eisenberg, *The Principles of Legal Reasoning in the Common Law*, dalam Douglas E. Edlin (Ed), *Common Law Theory*, (UK: Cambridge University Press, 2007), hlm. 81-82.

⁶⁶ Secara umum syariah diartikan sebagai ketentuan Allah Swt. yang berhubungan dengan perbuatan manusia dewasa berupa suatu perbuatan, pilihan atau ketentuan sesuatu sebagai syarat, sebab atau penghalang. Lihat Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqh*, (Kairo: Dar al-Fikr, 1957), hlm. 6.

sistematis.⁷ Penalaran hukum Islam pun sangat tergantung kepada jarak antara penstudi hukum dengan kondisi sosial yang melingkupinya terhadap syariah yang merupakan titah dari langit. Karenanya, hukum Islam tetap hidup dimana ia berada dan berusaha menyesuaikan dengan keberadaannya dengan lingkungan sosialnya.

Dalam bidang hukum ekonomi, hukum ekonomi Islam dilakukan dari waktu ke waktu, salah satunya adalah larangan riba. Sebagaimana diketahui bahwa larangan riba adalah larangan hukum yang “klasik” dalam Islam, namun praktik larangan riba di dunia perbankan baru terwujud dalam hukum formil adalah sejak tahun tahun 1990-an.⁸ Sebelum itu, keinginan mempraktekkan larangan riba terus dibahas dan diikhtiyarkan oleh umat Islam dalam batasan-batasan tertentu sehingga akhirnya terwujud dalam bentuk hukum.

Dalam perkembangannya, hukum Islam telah menjadi salah satu perspektif dalam aktivitas ekonomi terutama di bidang keuangan. Beberapa tahun belakang, hukum Bisnis Islam telah menjadi sumber hukum ekonomi dalam bentuk yang lebih luas dan telah mengikat (*qadhâ'i*) dalam peraturan perundang-undangan dan sistem peradilan di Indonesia.⁹ Sedangkan norma hukum Islam yang belum diberlakukan dalam hukum yang mengikat telah diperkenalkan dalam teori-teori hukum ekonomi lainnya seperti halnya Hukum Perlindungan Konsumen (*Consumer Protection Law*) sesungguhnya telah diatur dalam hukum Islam, terutama berkaitan hukum kontrak (*'uqud*), hak *khiyâr*, *ba'y al-gharâr* serta jual beli perantara (*samsarah*).¹⁰ Tentang HaKI (*Intellectual Property Right (IPR)*) dibahas dalam fikih harta (*amwal*), fikih hak milik (*haqq*), yang dikaji dengan teori hukum Islam tentang adat isti'adat (*u'rf*) dan masalah mursalah.¹¹ Tentang organisasi bisnis atau korporasi terdapat dalam fikih *syârikah*, *dhâribah*, *muzarâ'ah*, *musâqqah*, fikih akad.¹²

Comment [x5]: Istilah asing (miring)

⁷ Fikih diartikan sebagai ilmu tentang hukum-hukum syariah yang bersifat praktis ('amaliah) yang diperoleh dari dalili-dalil yang bersifat terperinci atau kumpulan hukum-hukum syariah bersifat praktis yang diperoleh dari dalil-dalil yang terperinci. Abd Wahab Khalaf, *Ilm Ushul al-Fiqh*, (Kairo: Dar al-'Ilm, 1978), hlm. 11

⁸ Praktek perbankan bebas riba secara yuridis diawali dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan tanggal 25 Maret 1992 yang mengakui sistem bagi hasil. Lalu, Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan tanggal 10 November 1998 dengan sistem *dual banking*. Kemudian diberlakukannya UU No. 21 Tahun 2007 tentang Perbankan Syariah yang menunjukkan semakin mantapnya norma hukum ekonomi Islam dalam sistem perbankan di Indonesia.

⁹ Dalam bentuk perundang-undangan, hukum ekonomi Islam telah menjadi hukum mengikat (*Qadhâ'i*) seperti UU No. 3 Tahun 2006 yang berkaitan dengan penyelesaian sengketa (*dispute*) kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syariah. Demikian juga UU No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas yang mewajibkan kepada setiap perseroan terbatas yang menjalankan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah mempunyai Dewan Pengawas Syariah (DPS). Dalam bidang perbankan, UU No. 21/2008 Tentang Perbankan Syariah adalah landasan hukum bagi pengimplementasian akad-akad ekonomi syariah dan lain sebagainya.

¹⁰ Lebih lanjut tentang hukum perlindungan konsumen menurut Islam, Soffa Ihsan, *Fikih Perlindungan Konsumen*, (Tangerang: Pustaka Cendekiamuda: 20011).

¹¹ Tentang hak cipta dalam Islam dapat dirujuk buku, Subhan MA Rahman MA, *Hak Cipta dalam Perspektif Hukum Islam*, (Jambi: Sulthan Thaha Press, 2007).

¹² Lebih lanjut lihat, Imran Ahsan Khan Nyazee, *Islamic of Business Organization Partnership*, (Kuala Lumpur: The Other Press, 1997).

Perkembangan hukum ekonomi Islam di atas menegaskan keberlakuan hukum Islam sebagai salah satu sumber hukum di Indonesia. Hukum Islam harus berperan dalam kehidupan hukum dan masyarakat Indonesia, sebab Indonesia merupakan negara yang menganut paham negara hukum. Konsekuensi sebagai Negara hukum yang termaktub dalam konstitusi adalah hukum adalah batasan resmi sebagai standar perilaku masyarakat Indonesia. Sedangkan sumber hukum di Indonesia terdiri atas hukum adat, hukum Islam dan hukum asing¹³ yang mempunyai kedudukan yang sama sebagai pemasok hukum nasional.¹⁴

Keberlakuan hukum Islam dalam hukum nasional menuntut adanya rumusan teori hukum Islam dalam mengkaji masalah-masalah ekonomi. Satu hal yang harus diperhatikan bahwa teorisasi dalam konteks pembangunan hukum harus bermuara pada karakter keindonesiaan.¹⁵ Hal ini sesuai dengan sifat hukum Islam (fikih) yang bersifat dinamis sesuai dengan kondisi (*ahwal*), waktu (*azman*) dan tempat (*amkan*).¹⁶ Sebab kebutuhan hukum sesuai dengan kebutuhan pada saat tertentu (*zaman*), persoalan/masalah yang sedang terjadi dan dimana *locus delicti* terjadinya masalah hukum yang bersandarkan kepada sumber-sumber hukum yang disepakati. Untuk itulah mengidentifikasi, menganalisis, membandingkan serta merumuskan teori hukum Islam untuk menemukan model teori hukum ekonomi Islam yang tepat dalam menghadapi problematika hukum penting dilakukan.

Berdasarkan fenomena di atas muncul beberapa persoalan mendasar tentang rumusan dan batasan teori hukum ekonomi Islam? Bahkan, dalam perkembangan selanjutnya diperlukan reformulasi teori hukum ekonomi syariah, mengingat munculnya teori ekonomi Islam baru dalam beberapa decade belakangan. Lalu, bagaimana perkembangan dan pergeseran teori hukum ekonomi Islam di Indonesia dalam beberapa tahun belakangan, serta bagaimana model teori hukum Islam di Indonesia dalam menghadapi problematika hukum?

Pemahaman yang utuh terhadap teori hukum menjadi penting bagi para teoritik dan praktisi. Temuan penelitian dimaksudkan untuk memberikan gambaran komprehensif tentang teori hukum ekonomi sehingga sangat bermanfaat bagi kalangan teoritis/akademis dalam menguraikan masalah-masalah hukum ekonomi kontemporer. Dalam hal ini, teori hukum ekonomi Islam dapat menjadi alternatif bagi penstudi hukum dalam mengurai masalah-masalah hukum

¹³ Penulis lebih sepakat untuk menyebut dengan istilah hukum asing, bukan hukum Belanda atau Barat, sebab dalam perkembangannya sumber hukum di Indonesia tidak hanya dari Belanda sebagai bekas negeri jajahan atau barat tetapi juga dari sumber-sumber lain termasuk Arab dan sebagainya. Lebih lagi salah satu sumber hukum adalah perjanjian dan kesepakatan-kesepakatan internasional yang merupakan kesepakatan banyak Negara.

¹⁴ Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Cet. 16, (Jakarta: RajaGrafindo, 2011), hlm. 266

¹⁵ Teorisasi dalam konteks pembangunan hukum yang bermuara pada karakter keindonesiaan menjadi lebih penting, ketika pemikir hukum di negeri ini memiliki komitmen bahwa hukum nasional yang hendak diciptakan merupakan kerangka acuan bagi kehidupan berbangsa dan bernegara untuk menemukan identitas hukum nasional. Khuzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum (Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990)*, cet. 5 Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), hlm. 1-2.

¹⁶ Ibn Qayyim al-Jauziyah, *‘Ilam al-Muwaqqi’in*, Juz III, (Beirut: Dar al-Fikr, t.tp), hlm. 3

ekonomi di Indonesia. Khusus bagi, kalangan akademisi penelitian ini bermanfaat bagi dosen dan mahasiswa serta menjadi rujukan teori hukum ekonomi Islam Indonesia.

Selain itu, teori hukum ekonomi syariah juga berguna bagi praktisi hukum seperti hakim, advokat, jaksa dan penggiat hukum dalam menyelesaikan perkara-perkara hukum ekonomi Islam di Indonesia. Khusus bagi pengambil kebijakan publik penelitian ini dapat menjadi alternatif dalam penyelesaian masalah-masalah publik sesuai dengan keluasan dan keluesan sifat teori hukum ekonomi Islam.

B. Beberapa Penelitian Tentang Teori Hukum

Penelitian teori hukum ekonomi Islam masih sulit ditemukan. Pembicaraan teori masih dalam hal teori hukum Islam secara umum. Berdasar penelitian awal yang dilakukan terdapat beberapa penelitian yang terkait dengan teori hukum seperti tulisan tentang teorisasi hukum di Indonesia pernah dilakukan oleh Khuzaifah Dimiyati dalam bentuk disertasi yang telah dibukukan yang berjudul “Teorisasi Hukum: Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990”. Khuzaifah menulis tentang pemikiran hukum dalam tiga periode yakni pertama, pemikiran hukum antara tahun 1945 sampai 1960 yang diwakili oleh Prof. Dr. Mr. Soepomo dan Prof. Dr. Mr. Soekanto, pemikiran hukum antara tahun 1960-1970 yang diwakili Prof. dr. Djokusutono dan Prof. Hazairin, Prof. Mr. Djojodigono, Prof. Mr. Soediman Kartohadiprodjo, ketiga pada dekade 1970-1990-an yang diwakili oleh Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, Prof. Dr. Mokhtar Kusumaatmadja, Prof. Dr. Sunaryati Hartono dan Prof. Dr. Mohammad Koesnoe.

Penelitian ini mengajukan pemikiran hukum yang bersifat holistik sebagai sebuah potret atau sebuah konfigurasi tentang hukum di Indonesia atau “teorisasi hukum di Indonesia” yang berasal dari dua (2) variabel besar yakni hukum yang ingin melepaskan diri dari hukum Belanda dengan mengajukan hukum yang hidup (*living law*) dalam masyarakat Indonesia, sedangkan disisi lain hukum yang dapat merespons perubahan sosial ke arah modern.

Selain itu, tulisan tentang teorisasi hukum di Indonesia juga pernah dilakukan oleh Khuzaifah Dimiyati yang berjudul: “Pemikiran Hukum: Konstruksi Epistemologis Berbasis Budaya Hukum Indonesia”. Penelitian ini telah berhasil mengidentifikasi, mengeksplorasi dan memetakan pemikiran ilmu hukum di Indonesia dengan mengurai karakteristik pemikiran dari para penstudi hukum teoritik dalam aspek epistemologi ilmu hukum. Selain itu, penelitian Khuzaifah menawarkan suatu model epistemologi yang mengintegrasikan antara ilmu dan agama sebagai sebuah alternatif pengembangan ilmu hukum dengan mengambil sampel pada disertasi-disertasi yang ditulis oleh mahasiswa dari enam perguruan tinggi yang menyelenggarakan program doktor ilmu hukum.¹⁷

¹⁷ Adapun disertasi yang diteliti oleh Khuzaifah Dimiyati adalah Disertasi Doktor Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Indonesia (UI), Universitas Sumatera Utara (USU), Universitas Airlangga, Universitas Diponegoro (UNDIP), Universitas Hasanuddin (UNHAS), Universitas Padjajaran (UNPAD). Lihat Khuzaifah Dimiyati, *Pemikiran Hukum: Konstruksi Epistemologis Berbasis Budaya Hukum Indonesia*, Op-Cit

Comment [x6]: Sebaiknya angka dulu baru teksnya di dalam kurung

Penelitian tentang pemikiran hukum Islam pernah dilakukan oleh Muhammad Iqbal dalam bentuk disertasi di Universitas Islam Negeri (UIN) Syarif Hidayatullah yang berjudul: “Hukum Islam Indonesia Modern: Dinamika Pemikiran Fiqih Klasik ke Fiqh Indonesia”. Penelitian ini membahas dinamika dan kontroversi pemikiran hukum Islam Indonesia pada tahun 1990 hingga 1970. Hasil penelitian Iqbal membagi tipologi pemikiran hukum kepada pemikiran hukum tradisional, modernis dan salafi yang diwakili oleh tokoh-tokoh hukum yang dipilih.

Penelitian tentang hukum Islam pernah dilakukan oleh Agus Muhammad Najib dalam bentuk disertasi di Universitas Islam Negeri (UIN) Sunan Kalijaga Yogyakarta dengan judul: “Pengembangan Metodologi Fiqih Indonesia dan Kontribusinya bagi Pembentukan Hukum Nasional.” Penelitian Agus mencoba menawarkan bangunan metodologi fiqih Indonesia dengan empat langkah, pertama, analisis teoritis yang bersifat normative-deduktif terhadap permasalahan hukum yang muncul, kedua analisis empiris yang bersifat induktif mengenai masalah hukum dengan menganalisis permasalahan yang dikaitkan dengan realitas, pandangan dan praktik yang ada dalam masyarakat Indonesia (*urf* Indonesia). Ketiga, dialektika antara masalah yang pertama dan langkah kedua dengan maksud membentuk formulasi norma hukum Islam yang jelas dan konkrit. Keempat adalah objektivikasi hukum Islam yang telah dihasilkan sehingga rumusan hukumnya akan dapat sesuai dan diterima oleh seluruh masyarakat Indonesia tanpa membedakan suku dan agama.¹⁸

Pada penelitian Khuzaifah Dimiyati mempunyai persamaan dengan buku ini yakni dalam hal pembahasan teori hukum di Indonesia. Namun penelitian yang dilakukan oleh Dimiyati adalah teori hukum umum yang mayoritas berasal dari pemikiran barat sedangkan buku ini secara spesifik akan membahas teori hukum Islam baik yang dilakukan di Indonesia maupun di luar negeri. Selain itu, buku ini juga berisikan teori hukum Islam yang dilakukan oleh para pemikir hukum Islam di berbagai universitas di luar negeri baik universitas Islam maupun universitas umum.

Penelitian Muhammad Iqbal mempunyai kesamaan dengan buku ini yakni dalam hal pemikiran hukum Islam secara umum, dimana Iqbal secara komprehensif menampilkan pemikiran Islam sejak tahun 1945 hingga 1992. Namun demikian, terdapat dua perbedaan mendasar penelitian Iqbal dengan buku ini yakni:

Pertama penelitian pemikiran hukum Islam Muhammad Iqbal hanya terfokus tentang corak serta kontroversi hukum Islam antar generasi ulama/pemikir hukum Islam di Indonesia sehingga belum sampai membahas teori hukum yang digunakan. Berbeda dengan penelitian yang akan dilakukan yang terfokus pada teori hukum yang digunakan untuk memperoleh konfigurasi teori hukum Islam yang berkembang di Indonesia pada kurun waktu tertentu. Kedua, penelitian Iqbal bertumpu pada tokoh-tokoh pemikir hukum Islam pada periode tertentu dengan kajian hukum Islam secara umum, sedangkan penelitian yang

¹⁸ Agus Mohammad Najib, *Pengembangan Metodologi Fiqih Indonesia dan Kontribusinya bagi Pembentukan Hukum Nasional*, (Jakarta: Kementerian Agama RI, 2011), hlm. xii-xiv.

akan ditulis memfokuskan pada teori hukum Islam pada kurun waktu 2001-2014 serta tanpa melihat tokoh-tokoh pengusungnya, jadi lebih bersifat substantif.

Adapun pada penelitian Agus Najib sangat terkait dengan penelitian yang akan dilakukan. Adapun keterkaitannya adalah pada metodologi untuk menemukan norma hukum baru yang tentu dikaitkan dengan realitas sosiologis Indonesia. Buku ini juga melakukan hal yang sama, namun perbedaannya adalah penelitian Agus Najib menekankan pada sisi metodologi, sedangkan buku ini menekankan pada sisi teori. Dalam ilmu hukum antara teori dan metodologi tidaklah sama walaupun terdapat ketersinggungan antara keduanya sehingga penelitian Agus Najib sangat penting untuk dijadikan informasi awal untuk melanjutkan penelitian ini.

Selain itu, sebagaimana disebutkan di atas bahwa buku ini berisikan tentang teori hukum Islam yang dilakukan oleh para pemikir hukum Islam di berbagai universitas di luar negeri baik universitas Islam maupun universitas umum. Hal ini dilakukan untuk mendapatkan data yang komprehensif tentang penggunaan teori hukum bagi dalam perspektif Islam (kalangan pemikir Islam) dan orientalis (kalangan pemikir barat). Berdasar pada penelitian-penelitian yang telah disebutkan di atas belum ada penelitian yang khusus mengkaji teori-teori hukum ekonomi Islam secara komprehensif.

Buku ini berisikan teori hukum ekonomi Islam yang digunakan baik dalam disertasi-disertasi yang terkait dengan hukum Islam di perguruan tinggi yang menyelenggarakan program doktor ilmu hukum. Teori yang dilihat tidak hanya dari di lingkungan Universitas Islam Negeri (UIN/IAIN) namun juga dari universitas umum. Tidak hanya itu, buku ini juga berisikan tentang teori yang telah digunakan oleh para hakim dalam memutuskan perkara ekonomi syariah di peradilan agama di Indonesia.

Comment [x7]: Nama ditulis lengkap

BAB II

TEORI HUKUM DAN TEORI HUKUM EKONOMI SYARIAH

Pertanyaan awal sekaligus klasik berbicara tentang teori hukum adalah menanyakan tentang hukum itu sendiri. Lalu, apa perbedaan teori hukum dengan dogmatik hukum, filsafat hukum dan hukum itu sendiri?. Berikut akan dijelaskan perbedaan keempat istilah tersebut:

A. Hukum, Teori Hukum, Dogmatik Hukum, Filsafat Hukum: Perjernihan Istilah

Apakah hukum itu? Pertanyaan ini menunjukkan luasnya pemaknaan hukum. Makna hukum sangat sulit didefinisikan secara lengkap. Masing-masing pakar, tokoh atau ahli memberikan defenisi yang berbeda-beda sesuai dengan cara pandang, sisi pandang dan konteks yang mengitari terjadinya peristiwa hukum. Karenanya, tidak mengherankan jika sejak zaman Plato hingga saat ini pertanyaan apa itu hukum tersebut terus muncul, berkembang dan berubah-ubah.

Adapun kesulitan meramu seluruh ide tentang hukum yang berkembang disebabkan dua (2) alasan. Pertama, hukum adalah objek kajian yang harus terus dikonstruksi atau ditafsirkan secara terus menerus dan berkelanjutan. Hal ini sangat ditentukan cara pandang seseorang mengenai hukum yang dirasakan, dilihat atau diamatinya. Kedua, satu pemikiran, mazhab atau aliran tertentu memiliki latar belakang dan sudut pandang yang berbeda sesuai dengan kondisi atau konteks yang terjadi pada saat itu. Pada dasarnya perbedaan cara pandang sebuah aliran atau mazhab tidak menjadikan kebingungan dalam melihat apa itu hukum, namun sebaliknya dapat menjadikan hukum sebagai wilayah terbuka dan memungkinkan untuk dipahami atau diinterpretasi secara terus menerus. Oleh karena itulah, memahami hukum tidak boleh kaku, baku dan *rigid*. Hukum sangat terikat dengan perubahan waktu, tempat, kondisi dan juga perkembangan sains.

Secara umum, hukum dapat dikaji dengan memanfaatkan empat (4) pendekatan utama, yaitu pendekatan Filsafat Sains (*Science philosophical approach*), filsafat ilmu hukum (*philosophy of law science*), filsafat hukum (*philosophical of law*), dan pendekatan ilmu hukum (*scientific legal approach*). Penggunaan pendekatan ini dimaksudkan untuk menjelaskan esensi ilmu hukum dalam struktur pengetahuan global. Selain itu, pendekatan ini untuk menjelaskan perkembangan ilmu pengetahuan dan pengaruhnya terhadap ilmu hukum sebagai salah satu bagian bersifat khusus. Tidak hanya itu, pendekatan ini untuk merehabilitasi hukum sebagai objek ilmu hukum dari reduksi normatifnya yang diakibatkan oleh meluasnya pengaruh perkembangan ilmu pengetahuan terhadap cabang-cabangnya ilmu lainnya. Lebih dari itu, pendekatan ini menggambarkan hukum sebagai suatu keseluruhan dalam hubungannya dengan kedudukan sebagai objek ilmu hukum. Pendekatan ini juga membuka kemungkinan baru bagi pola analisis hukum. Terakhir, pendekatan ini untuk meningkatkan dimensi aksiologi

dari ilmu hukum, baik dalam perspektif saintifik maupun dalam perspektif fungsi praktisnya.¹⁹

Terdapat banyak istilah yang dilekatkan dengan kalimat teori hukum seperti pelajaran hukum umum, hukum sistematis, ilmu hukum dogmatis. Dengan demikian Teori hukum adalah pelajaran tentang pengertian pokok dan sistematika hukum. Pengertian pokok dapat diidentifikasi seperti subjek hukum, perbuatan hukum, objek hukum, peristiwa hukum dan badan hukum. Sedangkan sistematika hukum dapat dilihat dengan mempelajari pengertian-pengertian dasar dalam ilmu hukum, seperti istilah *staarbaar feit/delict* kemudian diartikan sebagai tindak pidana, perbuatan pidana” atau “perbuatan yang dapat dihukum”. Sungguh pengertian itu sama saja.

Sistematika hukum yang dimaksud di sini dalam kaitannya dengan “Teori Hukum” sebagai bagian yang perlu dipelajari secara intensif mendahului Ilmu Hukum Positif kemudian dilanjutkan secara lebih mendasar melalui suatu cabang Filsafat Hukum. Terlepas dari pendapat beberapa penulis mengatakan bahwa filsafat hukum akan dikembalikan pada tataran ilmu yang aslinya yakni filsafat.

Selain itu, sebagai bahan perbandingan tentang pengertian “Teori Hukum” menarik melihat klasifikasi teori hukum yang dibuat oleh Bruggink yakni, **pertama**, teori hukum dalam arti sempit yang mempelajari teori-teori atas hukum positif (kelsen). **Kedua**, teori hukum dalam arti luas yaitu sosiologi hukum kontemplatif. Hukum dalam arti luas dengan kata-kata “Kontemplatif” bermakna ganda, dekat dengan epistemologi hukum yang Non-positivistik.

Oleh karena itu, sistem hukum tidak hanya mengacu pada aturan (*codes of rules*) dan peraturan (*regulation*), namun mencakup bidang yang luas meliputi struktur, lembaga dan proses (*procedure*) yang mengisinya serta terkait dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) dan budaya hukum (*legal culture*).

Lawrence M. Friedman mengemukakan bahwa efektif dan berhasil tidaknya penegakan hukum tergantung **tiga (3) unsur sistem hukum**, yakni substansi hukum (*substance of the law*), struktur hukum (*struktur of law*), dan budaya hukum (*legal culture*). Substansi hukum meliputi perangkat perundang-undang, struktur hukum menyangkut aparat hukum dan budaya hukum merupakan hukum yang hidup (*living law*) yang dianut dalam suatu masyarakat.²⁰ Substansi hukum adalah bagian substansial yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan. Substansi juga berarti produk yang dihasilkan oleh orang yang berada dalam sistem hukum yang mencakup keputusan yang mereka keluarkan, atau aturan baru yang mereka susun. Substansi juga mencakup hukum yang hidup (*living law*), bukan hanya aturan yang ada dalam kitab undang-undang (*law books*).

Struktur hukum disebut sebagai sistem struktur yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan dengan baik. Kewenangan lembaga penegak hukum dijamin oleh undang-undang. Hukum tidak dapat berjalan atau tegak bila

¹⁹Lili Rasjidi dan Wyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1993), hlm. 5

²⁰Lawrence M. Friedman, 2013, *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial (A. Legal System A. Social Science Perspective)*. Diterjemahkan oleh M. Khosim, Bandung, Nusa Media, halaman 7

Comment [x8]: Sebaiknya angka terlebih dahulu baru teksnya

tidak ada aparat penegak hukum yang kredibilitas, kompeten dan independen. Seberapa bagus suatu peraturan perundang-undangan bila tidak didukung dengan aparat penegak hukum yang baik maka keadilan hanya angan-angan. Penegak hukum yang baik dalam melaksanakan tugasnya berdampak positif terhadap tercapainya tujuan penegakan hukum tersebut dan sebaliknya lemahnya mentalitas aparat penegak hukum mengakibatkan penegakkan hukum tidak berjalan sebagaimana mestinya. Sehingga dapat dipertegas bahwa faktor penegak hukum memainkan peran penting dalam memfungsikan hukum. Kalau peraturan sudah baik, tetapi kualitas penegak hukum rendah maka akan ada masalah. Apabila peraturannya buruk sedangkan kualitas penegak hukum baik, kemungkinan munculnya masalah masih terbuka.

Kultur atau budaya hukum adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum, kepercayaan, nilai, pemikiran, serta harapannya. Kultur hukum adalah suasana pemikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari, atau disalahgunakan. Budaya hukum erat kaitannya dengan kesadaran hukum masyarakat. Semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat, maka akan tercipta budaya hukum yang baik dan dapat merubah pola pikir masyarakat mengenai hukum selama ini. Secara sederhana, tingkat kepatuhan masyarakat terhadap hukum merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum.²¹

Para penegak hukum yang hanya bertitik tolak dari substansi norma hukum formil yang ada dalam undang-undang (*law in book's*), akan cenderung mencederai rasa keadilan masyarakat. Seyogyanya penekanannya di sini, harus juga bertitik tolak pada hukum yang hidup (*living law*). Para penegak hukum harus memperhatikan budaya hukum (*legal culture*), untuk memahami sikap, kepercayaan, nilai dan harapan serta pemikiran masyarakat terhadap hukum dalam sistem hukum yang berlaku. Hukum sebagai alat untuk mengubah masyarakat atau rekayasa sosial tidak lain hanya merupakan ide-ide yang ingin diwujudkan oleh hukum itu. Untuk menjamin tercapainya fungsi hukum sebagai rekayasa masyarakat kearah yang lebih baik, maka bukan hanya dibutuhkan ketersediaan hukum dalam arti kaidah atau peraturan, melainkan juga adanya jaminan atas perwujudan kaidah hukum tersebut ke dalam praktek hukum, atau dengan kata lain, jaminan akan adanya penegakan hukum (*law enforcement*) yang baik.²² Jadi, bekerjanya hukum bukan hanya merupakan fungsi perundang-undangannya belaka, melainkan aktifitas birokrasi pelaksanaannya.²³

Dengan demikian sistem hukum yang terdiri dari substansi hukum, struktur hukum maupun budaya hukum memiliki keterkaitan antara satu dengan yang lain dan tidak dapat dipisahkan. Dalam pelaksanaannya diantara ketiganya

²¹*Ibid.*, halaman 9

²²Munir Fuady, 2003, *Perseroaan Terbatas Paradigma Baru*, Bandung, Citra Aditya bakti, halaman 40

²³Ahmad Ali, 2002, *Keterpurukan Hukum di Indonesia*, Jakarta, chalia Indonesia, halaman 97

harus tercipta hubungan yang saling mendukung agar tercipta pola hidup aman, tertib, tentram dan damai.²⁴

Lalu, dimana posisi teori hukum? Sebagaimana disebutkan di atas, pembahasan teori hukum sama dengan pembahasan hukum itu sendiri. Bahkan, sulit membedakan yang mana hukum dan yang mana teori hukum. Oleh karena itu pembahasan apa itu teori hukum menjadi kajian yang khusus sekaligus luas. Pada satu sisi, teori hukum lahir dari persoalan-persoalan atau kasus-kasus khusus, namun di sisi lain teori hukum berasal dari fenomena yang terjadi secara luas. Melihat pada posisi inilah, terdapat dua pandangan besar dalam memandang teori hukum:

Pertama, pandangan yang menyatakan bahwa hukum sebagai sebuah sistem yang mempunyai prinsip dan dapat diprediksi dari pengetahuan yang akurat tentang kondisi sistem, perilaku sistem yang ditentukan sepenuhnya oleh bagian-bagian terkecil dari sistem itu. Pada posisi ini, teori hukum mampu menjelaskan persoalan sebagaimana adanya tanpa tergantung pada orang. Cara pandang ini melahirkan beberapa bentuk cara pandang teori hukum mulai dari deduktif-falsifikasi Popperian, Induktif ala positivisme-logis, Program Riset Lokatosian, Lompatan Paradigmatik Kuhnian, sampai pemikir Anti Foundationalis Feyerabend.

Kedua, pandangan yang menyatakan bahwa hukum bukanlah sebagai sebuah sistem yang teratur tetap merupakan sesuatu yang berkaitan dengan ketidakberaturan, tidak dapat diramal. Mengapa? sebab hukum sangat dipengaruhi oleh persepsi orang dalam memaknai hukum tersebut. Pada posisi ini, hukum sebagai sistem lebih banyak melihat pemikiran H.L.A Hart, Anthony Allots, Ronald Dworkin dan juga aliran yang bertentangan dengan itu, yakni pemikiran Charles Sampford dengan teori *Chaos* Jaques Derrida dengan Semiotika Keos. Demikian pula dengan pemikiran hukum kontemporer yakni pemikiran *critical legal studies*, *feminis jurisprudence*. Teori-teori tersebut terus bergerak dinamis sehingga tersebutlah konsep Teori Hukum Progresif, Deontologis, teori hukum profetik dan teori hukum berkeadaban sebagainya.

Lalu, bagaimana membedakan teori hukum dengan dogmatika hukum. Pada hakikatnya, ilmu hukum bertujuan menemukan kebenaran. Jika dogmatika hukum menjadi landasan yang bersifat umum untuk mencapai kebenaran, maka teori hukum lebih spesifik dan rinci dalam upaya mencapai kebenaran dengan melibatkan hasil penelitian, latar belakang terjadinya peristiwa dan fenomena yang terjadi dalam masyarakat. Dogmatika hukum dibentuk dari upaya mengumpulkan bahan-bahan yang berasal dari fenomena-fenomena dan juga pendapat-pendapat ahli hukum, lalu disistematisasikan secara logika, ditata dalam bentuk abstraksi, lalu dibuatkan pengertian-pengertian umum atau ungkapan-ungkapan umum.

Dalam hukum Islam, dogmatika hukum ini disebut dengan kaedah hukum atau *kaedah fiqhiyah*. Perbedaan dogmatika hukum dengan kaedah fiqhiyah adalah pada tataran sumbernya. Jika pada dogmatika hukum berasal dari

²⁴Harimin Tarigan, 2017, *Penegakan Hukum Terhadap Pelanggaran Muatan Angkutan Barang di jalan Kabupaten (Studi di Kabupaten Langkat)*, Tesis, Medan, Program Studi Magister Hukum Pps-UMA Medan, halaman 17

fenomena lalu diperas menjadi pendapat-pendapat pakar dan disismatisasikan dalam bentuk doktrin. Sedangkan kaedah fiqhiyah berasal dari ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam sumber hukum Islam yakni Al-Quran dan Hadis, lalu difahami dalam bentuk fikih atau hukum yang bersifat bagian-bagian lalu disistematisasikan atau diprosisikan secara universal dalam bentuk kaedah.²⁵

Sedangkan teori hukum berupaya untuk menjelaskan hukum secara mendasar. Dengan kata lain, teori hukum berusaha memberikan jawaban atas pertanyaan ilmiah dengan mencari akar persoalan sampai pada landasan timbulnya, mencari (baik sebab-sebab maupun motif-motifnya), sebab hukum (*illat hukmi*) dari motif-motif dari hukum telah dikelompokkan sebagai faktor-faktor pembentukan hukum ke dalam dua kelompok pengertian yang menggloabal “faktual” dan “keyakinan-keyakinan idiil”.²⁶

Selain itu, teori hukum berupaya untuk memulihkan kesatuan antara aspek hukum dan kenyataan yang terjadi di masyarakat. Ia mempersatukan bagian-bagian yang ditata oleh ilmu dan keharusan-keharusan akademik ke dalam suatu gambaran menyeluruh untuk menemukan kebenaran. Untuk itu, teori hukum harus mengandalkan dan juga meminjam, memanfaatkan dan merujuk pada ilmu-ilmu lain secara luas untuk membentuk faktor-faktor pembentukan hukum.²⁷

Pada tataran ini, teori memberikan sarana untuk bisa merangkum serta memahami masalah yang dibicarakan secara aplikatif. Teori memberikan penjelasan dengan cara mengorganisasikan dan mensistematisasikan masalah yang dibahas dengan meramu berbagai disiplin ilmu untuk menyelesaikan masalah hukum. Karena itulah, menyelesaikan masalah hukum tidak hanya

²⁵ Al-Jurjani mendefinsikan kaedah fiqhiyah sebagai proposisi universal yang dapat diaplikasikan kepada seluruh juz'nya (bagiannya). Lihat Ali bin Muhammad Al-Jurjani, *al-Ta'rifat*, (Beirut: Dar al-Kutub al-ilmiah, 1983), jilid I, hlm.171.

²⁶ Iman Jauhari, *Teori Hukum*, (Medan: Pustaka Bangsa Press, 2008), hlm. 145-146

²⁷ Dalam sejarah penelitian hukum terjadi perbedaan pendapat di antara para ahli hukum. Menurut D.H.M. Meuwissen, daftar ilmu-ilmu sosial yang masuk ke dalam *socio-legal studies* tergolong sebagai ilmu hukum (dalam arti luas). Menurutnya, ilmu hukum pun dibagi ke dalam 2 kelompok yakni : ilmu hukum normatif, yang juga populer disebut sebagai *dogmatika hukum* dan ilmu *hukum empirik*. Kelompok disiplin ilmu yang masuk ke dalam *socio-legal studies*, masuk ke dalam kelompok ilmu *hukum empirik*. Dalam konsepsi Meuwisen, ilmu hukum atau dogmatika hukum adalah disiplin hukum yang paling rendah tingkat abstraksinya. Sedangkan filsafat hukum adalah disiplin hukum yang tingkat abstraksinya paling tinggi. Di tengah-tengah ilmu hukum dan filsafat hukum terdapat teori hukum (*jurisprudensi*). Penggunaan *socio-legal studies* untuk pengembangan Ilmu Hukum Indonesia, sebagian dibahas Khudzaifah Dimiyati dalam bukunya berjudul : *Teoritisasi Hukum : Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990* Surakarta, Muhammadiyah University, 2010, hlm. Viii. Dalam periode tersebut ia menemukan 3 rumusan pemikiran hukum : periode pertama antara tahun 1945-1960, periode kedua pada dekade 1960-1970, dan periode ketiga pada dekade 1970-1990. Rumusan pemikiran hukum pada periode pertama berkisar pada aspek normatif; periode kedua memiliki komitmen yang kuat terhadap hukum adat; dan periode ketiga dikategorikan bersifat transformatif dan kentalnya pendekatan empirik dalam pemikiran hukum. Masing-masing periode memiliki tokoh-tokoh pemikir. Soepomo dan Soekanto adalah tokoh pada periode pertama. Djokosoetono, Hazairin dan Djojodigono tokoh pada periode kedua. Sedangkan Satjipto Rahardjo, Mochtar Kusumaatmadja dan Sunaryati Hartono, dianggap tokoh pada periode ketiga. Selanjutnya setelah tahun 1990 berkembang pemikiran *socio-legal studies* terutama didorong reformasi yang melanda Indonesia tahun 1998

dengan menggunakan ilmu hukum itu sendiri namun juga dengan ilmu-ilmu yang lain secara luas, seperti ilmu sosiologi, ilmu antropologi, sains dan teknologi, matematika, fisika, biologi, sejarah dan seterusnya. Sampai disini, maka diperlukan kesatuan ilmu (*integration of knowledge*) atau *wahdah al-ulum*.

Dengan kalimat yang sederhana, teori hukum dapat berarti pernyataan-pernyataan umum yang memuat hubungan teratur antara fakta atau gejala yang berfungsi untuk memberikan penjelasan, prediksi dan pemahaman terhadap berbagai fakta atau gejala. Berikut beberapa pendapat tentang definisi teori hukum:

1. Hans Kelsen mendefinisikan teori hukum adalah ilmu pengetahuan mengenai hukum yang berlaku bukan mengenai hukum yang seharusnya. Teori hukum yang dimaksud adalah teori hukum murni atau yang disebut teori hukum positif. Teori hukum murni adalah penjelasan hukum dan yang bebas dari objek yang lain selain hukum itu sendiri.
2. Friedman memaknai teori hukum sebagai ilmu pengetahuan yang mempelajari esensi hukum yang berkaitan antara filsafat hukum di satu sisi dan teori politik di sisi lain.
3. Ian Mc Leod mengartikan teori hukum adalah suatu yang mengarah kepada analisis teoritik secara sistematis terhadap sifat-sifat dasar hukum, aturan-aturan hukum atau intitusi hukum secara umum.
4. John Finch memahami teori hukum sebagai studi yang meliputi karakteristik esensial pada hukum dan kebiasaan yang sifatnya umum pada suatu sistem hukum yang bertujuan menganalisis unsur-unsur dasar yang membuatnya menjadi hukum dan membedakannya dari peraturan-peraturan lain.
5. Jan Gijssels dan Mark van Hocke mendefinisikan teori hukum adalah ilmu yang bersifat menerangkan atau menjelaskan tentang hukum. Teori hukum merupakan disiplin mandiri yang perkembangannya dipengaruhi dan sangat terkait dengan ajaran hukum pada umumnya. Terdapat kesinambungan antara ajaran hukum umum dalam dua aspek, yakni teori hukum sebagai kelanjutan dari ajaran hukum umum memiliki objek disiplin mandiri, diantara dogmatik hukum di satu sisi dan filsafat hukum di sisi lain. Dewasa ini teori hukum diakui sebagai disiplin ketiga disamping untuk melengkapi filsafat hukum dan dogmatik hukum, masing-masing memiliki wilayah dan nilai sendiri-sendiri. Lebih lanjut, teori hukum dipandang sebagai ilmu a-normatif yang bebas nilai, yang membedakan dengan disiplin lain.
6. Bruggink mengartikan teori hukum seluruh pernyataan yang saling berkaitan dengan sistem konseptual aturan-aturan hukum dan putusan-putusan hukum dan sistem tersebut untuk sebagian yang penting dipoitifkan. Berdasarkan pengertian ini maka definisi teori dapat sebagai produk dan juga sebagai proses.

Berdasarkan beberapa pengertian di atas rumusan tentang disiplin teori hukum dapat dibatasi:

- a. Teori hukum sama pengertiannya dengan filsafat hukum;

- b. Teori hukum berbeda pengertiannya dengan filsafat hukum;
- c. Teori hukum bersinonim dengan ilmu hukum.

Tentang perbedaan teori hukum dan filsafat hukum, Lili Rasjidi dan Ira Thania Rashidi mengatakan, jika teori hukum adalah ilmu yang mempelajari pengertian-pengertian pokok dan sistem dari hukum seperti seperti subjek hukum, perbuatan hukum, dan lain-lain yang memiliki pengertian yang bersifat umum dan teknis. Pengertian-pengertian pokok ini sangat penting untuk dapat memahami sistem hukum pada umumnya maupun pada sistem hukum positif. Selanjutnya, teori hukum merefleksikan objek dan metode dari berbagai bentuk ilmu hukum.

Terdapat dua (2) pandangan besar mengenai teori hukum yang bertolak belakang namun ada dalam satu realitas, seperti ungkapan gambaran sebuah mata uang yang memiliki dua belah bagian yang berbeda.

Pertama, pandangan yang didukung oleh tiga (3) argumen yaitu, pandangan bahwa hukum sebagai suatu sistem yang pada prinsipnya dapat diprediksi dari pengetahuan yang akurat tentang kondisi sistem itu. Selanjutnya, perilaku sistem ditentukan oleh bagian-bagian yang terkecil dari sistem itu dan teori hukum mampu menjelaskan persoalan sebagaimana adanya tanpa berkaitan dengan orang (pengamat). Sampai di sini, bahwa teori hukum itu bersifat deterministik, reduksionis, dan realistik.

Kedua, pandangan yang menyatakan bahwa hukum bukanlah sebagai suatu sistem yang teratur, namun sebagai sesuatu yang berkaitan dengan ketidakberaturan, tidak dapat diramalkan. Lebih dari itu, hukum sangat dipengaruhi oleh persepsi orang dalam memaknai hukum tersebut. Pandangan ini banyak dikemukakan oleh mereka yang beraliran sosiologis dan post-modernis, dimana mereka memandang bahwa pada setiap waktu hukum terus mengalami perubahan, baik kecil maupun yang besar, evolutif maupun revolusioner.

Kebanyakan ahli hukum beranggapan bahwa teori hukum yang mereka kemukakan didalamnya terdapat suatu sistem. Teori sistem diteliti untuk memberikan fokus kesadaran kita akan berbagai macam teori sistem hukum yang ada.²⁸ Pendekatan sistem mengisyaratkan pada kita agar menyadari kompleksitas dari masalah yang dihadapi dengan cara menghindari pendapat yang terlalu menyederhanakan masalah.²⁹

Salah satu tokoh yang cukup dikenal yang menganggap hukum sebagai sebuah sistem adalah Friedmann. Menurutnya, sistem hukum terdiri tiga komponen, yaitu, struktur, substansi, dan kultur. Friedmann menggambarkan komponen struktural hukum sebagai “perangkat keras” yang memungkinkan sistem hukum dapat bekerja secara nyata dalam masyarakat. Pengembangan berbagai institusi hukum di Indonesia seperti kepolisian, kejaksaan, pengadilan, dan institusi hukum lainnya harus dapat menjamin tegaknya hukum dan keadilan. Diantara institusi di atas apabila tanpa sumber daya berkualitas, niscaya hukum hanya berada di atas kertas.³⁰

²⁸ Otje Salman dan Anton F. Susanto, *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali*(Bandung: Refika Aditama, 2005), hlm 86-88

²⁹ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, hlm 49

³⁰ Mahmud Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif: Terapi Paradigmatik Bagi Lemahnya Hukum Indonesia*(Yogyakarta: Antonylib, 2009), hlm 96.

Teori hukum tidak hanya menjelaskan apa itu hukum sampai kepada hal-hal yang konkret, tetapi juga pada persoalan yang mendasar dari hukum itu. Radbruch sebagaimana yang dikutip Satjipto Rahardjo mengatakan tugas teori hukum adalah membuat jelas nilai-nilai oleh postulat-postulat hukum sampai kepada penjelasan filosofis yang tertinggi. Teori hukum akan mempertanyakan hal-hal seperti, mengapa hukum berlaku, apa dasar kekuatan yang mengikatnya, apa yang menjadi tujuan hukum, bagaimana hukum dipahami, apa hubungannya dengan individu dengan masyarakat, apa yang seharusnya dilakukan oleh hukum, apakah keadilan itu, dan bagaimana hukum yang adil?. Oleh karena itu, teori hukum merupakan kelanjutan dari usaha untuk mempelajari hukum positif.

Dalam sejarah, teori hukum merupakan produk sampingan yang terpenting dari filsafat agama, etika atau politik. Para ahli pikir hukum terbesar pada awalnya adalah ahli-ahli filsafat, ahli-ahli agama, ahli-ahli politik. Perubahan terpenting filsafat hukum dari para pakar filsafat atau ahli politik ke filsafat hukum dari para ahli hukum terjadi pada akhir-akhir ini, yakni setelah adanya perkembangan yang hebat dalam penelitian, studi teknik dan penelitian hukum. Teori-teori hukum pada zaman dahulu dilandasi oleh teori filsafat dan politik umum. Sedangkan teori-teori hukum modern dibahas dalam bahasa dan sistem pemikiran para ahli hukum sendiri. Perbedaannya terletak dalam metode dan penekanannya. Teori hukum para ahli hukum modern seperti teori hukum para filosof ajaran skolastik, didasarkan atas keyakinan tertinggi yang ilhamnya datang dari luar bidang hukum itu sendiri.

B. Urgensi Teori Hukum

Sebagaimana telah dijelaskan di atas bahwa teori hukum merupakan disiplin tersendiri yang berada diantara dogmatik hukum dan filsafat hukum. Teori hukum mempunyai perspektif interdisipliner dan eksternal secara kritis menganalisis berbagai aspek gejala hukum, baik tersendiri maupun dalam kaitan keseluruhan, baik dalam konsepsi teoritisnya maupun dalam kaitan keseluruhan, baik dalam konsepsi teoretisnya maupun dalam penerapan praktisnya.

Berikut beberapa hal kegunaan atau manfaat mempelajari teori hukum:

1. Memperoleh pemahaman yang lebih dan jernih tentang peristiwa hukum yang terjadi dalam masyarakat.
2. Menafsirkan sesuatu arti/pengertian dan syarat atau unsur dalam peristiwa hukum
3. Memberikan penilaian yang dalam tentang suatu peristiwa hukum,
4. Memprediksi dan menghubungkan tentang peristiwa tertentu pada masa lalu dan yang akan datang.

Menurut Radbruch, teori hukum bermanfaat untuk memperjelas nilai-nilai serta postulat-postulat hukum sampai kepada landasan filosofisnya yang tertinggi. Sedangkan Kelsen menyatakan bahwa teori hukum berfungsi untuk mengurangi kekacauan dan kemajemukan menjadi kesatuan. Teori hukum merupakan ilmu pengetahuan mengenai hukum yang berlaku, bukan mengenai hukum yang seharusnya.

Kemanfaatan teori hukum membuat istilah-istilah khusus dalam menggunakan terminologi teori hukum. Kita mengenal istilah hukum progresif,

hukum integratif, teori hukum pembangunan. Mochtar Kusumaatmadja misalnya mengenalkan istilah teori hukum pembangunan. Menurut Mochtar Kusumaatmadja, teori ini mempunyai kekhasan tersendiri, sebab teori hukum ini adalah khas Indonesia dengan melihat dimensi dan kultur masyarakat Indonesia. Oleh karena itu tolok ukur dimensi teori hukum pembangunan tersebut lahir, tumbuh dan berkembang sesuai dengan kondisi Indonesia.

Selain itu, secara dimensional, teori hukum pembangunan memakai kerangka acuan pada pandangan hidup (*way of live*) masyarakat serta bangsa Indonesia berdasarkan asas Pancasila yang bersifat kekeluargaan. Norma, asas, lembaga dan kaidah yang terdapat dalamnya relatif sudah meliputi *structure* (struktur), *culture* (kultur) dan *substance* (substansi). Lebih dari itu, pada dasarnya teori hukum pembangunan memberikan dasar fungsi hukum sebagai “sarana pembaharuan masyarakat” (*law as a tool social engeneering*) dan hukum sebagai suatu sistem sangat diperlukan bagi bangsa Indonesia sebagai negara yang sedang berkembang.

Demikian pula dengan teori hukum integratif yang diusung oleh Romli Atmasasmita. Menurut Romli, perkembangan teori hukum Indonesia sampai saat ini telah menghasilkan apa disebut dengan *tripartite character of social and bureaucratic engineering* yaitu perpaduan sistem norma dinamis, sistem perilaku dan sistem nilai yang bersumber pada Pancasila sebagai filsafat kehidupan bangsa Indonesia.

Berdasarkan sudut pandang teori hukum, relevan dengan perkembangan masyarakat Indonesia yang tengah membangun, adalah perpaduan teori hukum pembangunan dan teori hukum progresif, diperkuat teori hukum integratif. Perpaduan ketiga inti teori hukum Indonesia tersebut diyakini, pertama, dapat mencegah pengaruh asing dalam proses pembentukan hukum nasional dan implementasinya di dalam kenyataan masyarakat dan kedua, dapat menggali lebih dalam nilai-nilai moral sosial bangsa Indonesia yang akan dijadikan bahan pembentukan hukum baik melalui proses legislasi maupun yurisprudensi.³¹

C. Sumber Teori Hukum

Sumber teori hukum umum dan hukum Islam adalah berbeda. Teori hukum konvensional bersumber pada pendapat para sarjana hukum tentang hukum. Teori hukum merupakan kristalisasi dari pemahaman mereka terhadap fenomena hukum yang diamati, dirasakan dan difikirkan. Pendapat ahli hukum tergantung kepada aliran atau kecenderungan yang mereka. Hans Kelsen misalnya, mengajarkan teori hukum murni dengan mengatakan bahwa teori hukum yang berusaha menjawab bagaimana hukum itu dibuat, dan bukan menjawab pertanyaan bagaimana seharusnya hukum itu dibuat. Kelsen mengatakan murni karena teori tersebut mengarahkan kognisi (pengetahuan) pada hukum itu sendiri, karena teori tersebut menghilangkan semua yang tidak menjadi objek yang sebenarnya ditetapkan sebagai hukum tersebut, yakni dengan membebaskan ilmu hukum dari semua elemen yang bukan hukum.

³¹ Romli Atmasasmita, *Memahami Teori Hukum Integratif*, Jurnal Legalitas Edisi Desember 2012 Volume III Nomor 2

Demikian pula dengan Karl Marx dengan hukum legitimasinya. Menurutnya, hukum itu alat legitimasi dari kelas ekonomi tertentu. Hukum itu hanya melayani kepentingan “orang yang mempunyai” atau pemilik modal atau kaum borjuis. Teori Karl Max yang terkenal adalah hukum ada dalam bingkai infra-struktur, supra-struktur. Infra-struktur adalah fakta hubungan-hubungan ekonomi masyarakat. Sedangkan supra-struktur adalah kelembagaan-kelembagaan sosial non ekonomi, seperti hukum, agama, sistem politik, corak budaya dan sebagainya.

D. Aliran-aliran Teori Hukum

Secara umum teori hukum terbagi kepada beberapa aliran diantaranya:

1. Teori Hukum Alam

Teori hukum alam (*the natural right/natural law*) dikenalkan pertama kali oleh Aristoteles. Aristoteles membagi sifat hukum ke dalam hukum yang bersifat khusus dan universal. Hukum bersifat khusus yang dimaksud adalah hukum positif, yang dengannya suatu negara tertentu dijalankan. Sementara hukum yang bersifat universal adalah hukum alam, yang dengannya prinsip-prinsip yang tidak tertulis diakui oleh semua umat manusia. Namun, pemikir setelahnya yang mengembangkan lebih jauh teori hukum alam ini, seperti Kaum Stoa, Thomas Aquinas, Cicero dan Hugo Grotius. Teori hukum alam seringkali digunakan sebagai landasan moral dan filosofis dalam mengkaji isu tertentu.³²

Teori hukum alam dapat dikatakan sebagai teori tertua dalam ilmu hukum. Dalam memandang hukum, teori ini dibagi menjadi dua (2), yakni irrasional dan rasional. Aliran irrasional memandang hukum bersumber dari Tuhan dengan eksponennya yang terkenal seperti St. Agustinus dan Thomas Aquinas. Adapun aliran rasional memandang hukum bersumber dari rasio (akal) manusia dengan eksponennya yang terkenal seperti Grotius, Immanuel Kant, dan lainnya. Namun demikian, titik pangkal dari teori ini adalah “hukum dijadikan sebagai instrumen untuk mencapai keadilan”. Terkait dengan hukum, teori hukum alam menyatakan bahwa “...*that law is to be identified by reference to moral and ethical*”.³³ Thomas Aquinas menyatakan bahwa pandangan hukum alam didasarkan pada hukum yang didasarkan pada moral alamiah manusia (*moral nature*). Lebih lanjut, Thomas Aquinas menyatakan bahwa³⁴:

“...implies not that „bad” laws cannot be made and imposed but that such laws are defective in being wrong wrongly made and are thus limited or even entirely lacking on their claim to be obeyed as a matter of conscience. This is in fact a concern with moral nature of the power to make laws rather than with the formal identification of state prescription”.

³²Arif Lutvi Anshori, *Rezim HKI Sebagai Konsep Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual Atas Pengetahuan Tradisional (traditional knowledge) di Indonesia*; FH UII, 2008, hlm. 10

³³ Hilaire McCoubrey and Nigel D. White, *Textbook on Jurisprudence*, London:Blackstone Press Limited, 1996, hal.59

³⁴ Hilaire McCoubrey, *The Development of Naturalist Legal Theory*, London: Croom Helm, 1987, hal.xii

Dari pandangan Thomas Aquinas di atas, hukum tidak dapat dilepaskan dari moral dan etika. Hukum yang tidak berlandaskan pada moral dan etika dikategorikan sebagai hukum yang jelek dan tidak boleh dijadikan hukum dan dipaksakan kepada masyarakat. Untuk itu, Hilaire McCoubrey dan Nigel D. White mengemukakan bahwa hukum alam memiliki dua pilar, yakni 1) *a proper purposes doctrine law making*; dan 2) *the nature an limitation of the obligation to obey law*.³⁵ Hukum lahir tidak hanya untuk memenuhi aspek fisik manusia, namun juga aspek eksistensial. Karenanya, hukum bukan objek yang bebas nilai namun penuh dengan nilai – baik atau buruk, benar atau salah, adil atau tidak-adil- yang menjadi dasar hukum bermakna dalam kehidupan manusia. Hukum bukanlah hanya titah-titah yang berdaulat, namun hukum harus bermoral dan moral tertinggi adalah “keadilan”.

Socrates yang merupakan eksponen pertama teori hukum alam menyatakan bahwa hukum adalah tatanan kebajikan yang mengutamakan keadilan bagi umum. Hukum bukanlah dibuat untuk melanggengkan nafsu orang kuat, bukan juga untuk memenuhi naluri hedonisme. Hukum itu tatanan yang objektif untuk mencapai kebajikan dan keadilan umum.³⁶ Dari pendapat tersebut, Socrates melihat hukum sebagai moral obyektif dalam kehidupan bersama. Dalam pandangannya terlihat hukum tidak dapat dilepaskan dari moral. Selain itu, Plato juga menyatakan bahwa hukum merupakan instrumen untuk menghadirkan keadilan di tengah situasi ketidak-adilan.³⁷ Senada dengan hal tersebut, Aristoteles menyatakan bahwa hukum merupakan wahana yang diperlukan untuk mengarahkan manusia pada nilai-nilai moral yang rasional.³⁸ Pendapat Aristoteles juga menekankan pentingnya moral dalam hukum sebagaimana pendapat Socrates. Hukum akan menjadi pengarah manusia untuk bertindak dengan nilai-nilai moral yang rasional, maka ia harus adil. Keadilan hukum identik dengan keadilan umum. Dari ketiga pandangan tersebut, teori hukum alam memandang hukum sebagai sarana untuk menciptakan keadilan, dan sebaliknya. Keadilan yang dimaksud di sini adalah *honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*.³⁹ Pada abad pertengahan, lahir teori hukum alam yang berbasis teologis dengan eksponen utama St. Agustinus dan Thomas Aquinas. St. Agustinus mendasarkan teori hukumnya pada prinsip *delicto proximi* atau cinta kepada sesama. Keadilan itulah menjadi dasar hukum. Karenanya, St. Agustinus menyatakan “*lex esse von vedatur, quae justa non feurit*”, “apabila tidak ada keadilan, maka tidak layak disebut hukum.”⁴⁰ St. Agustinus memandang hukum sebagai sesuatu yang harus adil. Bahkan ada adegium yang menyatakan bahwa “*lex iniusta non est lex (un-just law is not law)*”. Apabila ada hukum (positif) yang tidak berkeadilan, maka sesungguhnya itu bukan hukum, namun hanya

³⁵ Hilaire McCoubrey and Nigel D. White, *Textbook on Jurisprudence*, hal. 60

³⁶ Bernard L. Tanya, dkk., *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), hal. 31

³⁷ *Ibid*, hal. 41

³⁸ *Ibid*, hal. 43

³⁹ *Ibid*, hal. 44

⁴⁰ *Ibid*, hal.55. Lihat Juga Pendapat Peter Mahmud Marzuki yang menyatakan bahwa tujuan hukum adalah damai sejahtera. Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2009), hal.147-15

sebatas aturan semata. St. Agustinus menyatakan bahwa “...that nothing which is just is to be found in positive law (*lex temporalis*), which has not been derived from eternal law (*lex aeterna*).⁴¹

Terhadap pandangan St. Agustinus tersebut, Hilaire McCoubrey dan Nigel D. White menyatakan bahwa :

“Thus, an unjust law is one which does not concord with the higher (divine) reason and which is thus conceived, or directed, for an improper purpose. A positive law so devised might, of course, be coercively enforced but not could not be argued to have any moral force, especially in forcing vice (*sin*) upon the virtuous”.⁴²

Hukum yang adil menurut St. Agustinus adalah hukum yang berasal dari Tuhan (*lex aeterna*) yang bersifat abadi, bahkan hukum positif (*lex temporis/lex humana*) dikatakan adil apabila bersumber dari hukum Tuhan, dan sebaliknya. Senada dengan hal tersebut, Thomas Aquinus mengeluarkan teori “*summa theologica (Summa Theologiae)*” yang berarti bahwa “*the just law,...is the law that furthers the common, human good*”.⁴³ Berangkat dari teori tersebut, Thomas Aquinus menyatakan “*an unjust law is no law at all*”.⁴⁴

Thomas Aquinus juga menyatakan bahwa “*nihil est aliud quedam rationis ordination ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*”.⁴⁵ Dengan demikian, hukum menurut Thomas Aquinus harus memenuhi syarat sebagai berikut: 1) harus rasional untuk kebaikan bersama (*rational regulation for the good of the community*); 2) dibuat oleh pemerintah yang berdaulat (*made by the person (s) having powers of government*); dan 3) diumumkan (*promulgated*). Thomas Aquinus mengartikan hukum sebagai instrumen untuk menciptakan “*goodness*”. Terhadap hal tersebut, F.C. Coplestone menyatakan bahwa “*the moral law...is a special case of the general principle that all finite things move towards their ends by development of their potentialities*”.⁴⁶

Untuk menentukan apakah hukum itu adil atau tidak, Thomas Aquinus memberikan argumen sebagai berikut: *Positive human laws are either just or unjust. If they are just, they have the power of binding in conscience. . . . [L]aws are said to be just:*

- 1) *From the end, namely when they are ordered to the Common Good;*
- 2) *From the lawgiver, namely when the law passed does not exceed the lawgiver's authority;*
- 3) *From the form, namely when burdens are imposed on the subjects according to proportionate equality for the Common Good.*

Likewise, laws can be unjust .. by being contrary to human good:

⁴¹ Hilaire McCoubrey and Nigel D. White, *Textbook on Jurisprudence*, hal.71

⁴² *Ibid.*, hal. 71

⁴³ Robin West, *Normative Jurisprudence: An Introduction*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), hal.13

⁴⁴ *Ibid.*, hal 17

⁴⁵ *Ibid.*, hal. 73

⁴⁶ F.C. Coplestone, *Aquinas*, Harmondsworth: Penguin, 1955, hal.20

Comment [x9]: Paragraf terlalu panjang

- a) *either from the end as when some authority imposes burdens on the subjects that do not pertain to the common utility but rather to his own greed or glory;*
- b) *or from the lawgiver, as when someone makes a law that is beyond the authority granted to him;*
- c) *or from the form, as when burdens are unequally distributed in the community, even though they pertain to the Common Good.*⁴⁷

Dari pendapat tersebut, Thomas Aquinas meletakkan keadilan sebagai sesuatu yang esensial dalam hukum. Tanpa bernilai keadilan, maka sesungguhnya tidak dapat disebut sebagai hukum. Keadilan yang dimaksud di sini adalah keadilan yang bersandar pada hukum Tuhan. Pendapat yang menyatakan bahwa keadilan merupakan esensi hukum dikemukakan juga oleh Gustav Radbruch. Ia menyatakan bahwa cita hukum tidak lain adalah keadilan. Ia selanjutnya menyatakan bahwa "*est autem jus a justitia, sicut a matre sua ergo prius fuit justitia quam jus*".⁴⁸ Lebih lanjut, ia menyatakan bahwa hukum sebagai pengembalian nilai keadilan, menjadi ukuran bagi adil tidak adiknya tata hukum. Nilai keadilan juga menjadi dasar dari hukum sebagai hukum. Dengan demikian, keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Keadilan normatif, karena berfungsi sebagai prasyarat transendental yang mendasari tiap hukum positif yang bermartabat. Keadilan menjadi landasan moral hukum dan sekaligus tolak ukur sistem hukum positif.⁴⁹

2. Teori Hukum Positivisme

Aliran Positivism merupakan aliran yang digolongkan dalam aliran klasik, bersama *natural law* dan *sociological jurisprudence*. Aliran positivisme lahir pada pertengahan abad ke 14. Kata positivisme pertama kali digunakan untuk menggambarkan suatu pemikiran bahwa hukum adalah sesuatu yang pasti, tegas dan nyata (*positive/posited*).⁵⁰ Hal ini untuk menjelaskan perbedaan dengan nilai-nilai berasal dari Tuhan dan moral yang bersifat abstrak dan tidak nyata.

Untuk mengetahui pengertian positivisme kita dapat mengetahui dari Aguste Comte seorang filosofis dan sosiolog Prancis ini yang mempopulerkan istilah ini (positivism).⁵¹ Comte telah mengidentifikasi masyarakat sebagai fenomena yang dapat dipelajari secara ilmiah (*scientifically*). Sebelumnya, fenomena masyarakat tidak diketahui, dalam perkembangannya orang mengenal adanya perbedaan atau perubahan dalam masyarakat, dan paradigma agamalah yang mendominasi penjelasan mengenai perbedaan tersebut.

Comte memisahkan penemuannya dari gejala keagamaan. Comte melihat bahwa gejala kemasyarakatan dapat dipelajari dengan kaedah-kaedah keilmiah yang menggantikan gejala keagamaan. Comte membagi tiga (3) tahapan, tahapan

⁴⁷ Robin West, *Normative Jurisprudence: An Introduction*, hal.31

⁴⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, hal.13

⁴⁹ Bernard L. Tanya, dkk., *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, hal.129-130

⁵⁰ Kenneth, Einar Himma, *Legal Positivism*.

⁵¹ Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, International Law Book Services, 1994 halaman

teologi (*theological Stage*), tahapan metafisik (*metaphysical stage*) dan tahap positivisme.⁵² Dalam tahapan ketiga inilah Comte membedakan pendekatan agama (*theology*) dan metafisik (*metaphysical*) dengan mendasari diri pada observasi sebagai pijakan pengetahuan melalui panca indra. Comte merasa bahwa masyarakat dapat dipelajari secara logika dan rasionalitas, sama halnya dengan ilmu pengetahuan yang ilmiah lainnya.

Aliran hukum positivism adalah sebuah konsep tentang teori hukum yang menekankan pada sifat dasar dari hukum, dengan dasar dalil pemilahan yang memisahkan dengan tegas antara hukum dan moral (antara hukum yang berlaku dengan hukum yang seharusnya atau antara *das sein dan das solen*. Dalam kaca mata positivism, tiada hukum yang lain kecuali perintah penguasa (*law is a command of the lawgivers*). Karenanya tidak heran jika hukum positif juga dikenal nama legisme. Tegasnya, bahwa hukum identik dengan undang-undang.

Prinsip dasar ajaran filsafat positivisme memandang bahwa ilmu positif dapat dibagi dalam tiga (3) bagian. Pertama, ilmu positif adalah ilmu yang hanya dapat mengajarkan kenyataan (realita dalam kehidupan masyarakat). Kedua, ilmu positif adalah ilmu pengetahuan yang ditujukan pada pengamatan (melalui penyelidikan empiris) untuk mengenal keteraturan hukum. Ketiga, ilmu positif adalah ilmu yang menolak semua pengetahuan yang tidak dapat diselidiki secara inderawi (ilmu yang berusaha menjauhi aspek abstraksi dan ilmu yang tidak dapat diverifikasi secara ilmiah).

Positivism hukum dapat dibedakan dalam dua corak⁵³ yakni aliran hukum positif Analitis (*Analytical Jurisprudence*) dan aliran hukum murni (*Reine Rechtslehre*):

a. Aliran Hukum Positif Analitis (*Analytical Jurisprudence*)

Aliran ini menganggap dasar norma-norma hukum ditentukan oleh pembuat undang-undang sebagai suatu hal yang telah pasti dan memusatkan pikirannya pada analitis pengertian dan hubungan hukum atas dasar suatu perbedaan mutlak antara “is” dan “ought” (keadaan dan seharusnya). Ditinjau dari segi stabilitas dan perubahan, penganut positivisme analitis cenderung menganggap lebih penting stabilitas dari pada perubahan. Positivism analitis ini mementingkan logika dan ketaatan pada hukum yang tertulis dan menganggap stabilitas dan ketentuan sebagai masalah yang terpenting dalam penafsiran hukum.

Dari segi fungsi seorang hakim, teori ini berpendapat bahwa hakim tidak berfungsi mencipta. Hakim hanya menafsirkan berdasar logika semata. Aliran hukum ini dipelopori oleh John Austin (1790-1859). Menurut Austin hakikat hukum sendiri terletak pada unsur perintahnya. Hukum dipandang sebagai suatu sistem yang tetap, logis dan tertutup.

Dalam bukunya *The Province of Jurisprudence Determind* sebagaimana dikutip oleh Prof. Darji Darmodiharjo, Austin mengatakan, *A law is a command which obliges a person or persons...Laws and other commands are said to proceed from superiors, and to bind or oblige inferiors*”. Lebih jauh, Austin menjelaskan, pihak superior itulah yang menentukan apa yang diperbolehkan.

⁵² *Ibid*, halaman

⁵³ Darji Darmodiharjo, dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*, (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2004), hlm. 113.

Kekuasaan dari superior itu memaksa orang lain ikut taat. Ia memberlakukan hukum dengan cara menakut-nakuti, dan mengarahkan tingkah laku orang lain ke arah yang diinginkannya. Hukum adalah perintah yang memaksa yang dapat saja bijaksana dan adil, atau juga sebaliknya.

Austin pertama-tama membedakan hukum dalam dua jenis :

- 1) Hukum dari Tuhan untuk manusia (*the divine laws*)
- 2) Hukum yang dibuat oleh manusia. Hukum yang dibuat oleh manusia dapat dibedakan dalam dua hal yakni :
 - a) Hukum yang sebenarnya
 - b) Hukum yang tidak sebenarnya

Hukum dalam artian yang sebenarnya disebut juga hukum positif yang meliputi hukum yang dibuat penguasa dan hukum yang disusun oleh manusia secara individu untuk melaksanakan hak-hak yang diberikan kepadanya. Hukum yang tidak sebenarnya adalah hukum yang tidak dibuat oleh penguasa, sehingga tidak memenuhi persyaratan sebagai hukum, seperti ketentuan dari suatu organisasi olahraga seni atau lainnya

Secara garis besar terdapat empat unsur penting dalam pemikiran John Austin tentang hukum yaitu :

- 1) Perintah (*command*)
- 2) Kewajiban (*duty*)
- 3) Sanksi (*sanction*)
- 4) Kedaulatan (*sovereign*)⁵⁴

Tidak terpenuhinya salah satu unsur diatas, maka aturan tersebut belum menjadi hukum positif melainkan hanya sekedar positif moral.

Menurut Austin bahwa dipisahkannya dari keinginan atau hasrat dan tidak ditandai oleh model atau gaya keinginannya, tetapi oleh kekuatan dan tujuan dari bagian perintah tersebut untuk menimbulkan penderitaan atau kesakitan (*evil or pain*) dalam kasus apabila keinginan tersebut tidak dihormati atau dilaksanakan. Adanya perintah tersebut menimbulkan kewajiban (*duty*) untuk memenuhi perintah tersebut.

John Austin mengatakan *Command and duty are, therefore correlative term. The meaning denoted by each being implied or supposed by the other. What ever a duty lies, a command has been signified and whenever a command is signified, a duty is imposed.* Dalam memahami tentang sanksi (*sanction*), John Austin berkata :*The evil which will probably be incurred in case a command be disobeyed or in case a duty be broken is frequently called a sanction, or an enforcement of obedience. The command or duty is said to be sanctioned or enforced by the chance of incurring the evil*

Sejak dikatakan bahwa hukum adalah suatu perintah, maka otomatis harus ada subjek yang memerintahkannya (*commander*). Subjek pemerintah tersebut tentang mempunyai kekuatan atau kekuasaan yang ada padanya untuk mengeluarkan perintah tersebut. Hal inilah yang disebut dengan kedaulatan (*sovereign*). Lebih jelas, John Austin mengatakan: *Every positive law, or every*

⁵⁴ Lili Rasjidi, *Filsafat Hukum*, Cet, keenam, (Bandung: PT. Remaja Rosdakarya, 1999), hlm 43

law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or a sovereign body of person, to a member of members of the independent political society wherein that person of body is sovereign or supreme. Or it is set by a monarch, or sovereign member to a person or persons in a state or subjection to its author.

Menurut John Austin pemberi perintah (*commander*) atau pembentuk hukum tersebut dapat digolongkan sebagai orang maupun suatu badan atau institusi dengan kedaulatan yang dimilikinya dari suatu masyarakat politik yang bebas. Howard Davies dan David Hodcroft menjelaskan bahwa kedaulatan yang dimaksud oleh John Austin disini adalah dalam konteks kebiasaan mematuhi (*habit of obedience*) masyarakat terhadap suatu perintah dari yang berdaulat.

Teori hukum pemerintah (*command legal theory*) dari John Austin tersebut diatas banyak mendapatkan kritikan, salah satu kritikus yang berpengaruh adalah H.L.A. Hart. Melalui tulisan dalam bukunya yang berjudul *the concept of law*⁵⁵ Hart mengatakan bahwa pandangan Austin tentang kewajiban hukum (*legal obligation*) untuk mematuhi perintah yang pada dasarnya adalah suatu paksaan adalah salah. Mengapa? Sebab hal itu berarti membuktikan bahwa tidak terdapat perbedaan antara seseorang yang berdaulat untuk mengatur suatu perilaku atau hukum bagi pengikutnya dengan seseorang yang menodong senjatanya dan memberi perintah kepada orang yang ditodongnya untuk menyerahkan uang.⁵⁶

Dalam kedua kasus tersebut, orang-orang yang diperintah dapat dikarakteristikan sebagai terperintah untuk mematuhi perintah yang ada, namun tidak sebagai seorang yang terikat untuk mematuhi. Oleh karena itulah menurut Hart aturan-aturan hukum seharusnya merupakan suatu keharusan yang diterima oleh masyarakat sebagai sebuah standar dalam membenarkan suatu hukuman dari pelanggaran-pelanggaran aturan hukum tersebut.⁵⁷

b. Aliran Hukum Murni (*Reine Rechtslehre*)

Kriteria Kelsen tentang keberadaan Hukum dapat diformulasi sebagai keberadaan sistem hukum jika dan hanya jika hukum mencapai keefektifan dalam tingkatan minimum tertentu.⁵⁸ Sedangkan efektifnya dari sebuah norma dapat diterapkan dalam dua (2) cara:⁵⁹

- a. Dengan kepatuhan kepada siapa sebuah kewajiban dijatuhkan oleh norma tersebut
- b. Dengan melaksanakan sangsi oleh norma yang ada

Hans Kelsen ingin menegaskan bahwa hukum merupakan suatu yang positif (nyata, jelas, tegas) dan berlaku secara umum (*how the law is*) dan bukan sesuatu yang abstrak dan tidak nyata (*how the law ought to be*) seperti yang dikatakan pada bukunya. *The pure theory of law is a theory of positive law. It is a theory of positive law in general theory of law, not an interpretation. As a theory its exclusive purpose is to know and to describe its object. The theory attempts to*

⁵⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Edisi Kedua, (Oxford: Clarendon Press, 1994)

⁵⁶ Ibid, hlm.80

⁵⁷ Ibid, hal. 56

⁵⁸ Joseph Raz, *The Concept of A Legal System*, Second Edition, Clarendon Press. Oxford, 1980, hlm. 93

⁵⁹ Ibid hal, 94

*answer the question what and how the law is, not how it ought to be, it is a science of law (jurisprudence), not legal politic.*⁶⁰

Kemurnian pemikiran Hans Kelsen tentang hukum tersebut dapat dilihat secara nyata dari dua (2) hal, yaitu antara hukum sebagai suatu subjek dengan bidang-bidang lainnya yang non hukum dan cara penyelidikan yang dilakukannya terhadap hukum dengan memisahkannya dari bidang-bidang lainnya tersebut. Menurut Kelsen, hukum adalah suatu perintah (*command*) yang sudah semestinya akan dipatuhi dan diinginkan oleh setiap orang untuk berbuat sesuai dengan aturan hukum tersebut. Oleh karena itu, sistem hukum menurut Kelsen adalah sistem hukum yang berbentuk struktur piramida (hirarkis). Hal ini lebih dikenal dengan sebutan *Stufenbau Theoris* atau tata urutan hirarki norma-norma.⁶¹

Dalam teori tersebut dijelaskan bahwa dasar berlakunya atau validitas dari suatu peraturan atau norma yang tertinggi, yaitu norma dasar (*grundnorm/basic norma*). Norma dasar itu sendiri mendapatkan dasar berlaku atas validitasnya dari suatu postulat yang dianggap demikian adanya disepakati oleh masyarakat umum, tidak terkecuali jika norma dasar tersebut tidak sejalan dengan nilai-nilai yang berasal dari tuhan maupun moral.

Dalam posisi ini, Kelsen dimasukkan sebagai kaum Neokantian karena ia menggunakan pemikiran Kant ketika memperdebatkan tentang bentuk dan isi. Bagi Kelsen, hukum berurusan dengan bentuk(*forma*), bukan isi (*material*). Jadi keadilan sebagai isi hukum berada di luar hukum. Suatu hukum dengan demikian dapat saja tidak adil, tetapi ia tetaplah hukum karena dikeluarkan oleh penguasa.⁶² Disisi lain, Kelsen mengakui bahwa hukum positif itu pada kenyataannya dapat saja menjadi tidak efektif lagi. Ini biasanya terjadi karena kepentingan masyarakat yang diatur sudah tidak ada. Dalam keadaan demikian, penguasa tidak akan memaksakan penerapannya. Dalam hukum pidana misalnya, keadaan yang dilukiskan oleh Kelsen seperti itu dikenal dengan istilah dekriminalisasi dan depenalisasi, sehingga suatu ketentuan dalam hukum positif menjadi tidak mempunyai daya berlaku lagi, terutama secara sosiologis⁶³.

c. Kritik terhadap Hukum Positif

Seperti yang telah disebutkan diawal, bahwa hukum positif merupakan antitesa dari hukum alam (*natural law*) yang lahir pada akhir abad XVII dan berkembang mulai pada awal abad XIX. Dalam perkembangannya, aliran hukum ini banyak dipengaruhi oleh sistem filsafat idealisme, rasionalisme, empirisme dan aliran positivisme. Hukum positif memperkenalkan konsep kepastian hukum sebagai tujuan dari penerapannya. Hal ini tentu berbeda dengan aliran hukum alam yang menekankan pada konsep keadilan⁶⁴ sebagai tujuan dan fungsi utama dalam penerapan hukum. Walau dalam konsep berbeda (aliran hukum alam dan

⁶⁰Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Second German Edition by Max Knight, (USA: University Of California Press, 1978), hlm. 1

⁶¹ Hans Kelsen, *General Theory Of Law And State*, diterjemahkan oleh Somadi, Cet. I, (Jakarta: Rimdi Press, 1995), hlm. 126

⁶² Darji Darmodiharjo, dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*, (Jakarta: PT.Gramedia Pustaka Utama, 2004), hlm. 115

⁶³ Ibid hal, 116

⁶⁴ Theo Huijebres, *Filsafat Hukum dalam lintas Sejarah* (Yogyakarta : Kanisius, 1992), hlm. 29

Comment [x10]: Formal dan material tidak perlu ditulis miring

positivisme), namun keduanya tidak dapat dipisahkan satu dengan yang lainnya, karena pada hakikatnya bahwa aliran hukum positivisme merupakan hasil reduksi dan elaborasi dari hukum alam (*natural law*).

Doktrin-doktrin dalam aliran konsep hukum positivisme sampai saat ini masih dipakai dan diadopsi oleh negara-negara hukum dan dalam konsep negara demokrasi. Sebab konsep negara hukum dengan sendirinya membawa konsekwensi pada penguatan aturan hukum yang tertulis walau tanpa mengenyampingkan hukum yang tidak tertulis. Demikian juga dalam sistem negara demokrasi yang sangat mengedepankan sebuah kepastian hukum dalam masyarakat. Dalam mengolah dan mengatur negara, serta mengikutsertakan masyarakat dalam pengelolaan negara membutuhkan sebuah kepastian hukum. Hal itu dapat diwujudkan dengan hukum yang tertulis dan membutuhkan sebuah kepastian hukum.⁶⁵

Namun dalam penerapannya doktrin-doktrin hukum positif banyak menuai kelemahan-kelemahan, maka lahirlah beberapa kritikan terhadap konsep dasar hukum positif. Kritikan-kritikan terhadap doktrin hukum positif ini lebih tertuju pada aspek, metodologis, substansi, prosedural sifat dan juga dalam tataran implementasinya.

Pertama, dari sudut pandang metodologis yang digunakan aliran positivisme. Dalam doktrin metodologisnya, aliran ini menggunakan metoda yuridis-normatif, yang berarti dalam penyelidikan hukum harus berada dalam aspek yuridis-normatif tanpa mengambil atau menggunakan bidang keilmuan lainnya. Konsekwensinya, ilmu hukum haruslah menjauh dari pendekatan selainnya (yuridis-normatis) seperti sosiologis, etik, politik, historis dan lainnya dengan alasan agar terjadinya kepastian hukum dalam masyarakat.

Konsep ini menuai kritik dari L. Fuller.⁶⁶ Kritik Fuller menyatakan bahwa aliran ini tidak konsisten dalam menetapkan tujuan hukum sebagai sebuah kepastian, sebab jika dihubungkan dengan *grundnorm* bahwa tujuan hukum yang paling tinggi adalah mencapai keadilan.

Kedua, dari segi substansi. Aliran hukum ini menyatakan bahwa suatu aturan hukum sesuatu yang dapat diterima dan dianggap sah. Lantas aturan-aturan hukum tersebut diterapkan dan diberlakukan di tengah masyarakat yang senantiasa harus memuat kaidah-kaidah, perintah, larangan sanksi, hak dan kewajiban serta kedaulatan penguasa. Dengan demikian aturan hukum yang diberlakukan harus sesuai dengan muatan kaidah-kaidah yang dipersyaratkan. Jika aturan hukum tidak memenuhi syarat kaidah-kaidah tersebut maka tidak dianggap sebagai aturan hukum tetapi hanya sebatas motivasi.

Dari sisi ini, Tomas Hobbes mengkritik dengan mengatakan⁶⁷ jika aturan hukum dicitrakan sebagai sesuatu perintah maka posisi penguasa dapat berubah menjadi perampok atau penyamun yang memaksakan hukum kepada masyarakat. Demikian juga lontaran kritik yang dinyatakan oleh Fitce yang menyatakan pada dasarnya aturan hukum adalah aturan moral, bukan kehendak dari penguasa. Lain lagi Hart yang menyatakan bahwa hukum dapat berisi apa

⁶⁵ Ibid hal. 42

⁶⁶ N.E. Algra, et.al, *Mula Hukum*, (Jakarta: Bina Cipta, 1983), hlm. 137

⁶⁷ H.L.A. Hart, *The Concept Of Law*, (London : The Clarendon Press, 1979) hlm. 106

saja, asal hukum tersebut sesuai dengan *stelsel grondnorm*. Filsafat rasionalisme, individualisme, dan idealisme juga mengkritik terhadap konsep dasar hukum positivism dengan mengatakan aturan hukum harus berdasarkan prinsip-prinsip keberadaan manusia yang mempunyai rasio dan etika dan mustahil aturan hukum dapat ditegakkan tanpa melibatkan unsur-unsur di luar hukum sebagai alat bantu.

Ketiga dari segi prosedural hukum. Menurut aliran positivism hukum yang baik adalah hukum yang dibuat atau diberlakukan oleh penguasa, sebab para penguasa adalah orang yang telah diberi wewenang untuk membuat aturan hukum bagi masyarakat yang dikuasainya. Aturan hukum harus sesuai dengan hirarki peraturan hukum yang ada, aturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan aturan hukum yang lebih tinggi. Thomas Aquinas mengkritik dengan pernyataan, bahwa yang memandang bahwa sumber hukum itu dapat berasal dari tiga komponen yakni, tuhan, manusia dan penguasa. Dengan demikian, hukum tidak boleh hanya dimonopoli oleh penguasa saja. Hukum juga dapat berasal dari tuhan yang dilaksanakan oleh penguasa dan juga berasal dari pribadi individu yang ada.

Keempat, dari sisi konsep dasar aturan hukum positivism. Dalam aliran ini disebutkan konsep dasar dari sebuah aturan hukum bersifat logis, tetap dan tertutup. Aturan hukum harus dapat dipertanggungjawabkan oleh logika dengan menggunakan rasio akal manusia dan oleh logika hukum itu sendiri. Aturannya bersifat tetap yang dapat memberikan kepastian hukum serta dalam implementasinya harus bersih dari unsur-unsur non hukum lainnya seperti aspek moral dan etis. Dalam hal ini Thomas Aquinas mengkritik bahwa yang menyatakan bahwa aturan hukum tidak dapat dilepaskan dari ajaran moral dan kaedah-kaedah religius. Demikian pula Kant menganggap bahwa tidak ada perbedaan yang prinsip antara hukum dan moral.

3. *Sociological Jurisprudence* dan Sosiologi Hukum

Istilah *sociological jurisprudence* dikenal sebagai salah satu aliran ilmu hukum yang menekankan hukum kepada masyarakat. Istilah ini (*sociological jurisprudence*) sering “disamaartikan” dengan *sociology of law*.⁶⁸ Namun sungguh keduanya adalah berbeda. Lily Rasyidi menyebutkan perbedaannya dari sisi cara pandang, jika *sociological jurisprudence* adalah aliran filsafat hukum, sedangkan *sociology of law* adalah cabang sosiologi. Lebih lanjut, Lily Rasyidi mengatakan, keduanya mempunyai objek yang sama yakni masyarakat atau hubungan timbal balik antara hukum dan masyarakat, namun berbeda pendekatan, *sociological jurisprudence* menggunakan pendekatan hukum kepada masyarakat, sebaliknya, *sociology of law* menggunakan pendekatan masyarakat terhadap hukum.⁶⁹

⁶⁸Paton mengatakan istilah *sociological jurisprudence* tidaklah tepat, ia lebih memilih istilah “metode fungsional”, karenanya *sociological jurisprudence* juga disebut dengan *functional anthropological*. Penggunaan istilah ini dimaksudkan Paton untuk menghindari kerancuan istilah *sociological jurisprudence* dengan *sociology of law*.

⁶⁹Darji Darmodiharjo dan Sidharta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum (apa dan bagaimana Filsafat Hukum Indonesia)*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2004), hal. 127

Comment [x11]: Istilah asing ditulis miring

Pendekatan *sociology of law* berusaha menciptakan suatu ilmu mengenai kehidupan social sebagai suatu keseluruhan dan pembahasannya meliputi bagian terbesar dari sosiologi secara umum dan ilmu politik. Karenanya, titik berat penyelidikan sosiologi hukum terletak pada masyarakat, dan posisi hukum hanya pada manifestasi semata. Berbeda dengan sociological jurisprudence membahas dan menitikberatkan pada hukum dan posisi masyarakat pada hubungannya dengan hukum.

Sebagai suatu aliran, *sociological jurisprudence* lahir dari dua tesa yang berbeda pendekatan, yakni aliran *positive law* (hukum positif) dan mazhab sejarah. Seperti dipahami, bahwa *positive law* melihat hukum adalah sebuah perintah yang diberikan oleh pemberi perintah atau yang dikenal dengan istilah *law is a command of lawgivers*, serta mementingkan penggunaan akal. Sebaliknya, mazhab sejarah menyatakan hukum timbul dari kehidupan masyarakat atau hukum yang hidup dalam masyarakat atau dikenal dengan istilah *living law* yang menekankan pada pengalaman. Pada dialektika dan tesa kedua kubu itulah (postivisme hukum dan mazhab sejarah) lahirnya aliran *sociological jurisprudence*.

Sekitar abad 20, pendekatan *sociology of law* kehilangan reputasi yang digantikan oleh sociological jurisprudence. Roscoe Pound menjadi figure dominan dalam aliran ini dibandingkan dengan Weber dan Durkheim. Pada tahun 1960 pendekatan sociological jurisprudence mengalami kemuduran frekwensi setelah munculnya aliran *socio-legal*. Para pengacara menekankan pentingnya menempatkan hukum dalam **social context**, serta penggunaan metode penelitian ilmu-ilmu social. Banyak pertanyaan-pertanyaan hukum tradisional bersifat empiris dan *natural* bukan hanya dalam tataran konsep. Tema yang ingin ditembus adalah jarak antara aturan-aturan legal dengan norma-norma kehidupan social yang actual. Jarak ini sering disebut dengan “hukum di buku” dan “hukum dalam pelaksanaan” dan *socio-legal* adalah tahapan studi transisi diantara keduanya.

Roscoe Pound adalah ahli hukum pertama menganalisis yurisprudensi serta metodologi ilmu-ilmu social. Hingga saat itu, filsafat yang telah dianut selama berabad-abad dituding telah gagal dalam menawarkan teori semacam itu, fungsi logika sebagai sarana berpikir semakin terabaikan dengan usaha-usaha yang dilakukan oleh Langdell serta para koleganya dari Jerman. Pound menyatakan bahwa hukum adalah lembaga terpenting dalam melaksanakan kontrol sosial. Hukum secara bertahap telah menggantikan fungsi agama dan moralitas sebagai instrumen penting untuk mencapai ketertiban sosial. Menurutnya, kontrol sosial diperlukan untuk melestarikan peradaban karena fungsi utamanya adalah mengendalikan “aspek internal atau sifat manusia”, yang dianggapnya sangat diperlukan untuk menaklukkan aspek eksternal atau lingkungan fisik.

Teori tentang perubahan sosial dalam hubungannya dengan sektor hukum merupakan salah satu teori besar dalam ilmu hukum. Hubungan antara perubahan sosial dengan sektor hukum tersebut merupakan hubungan interaksi, dalam arti terdapat pengaruh perubahan sosial terhadap perubahan sektor hukum, sementara di pihak lain, perubahan hukum juga berpengaruh terhadap suatu perubahan sosial. Perubahan hukum yang dapat mempengaruhi perubahan sosial sejalan

Comment [x12]: miring

dengan salah satu fungsi hukum, yakni fungsi hukum sebagai sarana perubahan sosial, atau sarana rekayasa masyarakat (*social engineering*). Jadi, hukum merupakan sarana rekayasa masyarakat (*a tool of social engineering*), suatu istilah yang pertama dicetuskan oleh ahli hukum Amerika yang terkenal yaitu Roscoe Pound.⁷⁰

Roscoe Pound adalah salah satu ahli hukum yang beraliran *Sociological Jurisprudence* yang lebih mengarahkan perhatiannya pada "Kenyataan Hukum" daripada kedudukan dan fungsi hukum dalam masyarakat. Kenyataan hukum pada dasarnya adalah kemauan publik, jadi tidak sekedar hukum dalam pengertian *law in books*. *Sociological Jurisprudence* menunjukkan kompromi yang cermat antara hukum tertulis sebagai kebutuhan masyarakat hukum demi terciptanya kepastian hukum (*positivism law*) dan *living law* sebagai wujud penghargaan terhadap pentingnya peranan masyarakat dalam pembentukan hukum dan orientasi hukum.⁷¹

Pound menyatakan bahwa kontrol sosial diperlukan untuk menguatkan peradaban masyarakat manusia karena mengendalikan perilaku antisosial yang bertentangan dengan kaidah-kaidah ketertiban sosial. Hukum, sebagai mekanisme kontrol sosial, merupakan fungsi utama dari negara dan bekerja melalui penerapan kekuatan yang dilaksanakan secara sistematis dan teratur oleh agen yang ditunjuk untuk melakukan fungsi itu. Akan tetapi, Pound menambahkan bahwa hukum saja tidak cukup, ia membutuhkan dukungan dari institusi keluarga, pendidikan, moral, dan agama. Hukum adalah sistem ajaran dengan unsur ideal dan empiris, yang menggabungkan teori hukum kodrat dan positivistik.

Pound pun mengakui bahwa fungsi lain dari hukum adalah sebagai sarana untuk melakukan rekayasa sosial (*social engineering*). Keadilan bukanlah hubungan sosial yang ideal atau beberapa bentuk kebajikan. Ia merupakan suatu hal dari "penyesuaian-penyesuaian hubungan tadi dan penataan perilaku sehingga tercipta kebaikan, alat yang memuaskan keinginan manusia untuk memiliki dan mengerjakan sesuatu, melampaui berbagai kemungkinan terjadinya ketegangan, inti teorinya terletak pada konsep "kepentingan". Ia mengatakan bahwa sistem hukum mencapai tujuan ketertiban hukum dengan mengakui kepentingan-kepentingan itu, dengan menentukan batasan-batasan pengakuan atas kepentingan-kepentingan tersebut dan aturan hukum yang dikembangkan serta diterapkan oleh proses peradilan memiliki dampak positif serta dilaksanakan melalui prosedur yang berwibawa, juga berusaha menghormati berbagai kepentingan sesuai dengan batas-batas yang diakui dan ditetapkan.

Dengan paham kepentingan masyarakat (*social interest*) ini, ajaran Roscoe Pound telah menjungkirbalikkan paham-paham yang bersifat individualisme liberal yang berlaku pada abad ke-19. Paham-paham Roscoe Pound sangat terpengaruh oleh ajaran dari Hegel, Eugen Ehrlich, dan Oliver Wendell Holmes dan sangat bertentangan dengan paham ahli hukum Jerman yaitu Von Savigny. Dalam bidang hukum kriminal, Roscoe Pound mengambil posisi bahwa hukuman harus sesuai dengan pelaku kriminal, bukan dengan tindakan kriminal itu sendiri.

⁷⁰ Munir Fuadi, *Teori-Teori Besar (Grand Theory) Dalam Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2013), hal. 248

⁷¹ *Ibid*, hlm. 249

Comment [x13]: miring

Roscoe Pound memiliki pendapat mengenai hukum yang menitik beratkan hukum pada kedisiplinan dengan teorinya yaitu: “*Law as a tool of social engineering*” (Bahwa Hukum adalah alat untuk memperbaharui atau merekayasa masyarakat). Untuk dapat memenuhi peranannya Roscoe Pound lalu membuat penggolongan atas kepentingan-kepentingan yang harus dilindungi oleh hukum itu sendiri, yaitu sebagai berikut:⁷²

1. Kepentingan Umum (*Public Interest*)
 - a) Kepentingan negara sebagai Badan Hukum
 - b) Kepentingan negara sebagai penjaga kepentingan masyarakat.
2. Kepentingan Masyarakat (*Social Interest*)
 - a) Kepentingan akan kedamaian dan ketertiban
 - b) Perlindungan lembaga-lembaga sosial
 - c) Pencegahan kemerosotan akhlak
 - d) Pencegahan pelanggaran hak
 - e) Kesejahteraan sosial.
3. Kepentingan Pribadi (*Private Interest*)
 - a) Kepentingan individu
 - b) Kepentingan keluarga
 - c) Kepentingan hak milik

Peran hukum sebagai alat untuk mengubah masyarakat sebenarnya sudah dikemukakan oleh banyak sarjana, terutama oleh sarjana hukum yang berhaluan sosiologis. Misalnya Roscoe Pound dengan istilah populernya “hukum sebagai alat perekayasa masyarakat”. Atau istilah-istilah lain yang kadang kala dipakai, seperti hukum sebagai agent of change atau social planning. Bahkan dengan dipelopori oleh Mochtar Kusumaatmaja, di masa pemerintahan Presiden Soeharto, di Indonesia pernah populer istilah hukum sebagai alat pembangunan (*a tool of development*), karena memang kala itu sektor hukum yang sangat di upayakan ikut mensukseskan pembangunan, yang sayangnya karena rendahnya kesadaran hukum dari para pembuat dan penegak hukum kala itu, menyebabkan hukum sebagai alat pembangunan jadi berubah fungsi menjadi hukum sebagai alat untuk mengamankan pembangunan, yang mempunyai konsekuensinya munculnya banyak hukum yang sangat represif dan melanggar hak-hak masyarakat, yang mengantarkan banyak aktivis ke rumah penjara atau liang kubur.

Menurut E.A Ross, sebagai alat kontrol sosial, hukum merupakan “*the cornerstone of the edifice of order, the most specialized and highly finished engine of control employed by society.*” (Georges Gurvitch, 1982; 24).

Jadi, sebagai alat kontrol sosial, hukum akan mempertahankan model kehidupan sosial yang ada, khususnya kehidupan sosial yang dianggap baik dan diterima oleh mayoritas masyarakat. Ini merupakan tampilan hukum sebagai alat kontrol sosial yang konservatif. Di samping itu, terdapat juga tampilan hukum sebagai alat kontrol sosial yang dinamis, dalam hal ini hukum akan berjud sebagai alat untuk menghentikan model-model kehidupan sosial yang dianggap

⁷² Nazaruddin Lathif, Teori Hukum Sebagai Sarana/Alat untuk Memperbaharui atau Merekayasa Masyarakat, *Jurnal Pakuan Law Review* Volume 3, Nomor 1, Januari-Juni 2017, hal. 78

tidak baik dan tidak diterima oleh mayoritas masyarakat dan mengamankan pergantiannya dengan model realitas sosial yang baru.⁷³

4. Analisa Ekonomi Terhadap Hukum

Secara sederhana, analisa ekonomi terhadap hukum (*analysis economic of law*) adalah pendekatan ilmu ekonomi terhadap aturan-aturan hukum (*economics approach to law*) yang telah ada. Pendekatan ekonomi terhadap hukum dapat diterapkan dalam menganalisa keberadaan aturan hukum, atau keputusan yang ada. J. L. Coleman mengatakan, *the economic approach uses 'the principle of economic efficiency as an explanatory tool by which existing legal rules and decisions may be rationalised or comprehended'*.⁷⁴

Pendekatan ekonomi terhadap sebuah keputusan selalu dilakukan setiap orang. Dalam keseharian atau tingkatan yang mikro, secara individu atau kelompok manusia selalu menerapkan pendekatan ekonomi sebagai pertimbangan dalam mengambil sebuah keputusan.⁷⁵ Demikian juga dalam pendekatan ekonomi terhadap keputusan hukum apakah keputusan hakim, pembuatan regulasi dan lain sebagainya sehingga ilmu ekonomi menjadi salah satu pilar penting untuk dijadikan pendekatan (*approach*) terhadap hukum atau yang biasa disebut dengan istilah *Analysis Economic of Law*.⁷⁶

Secara garis besar analisis ekonomi atas hukum menerapkan pendekatannya untuk memberikan sumbangan pikiran atas dua permasalahan dasar mengenai aturan-aturan hukum yakni analisis yang bersifat positif atau disekriptif, berkenaan dengan pertanyaan apa pengaruh aturan-aturan hukum terhadap masyarakat. Pendekatan ekonomi terhadap hukum, paling tidak didasari oleh tiga terminologi yakni konsep nilai (*value concept*), efisiensi (*efficiency*) dan kemanfaatan (*utility*). tingkah laku orang yang bersangkutan (*the identification of the effects of a legal rule*); dan analisis yang bersifat normative, berkenaan

⁷³ Munir Fuadi, *Teori-Teori Besar (Grand Theory) Dalam Hukum*, hal. 254

⁷⁴ J. L. Coleman, 'Efficiency, Exchange and Auction: Philosophical Aspects of the Economic Approach to Law, dalam Cento G. Veljanovski, *Economics Principles of Law*, (UK Cambridge University Press), hlm. 1

⁷⁵ Contoh sederhana ketika seorang pelajar yang baru lulus sekolah menengah atas dan berencana akan melanjutkan pendidikan ke perguruan tinggi, dalam pertimbangan keputusan untuk memasuki sebuah universitas selalu bahkan hampir dapat dipastikan menggunakan pendekatan ilmu ekonomi. Sebagian besar calon mahasiswa berlomba mengikuti ujian masuk perguruan tinggi negeri dengan pertimbangan ilmu ekonomi yakni efisiensi. Seorang calon mahasiswa/i mengharapkan dapat berkuliah dengan fasilitas yang memadai dengan uang kuliah yang lebih murah sekaligus bergensi daripada memasuki perguruan tinggi yang mungkin mempunyai kualitas yang sama, namun harus membayar sejumlah uang yang mahal atau bahkan sangat mahal. Oleh karena itu, tidak mengherankan setiap tahun para pelajar yang baru lulus berlomba-lomba mengikuti tes ujian masuk perguruan tinggi negeri.

⁷⁶ Terdapat beberapa istilah yang digunakan untuk menyebutkan pendekatan ekonomi terhadap hukum. Christopher Bruce misalnya menggunakan istilah dengan *The Economic Analysis of Law*. Cent G. Veljanovski menggunakan istilah *economic principles of law*. Lihat Howard Davis-David Holdcroft, *Jurisprudence Texts an Comentary*, (Butterworth, 1999), hlm. 393. Lihat juga Cent G. Veljanovski, *Economic Principles of Law*.(United Kingdom: Cambridge University Press, 2007). Fajar sugianto mengartikan *analysis economics of law* sebagai analisis ke-ekonomian tentang hukum. Lihat Fajar Sugianto, *Economic Analysis of Law*, (Jakarta: Prenada Media Group, 2013).

dengan pertanyaan apakah pengaruh dari aturan-aturan hukum sesuai dengan keinginan masyarakat (*the social desirability of a legal rule*).⁷⁷

a. Konsep Nilai dalam ekonomi

Menurut Posner suatu nilai (*value*) dapat diartikan sebagai sesuatu yang berarti atau penting (*significant*), keinginan atau hasrat (*desirability*) terhadap sesuatu, baik secara moneter atau non-moneter sehingga sifat yang melekat padanya berupa kepentingan pribadi (*self-interest*) manusia untuk mencapai kepuasan. Pada dasarnya, suatu nilai ekonomis dapat dilihat dari keinginan manusia terhadap sesuatu, dengan mengetahui sampai sejauh mana individu itu bersedia untuk mendapatkannya, baik dengan uang, tindakan, maupun kontribusi lain yang dapat dilakukannya.

Suatu nilai dapat diidentifikasi dengan karakteristik yang melekat padanya, yaitu suatu pengharapan keuntungan (*expected return*) atau kerugian. Misalnya pengharapan kerugian dan keuntungan uang, dikalikan dengan probabilitas yang akan terjadi. “... *an expected cost or benefit, i.e., the cost and benefit in dollars, multiplied by the probability that it will actually materialize.*”

Pertimbangan manusia dalam menentukan suatu nilai, pada akhirnya selalu ditujukan pada relevansi peningkatan kemakmuran (*wealth maximization*). *Wealth* secara umum dapat diartikan kekayaan, kemakmuran, umumnya yang bersifat lebih. Dalam perspektif ekonomi, suatu kemakmuran adalah nilai bersih terhadap semua aset yang dimiliki seseorang, termasuk nilai terhadap kemampuan seseorang. “*Wealth is the net value of all the assets that a person owns (including the value of the person's skills).*”

Menurut Posner, peningkatan kemakmuran diarahkan kepada jumlah seluruh benda (berwujud dan tidak berwujud) dan jasa, diukur dari dua jenis nilai, yaitu nilai penawaran (apa kehendak orang untuk mendapatkan barang-barang yang belum dimilikinya), dan nilai yang diminta (apa permintaan orang untuk menyerahkan barang-barang yang dimilikinya). Dengan kata lain, “*Wealth in wealth maximization refers to the sum of all tangible and intangible goods and services, weighted by prices of two sorts: offer prices (what are people are willing to pay for goods they do not already own) dan asking prices (what people demand to sell what they do own.)* Sementara peningkatan (*maximizing*) diartikan sebagai memilih alternatif terbaiknya yang terbatas, dapat diuraikan secara matematis; “... *choosing the best alternative that the constraints allow can be described mathematically.*”

Kekayaan atau kemakmuran diidentikkan dengan uang yang dihasilkan dari keuntungan atau profit (dalam hal ini, bersifat moneter), oleh karena itu terdapat perbedaan signifikan antara keuntungan ekonomis dan keuntungan secara tata buku. Suatu keuntungan yang bersifat tata buku (*accounting*) dirumuskan dengan $Accounting\ Profits = Total\ Revenue - Explicit\ Cost$. Sementara keuntungan ekonomis dirumuskan dengan $Economic\ Profits = Total\ Revenue - (Explicit + Implicit\ Cost)$ dan/atau keuntungan ekonomis lebih bersifat kepuasan atau kebahagiaan yang bersifat moneter dan non-moneter yang ditujukan kepada

⁷⁷ Ady Irawan, *Analisa Ekonomi Terhadap Kebijakan Penegakan Hukum Pidana di Indonesia*, Jurnal Pendidikan IPS, Vol. 7. No. 1, Januari–Juni 2017, hlm. 29

total utility.

b. Teori Efisiensi

Sebelum menjelaskan pengertian efisiensi, lebih dulu dibahas tentang ilmu ekonomi. Ilmu Ekonomi adalah studi tentang perilaku rasional (*rational behavior*) yang didefinisikan sebagai *pursuit of consistent ends by efficient means*.⁷⁸ Walter J. Wessels menambahkan selain mempelajari tentang perilaku manusia, ilmu ekonomi juga mengasumsikan bahwa setiap orang adalah makhluk rasional, selalu berkeinginan untuk peningkatan/perbaikan (*maximation*) demi kesejahteraannya dan untuk mencapai keduanya itu mereka dapat melakukan yang dirasa terbaik buat mereka.⁷⁹

Secara sederhana efisiensi merupakan suatu konsep ekonomi mengacu kepada hubungan antara keseluruhan dari suatu situasi dan biaya keseluruhan dari sebuah situasi ekonomi yang bertujuan pada prinsip, dengan pengeluaran sekecil-kecilnya Konsep efisiensi paling tidak berdasarkan dua (2) hal yakni produksi dan konsumsi.

Efisiensi produktif adalah suatu kondisi dimana perusahaan memproduksi barang dan jasa dengan biaya yang paling rendah atau tingkat produksi yang paling efisien yang diindikasikan oleh kondisi dimana tingkat produksi berada pada tingkat biaya rata-rata per unit (*Average Cost=AC*) yang paling rendah. Dengan demikian dalam jangka panjang didalam persaingan sempurna akan tercapai kondisi efisiensi ekonomi (*economic efficiency*) yaitu ketika efisiensi alokatif dan efisiensi produk tercapai.⁸⁰

Persaingan pasar memungkinkan menghasilkan harga yang dapat memberikan kelebihan yang paling optimal kepada konsumen sekaligus produsen. Keuntungan konsumen adalah perolehan kemanfaatan yang lebih besar dari harga yang harus dibayarkannya, sedangkan keuntungan produsen adalah perolehan keuntungan dari harga yang lebih tinggi daripada pengorbanan yang dikeluarkannya untuk menghasilkan barang dan jasa.

Terdapat beberapa pandangan mengenai efisien. Kaum egalitarianisme menyatakan bahwa efisien adalah setiap orang dalam kelompok masyarakat menerima barang sejumlah yang sama. Rawlsian menyebutkan bahwa efisien adalah maksimalisasi utilitas orang yang paling miskin (*The least well off person*). Sedangkan utilitarian menyebutkan efisien adalah maksimalisasi *total utility* dari setiap orang dalam kelompok masyarakat.⁸¹

⁷⁸ Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics* (Massachusetts : Addison Wesley)3-4. Dalam definisi yang umum, kegiatan ekonomi adalah kegiatan seseorang, suatu perusahaan atau sebuah masyarakat untuk memproduksi barang dan jasa maupun mengkonsumsi (menggunakan) barang dan jasa tersebut, lihat juga Sadono Sukirno, *Pengantar Teori Mikroekonomi*, Edisi kedua, cet 16 (Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, 2001), h.5

⁷⁹ Walter J. Wessel, *Economics*, (USA: Barron's Educational Series, 2006), hlm. 2

⁸⁰ Andi Fahmi Lubis, Dkk, *Hukum Persaingan Usaha: Antara Teks dan Konteks*, (Jakarta: Komisi Pengawas Persaingan Usaha & GTZ, 2009), hlm. 36.

⁸¹ Sebagaimana utilitarianisme Bentham yang menyatakan bahwa "humans were rational maximizers of their own satisfaction, and would therefore desist from actions which caused them more pain than pleasure." Lihat, Klaus Mathis, diterjemahkan oleh Deborah Shannon, *Efficiency:*

Dalam aliran filsafat hukum, aliran utilitarianisme menjadikan prinsip manfaat sebagai pijakan dasar untuk membangun kesejahteraan sosial walaupun mengorbankan hak dan kebebasan individu.⁸² Lebih mendekati tujuan hukum pendukung orientasi pasar menyebutkan bahwa efisien adalah hasil pertukaran melalui mekanisme pasar sebagai yang paling adil. Sedangkan Pareto Efisiensi adalah situasi dimana tidak ada cara untuk meningkatkan kegunaan seseorang tanpa mengurangi kegunaan orang lain.⁸³

Dari beberapa pendapat di atas bahwa efisiensi dalam ekonomi pasar sangat terkait dengan maksimalisasi peran pasar dalam meningkatkan kemanfaatan (utilitas) apakah masyarakat secara umum, orang miskin atau pada aspek konsumsi atau produksi. Sedangkan kemanfaatan yang dimaksudkan adalah kemanfaatan secara umum apakah pasar dalam konteks struktur atau masyarakat secara umum. Melalui mekanisme pasar individu meraih kepuasan dalam konsumsi atau produksi secara maksimal. Praktik ekonomi pasar melegalkan investor berkapital besar (kaum kapitalis) untuk melakukan praktek monopoli, oligopoli, atau praktek lain yang dapat mengakibatkan mekanisme pasar berjalan tidak sempurna.

Doktrin maksimalisasi kepuasan individu sebagai salah satu standar keberhasilan sistem ekonomi konvensional dimulai dari gerakan pencerahan (*enlightenment*), didukung oleh paham materialisme, determinisme, utilitarianisme, dan akhirnya dikukuhkan oleh Adam Smith sebagai salah satu ciri utama sistem ekonomi kapitalis. Kondisi yang paling efisien adalah saat tiap-tiap individu itu secara otomatis akan tercipta maksimalisasi kepuasan kolektif dan terpenuhinya kepentingan sosial melalui mekanisme pasar, *laissez faire*, dan optimalitas Pareto.

Dengan demikian, efisiensi berkaitan dengan penggunaan sumber daya seperti manusia, mesin, bahan mentah dan bahan lainnya dipergunakan untuk memproduksi output terbesar yang bisa mereka hasilkan. Peningkatan produksi dengan harga yang rendah sebagaimana juga inovasi yang menghasilkan produk baru dan jasa yang lebih baik dimasa depan, akan meningkat surplus total.⁸⁴

Dalam persaingan di pasar, efisiensi adalah satu variabel tersendiri, sebab kompetisi diyakini akan memberi efek terjadinya efisiensi. Perusahaan akan berusaha semaksimal mungkin untuk menekan biaya untuk memperoleh kesenangan konsumen baik dengan meminimalisasi *cost product*, penekanan biaya distribusi serta pemborosan penggunaan sumber daya. Keuntungan dimaksimalkan dengan menggunakan kekuatan pasar dan harga yang setara

Instead of Justice (Searching for the Philosophical foundation of the Analysis Economic of Law, (Springer Science Business Media B.V. 2009), hlm. 144.

⁸² Dalam konteks inilah Rawls menolak pandangan utilitarianisme dengan prinsip *fairness*. Dalam pandangan Rawls bahwa setiap individu memiliki hak (*right*) dan kebebasan (*liberty*) yang telah diberikan yang berlandaskan prinsip keadilan. Lihat John Rawls, *A Theory of Justice*, (Cambridge:Harvard University Press,1971), hlm. 28.

⁸³ Robert H. Frank and Ben S. Bernanke, *Principles of Micro Economics*, New York: McGraw-Hill, 2004, hlm. 168.

⁸⁴ Andi Fahmi Lubis Dkk, *Hukum Persaingan Usaha: Antara Teks dan Konteks*, (Jakarta: KPPU, 2009), hlm. 17.

dengan biaya terendah (*price equals marginal cost*) yang disebut dengan efisiensi alokatif (*allocative efficiency*), dan produsen menggunakan teknologi yang ada secara efisien untuk tidak mengalami kerugian yang disebut dengan efisien produksi (*productive efficiency*).⁸⁵ Selain itu, kompetisi juga memberi efek terhadap upaya pelaku usaha untuk melakukan inovasi produk secara berkelanjutan dan kreatif dalam rangka meningkatkan jumlah produksi dan penjualan.

Efisiensi dalam ekonomi Islam berdasarkan pada pola produksi dan konsumsi yang telah ditetapkan oleh aturan-aturan tertentu. Dalam ekonomi Islam pola produksi berdasarkan atas syarat-syarat tertentu yakni:

1. Produksi bukan didasarkan atas motif keuntungan yang sebesar-besar semata, namun produksi juga berdasarkan motif memberikan kebajikan kepada konsumen terutama konsumen yang memiliki tingkat kemampuan ekonomi yang rendah.
2. Produksi hanya boleh dilakukan terhadap barang dan jasa yang diharamkan, sebab hanya pada produk yang halal produk memberikan manfaat kepada masyarakat, sebaliknya produk yang dilarang sudah dapat dipastikan membawa dampak keburukan terhadap masyarakat.
3. Produksi berdasarkan atas kebutuhan yang disesuaikan dengan pasar sekaligus melakukan pengawasan terhadapnya dalam rangka menjaga pola hidup konsumen.
4. Produksi dan pemasaran harus mempertimbangkan aspek ekonomi, mental dan kebudayaan.
5. Produksi tidak dilakukan dengan berlebihan yang bertujuan untuk melakukan penimbunan barang dan menaikkan harga saat barang telah langka.⁸⁶

Dalam ekonomi Islam pola konsumsi berdasarkan atas syarat-syarat tertentu yakni:

1. Permintaan pemenuhan kebutuhan terhadap pasar hanya sebatas barang yang penggunaannya dibolehkan dalam syariat Islam.
2. Mendorong konsumen untuk tidak boros atau konsumtif. Larangan hidup secara boros berlandaskan bahwa harta yang dimiliki oleh seseorang bukan kepunyaannya secara mutlak sehingga penggunaan harta harus mengikuti aturan yang mempunyai harta secara mutlak yakni Allah Swt.
3. Pemerataan terhadap kebutuhan. Seseorang yang memiliki keberuntungan dengan memiliki kelebihan harta tidak dibenarkan hanya digunakan untuk kepentingan pribadi, sebab di dalam hartanya terdapat hak fakir miskin yang membutuhkan.
4. Dalam melakukan aktivitas pemenuhan kebutuhan, konsumen tidak hanya mementingkan kebutuhan yang bersifat material (tidak berpandangan hidup materialis) tetapi juga mementingkan kebutuhan immaterial seperti ilmu pengetahuan dan hubungan sosial.

⁸⁵ Marcus Glader, *Innovation Markets and Competition Analysis: EU Competition Law and US Antitrust Law*, (UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2006), hlm. 26.

⁸⁶ Muhammad Nejatullah al-Shiddiqi, *Pemikiran Ekonomi Islam*, Terj. AM. Syaifuddin, (Jakarta: LIPPM, 1986), hlm. 91.

5. Selain memenuhi kepentingan pribadi, konsumen juga memperhatikan kepentingan sosial masyarakat. Selain terdapat barang dan jasa untuk kepentingan pribadi, juga ada barang dan jasa tertentu yang digunakan secara bersama-sama.
6. Konsumen juga harus melihat kepentingan konsumen lainnya dan kepentingan pemerintah. Konsumen bekerjasama dengan konsumen lainnya serta pemerintah untuk mewujudkan pembangunan, sehingga tergalangnya dana dari semua pihak untuk kepentingan pembangunan seperti pembayaran pajak, retribusi dan lain-lain.⁸⁷

Berdasarkan kriteria di atas bahwa konsep efisiensi yang diajarkan Islam adalah efisien yang tidak hanya menguntungkan secara pribadi tetapi juga dapat meningkatkan kesejahteraan secara kolektif. Manusia sebagai subjek hukum dan ekonomi mampu mengelola sumber daya pribadi dalam rangka normalisasi kepemilikan secara pribadi sekaligus mendatangkan rasa empati masyarakat. Efisiensi tidak hanya berdimensi pertumbuhan ekonomi namun juga pemerataan ekonomi secara kolektif.

Konsep efisiensi di atas berbeda dengan konsep efisiensi yang ditawarkan oleh Kaldor Hicks dengan istilah konsep superioritas atau Pareto Optimal atau yang dikenal dengan efisiensi pareto dan teori efisiensi. Pareto Efisiensi adalah sebuah situasi dimana kesejahteraan seseorang tidak dapat meningkat tanpa mengurangi kesejahteraan orang lain dalam sebuah masyarakat. Menurut Paul A. Samuel dan William D. Nordhaus efisiensi terjadi *if there is no change from situation that can make some one better off without making some one else worse off*.⁸⁸ [efisiensi alokasi terjadi jika tidak ada perubahan situasi bahwa dapat membuat seseorang tidak lebih baik tanpa membuat orang lain lebih buruk]. Dengan kata lain kesejahteraan masyarakat telah optimal dengan konsekwensi menurunkan kesejahteraan orang lain dan jika terjadinya inefisiensi ekonomi disebut sebagai kegagalan pasar (*market failure*).⁸⁹

Oleh karena itu pareto optimum sebagai kriteria efisiensi alokatif mendapatkan kritikan sebab tidak mampu menyelesaikan masalah yang lebih besar dan lebih mendasar dalam perekonomian yaitu keadilan alokatif. Keadilan alokatif menunjukkan bagaimana barang dan jasa didistribusikan kepada segenap lapisan masyarakat yang membutuhkan, sehingga masyarakat merasakan kesejahteraan. Postner mendefinisikan efisiensi...*to denote the allocation of resources in which value is maximized, has limitations as an ethical criterion of social decision making*.⁹⁰ Jika hanya sebagian saja dari masyarakat yang dapat menikmati barang dan jasa sementara sebagian lainnya tidak dapat, maka hal tersebut tidak memenuhi rasa keadilan.

Sedangkan yang dimaksud dengan efisiensi ekonomi "*the economic efficiency of the use of resource to produce goods and allocation of goods among*

⁸⁷ Suhrawardi Lubis, *Hukum Ekonomi Islam*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2000), hlm. 23-27.

⁸⁸ Paul A. Samuel dan William D. Nordhaus, *Microeconomics*, Fourteenth Edition, (New York: McGraw-Hill Inc, 1992), hlm 175.

⁸⁹ *Ibid*, hlm. 37.

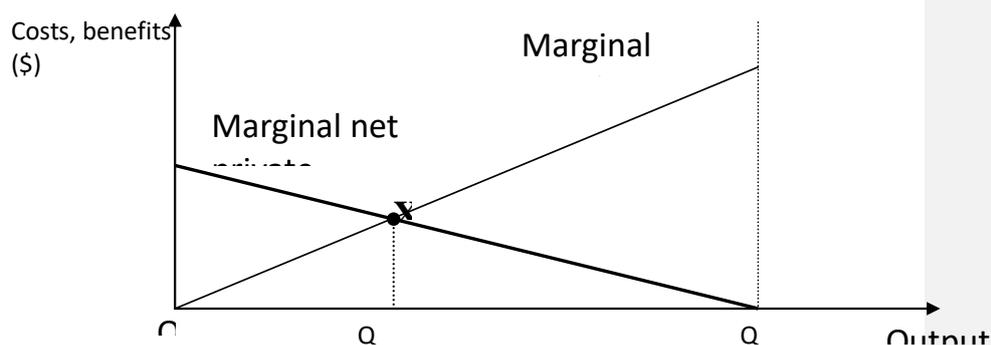
⁹⁰ Richard A. Postner, *Economic Analysis of Law*, Fifth Edition, (Boston: Little Brown & Company, 1998), hlm. 13.

competing uses is the expressed in the process through which voluntary interaction are carried out, leading into the unknowns.⁹¹ Ada beberapa konsep teori efisiensi seperti yang disebut Kaldor Hicks yang disebut dengan konsep superioritas atau pareto optimal atau yang disebut dengan efisiensi pareto dan teori efisiensi.⁹²

Kriteria ini berdasarkan atas beberapa premis berikut (1) *That the individual is the best judge of his own welfare.* (2). *that the welfare of society depends on the welfare of individual that comprise it.* (3). *That any change that increases the welfare of at least one individual without diminishing the welfare of any other improves social welfare.*⁹³

- Teorema Coase: *when parties can bargain and settle their disagreements by cooperation, their behaviour will be efficient regardless of the underlying rule of law*

Bagan I
Coase Theorem



1. Farmer memperoleh Ganti atas kerugian → apa yang akan dilakukan cattle-raiser/farmer?

Keuntungan Cattle raiser: $a + b + c$
Kerugian Farmer: $b + c + d$

2. Farmer tidak memperoleh Ganti atas kerugian → apa yang akan dilakukan cattle-raiser/farmer?

c. Konsep Utilitas (*Utility*)

Suatu daya guna dapat dilihat dari fungsinya yang dapat menghasilkan keuntungan yang lebih bermanfaat, berfaedah (*meritorious*). Menurut Cooter

⁹¹ Svetozar Pejovich, *Law, Informal Rules and Economics Performance*, dalam Fajar Sugianto, *Economic Analysis of Law*, (Jakarta: Prenada Media Group, 2013).

⁹² Hikmahanto Juwana, *Teori Hukum*, (Jakarta: Kumpulan Materi Kuliah, Program Magister Ilmu Hukum, Pascasarjana na Universitas Indonesia).

⁹³ Ogus and Veljanovski, *Reading in the Economic of Law and Regulation*, 1984, p.19 dikutip Hari Chand, *op.cit*, h. 147

dan Ulen, utilitas merupakan manfaat yang didapatkan karena pengambilan keputusan dalam memilih pilihan dengan alternatif penggunaannya. Penggunaan konsep utilitas pada analisa ekonomi terhadap hukum memiliki arti kegunaan atau manfaat dari barang ekonomi yang dapat memberikan/menghasilkan keuntungan. Kata keuntungan memiliki kekeluasan konteks, yaitu keuntungan secara moneter dan/atau secara non-moneter.

Sesuatu dapat dikatakan barang ekonomi (*economic goods*) apabila barang tersebut mempunyai kegunaan sehingga barang ekonomi mempunyai nilai atau harga. Terdapat dua jenis pengertian utilitas dalam analisa ekonomi terhadap hukum, yaitu pengharapan kegunaan (*expected utility*) sebagaimana diartikan dalam ilmu ekonomi dan utilitas sebagaimana diartikan sebagai kebahagiaan oleh para pemikir utilitarian. Menurut Posner, utilitas dalam ilmu ekonomi digunakan untuk melihat ketidakpastian keuntungan dan kerugian yang mengarah kepada konsep risiko. Karakteristik yang melekat padanya ialah nilai yang layak terhadap pengharapan untung rugi (*the worth of the expected cost and benefit*).

Utilitas digunakan sebagai dasar pengambilan keputusan oleh manusia untuk memperoleh manfaat keuntungan yang diharapkan. Keputusan ini diambil dengan mempertimbangkan dan membedakan se jelas mungkin antara untung rugi yang pasti dan untung rugi yang tidak pasti, di mana ketidakpastian merupakan risiko yang harus dihadapi.

Dari konsep-konsep dasar ekonomi di atas, diketahui bahwa mereka tidak berdiri sendiri dan menjadi satu kesatuan dalam mengevaluasi porsi-porsi ekonomi dalam pengkajian suatu masalah, misalnya dalam hal efektivitas terhadap regulasi dan ketentuan hukum. Keberadaan ketentuan hukum dikatakan efektif apabila memiliki nilai (yaitu, dapat ditegakkan penerapannya), berdaya guna (berfungsi sesuai tujuannya), dan efisien (pemberlakuannya untuk kesejahteraan orang banyak).

Dengan demikian, salah satu konsep dasar ini tidak dapat dipisahkan dengan konsep-konsep dasar yang lain. Berbicara tentang salah satu konsep dari keempat konsep-konsep dasar ini, misalnya efisiensi, sangat perlu untuk menelaah lebih jauh konsep-konsep lain (dalam hal ini konsep nilai, utilitas, dan pilihan rasional sebagai *framework analysis*) sebagai satu kesatuan.

5. Teori Hukum Pembangunan

Dinamika hukum di Indonesia mengalami perubahan sesuai dengan kondisi dan gerak dinamika bangsa ini.⁹⁴ Dalam konteks ini, perubahan hukum berawal dari perubahan nilai-nilai yang terkandung dalam masyarakat yang hidup (*living law*). Selanjutnya mengkristal menjadi “sesuatu” yang disepakati oleh sebuah komunitas atau bangsa. Selain itu hukum berdinamika seiring dengan tujuan komunitas yang mengusungnya. Kesepakatan yang lahir dari kumpulan

⁹⁴ Arah kebijakan hukum disebut sebagai karakteristik politik hukum yang diartikan kebijakan atau arah yang akan dituju oleh politik hukum nasional dalam masalah pembangunan hukum nasional, sebagai bentuk kristalisasi kehendak-kehendak rakyat. Imam Syaukani dan A. Ahsan Tohari, *Dasar-dasar Politik Hukum*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2004), hal. 112

individu yang membentuk komunitas bangsa bergerak menuju tujuan atau visi yang secara bersama dikejar dan dicapai.

Dalam sebuah komunitas bangsa yang berbentuk negara mempunyai tiga tujuan pembangunan, yakni persatuan bangsa (*unify*), pertumbuhan ekonomi (*economic growth*) dan kesejahteraan social (*welfare*).⁹⁵ Pada tahapan pertama muncul masalah yang paling mendasar adalah integrasi politik dari pihak-pihak yang turut andil dan berkepentingan. Dalam tahapan ini tarik-menarik kepentingan politik sangat terasa dalam setiap gerak dinamika bangsa sehingga terjadi gesekan-gesekan antar masyarakat terutama di tingkatan elit yang tidak jarang mengancam integrasi bangsa.

Pada tahapan kedua, negara sedang menjalani konsolidasi politik dan ekonomi. Individu dan kelompok kepentingan telah memikirkan persoalan ekonomi, sehingga dalam tahapan ini pemerintah mendorong terjadinya akumulasi modal (*capital accumulation*). Sedangkan dalam tahap ke tiga (3) pemerintah berusaha melakukan perlindungan terhadap rakyat dari penderitaan yang ditimbulkan industrialisasi.⁹⁶

Terbentuknya berbagai peraturan perundang-undangan dalam masing-masing bidang kesemuanya dalam rangka memberikan kepastian dan pembangunan bangsa ini. Peranan hukum dalam membangun sebuah bangsa tidak perlu diragukan lagi, sebab hukum adalah instrument yang sangat penting dalam membuat sistem dan jaminan dalam penyelenggaraan dan pembangunan negara.

Secara konvensional cita dari hukum (*rectsidee*) adalah untuk menciptakan keadilan (*gerechtmatigheid*), kemanfaatan (*doelmatigheid*), dan kepastian hukum (*rechtmatigheid*).⁹⁷ Sedangkan tujuan hukum adalah untuk menjaga keteraturan

⁹⁵ Organski berpendapat bahwa bangsa-bangsa modern menjalani tiga tahap pembangunan yakni politik unifikasi, politik industrialisasi dan politik kesejahteraan social. Wallace Mendelson, *Law and the Development of Nations*, The Journal of Politics, vol. 32: 1970, hal. 32

⁹⁶ Inggris memasuki tahapan pertama pada zaman Henry (1154-1189) yang ditandai dengan lahirnya Common Law dan terbentuknya Inggris Raya, Inggris menunggu 500 tahun sampai terjadinya revolusi industri untuk memasuki tahapan kedua dan pada abad kedua puluh Inggris memasuki tahapan ketiga. Sedangkan Amerika Serikat memasuki tahapan pertama dimulai lahirnya konstitusi Amerika Serikat 1776, setelah 60 tahun merdeka Amerika baru memasuki tahapan kedua yakni era industrialisasi, pada tahun 1930 Amerika Serikat memasuki tahapan "welfare state" setelah melalui perang saudara (civil war) antara utara yang industrilis dan selatan yang agraris antara federasi dan konfederasi, bahkan tak kurang 10.000 kontak senjata terjadi dan menelan korban paling sedikit 500.000 orang. Sedangkan negara Jepang tahapan pertama terjadi pada masa Tokugawa dibawah beberapa Shogun pada tahun 1603 sampai 1867. Baru dengan restorasi Meiji tahun 1868 Jepang memasuki tahapan kedua. Hasilnya medernisasi yang cepat, GNP yang meningkat lebih dua kali lipat pada tahun 1879 sampai dengan 1898. Menjelang perang dunia I pada tahun 1914 Jepang menjadi negara industri yang terkemuka. Dalam 60 tahun pada tahun 1939 GNP Jepang bertambah hampir 1000 persen. Setelah perang dunia II bangun dari kekalahan, Jepang memasuki tahapan welfare state. Lihat Erman Radjagukguk, *Perubahan Hukum di Indonesia*, LDF dan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, hal 7.

⁹⁷ Sebagian ahli filsafat hukum menganggap bahwa ketiga tujuan hukum itu, tujuan menjcapai keadilan adalah yang terpenting bahkan ada yang berpendapat adalah tujuan hukum satu-satunya. Keadilan sendiri dapat diartikan sebagai kehendak yang ajeg dan tetap untuk

dan ketertiban sosial (*sosial order*) dalam masyarakat, sehingga fungsi hukum lebih ditekankan sebagai instrumen pengawasan sosial (*sosial control*)

Peranan dari hukum dalam pembangunan di negara ketiga telah menarik perhatian akademisi dan politisi yang menganggap menjadi hal tersebut yang penting. Ahli hukum di Amerika Serikat (AS) dan Eropa menjadikan sistem hukum sebagai syarat untuk menjalankan pembangunan ekonomi. Maw Weber mengatakan bahwa pembangunan industri di Eropah disebabkan konsistensi penegakan hukum yang menjadi unsur esensial.⁹⁸

Hukum menjadi berperan dalam pembangunan ekonomi, bila hukum dapat menciptakan lima (5) hal, yakni stabilitas (*stability*), prediktabilitas (*predictability*), adil, (*fairness*) pendidikan dan adanya kemampuan khusus dari Sarjana Hukum. Dua yang pertama adalah prasyarat bagi sistem ekonomi⁹⁹

Pertama hukum harus dapat menciptakan stabilitas dengan mengakomodir atau menyeimbangkan kepentingan yang saling bersaing di masyarakat. Dapatkah sebuah produk undang-undang mengakomodir kepentingan dari pengaturan yang diinginkan oleh undang undang tersebut. Dalam hal Perpres No.36 tahun 2005, apakah dapat mengakomodir atau menyeimbangkan pihak masyarakat dan pemerintah sebagai pihak-pihak yang berkepentingan. Satu sisi masyarakat tidak menginginkan hak atas tanah yang dimiliki sesukanya diambil oleh pemerintah. Sedangkan disisi lain pemerintah mempunyai kepentingan untuk dapat melakukan pembangunan demi kemaslahatan masyarakat. Nah dua kepentingan yang saling bersaing inilah yang harus dapat diakomodir peraturan-peraturan.

Kedua, hukum harus menciptakan predictability, yakni bagaimana kita dapat memprediksi akibat dari langkah yang kita ambil. Dalam contoh sederhana,, ketika kita menanamkan investasi, apakah ada jaminan investasi kita akan aman, maka apakah hukum investasi Indonesia telah dapat menjamin keamanan tersebut?

Kempat, hukum juga berfungsi sebagai instrument pendidikan dlam perubahan sosial, dalam contoh apakah dengan undang-undang perbankan dapat mendidik para banker untuk dapat bertindak sesuai dengan prosedur dan bersikap hati-hati dalam pengelolaan uang nasabah.

Hukum dapat berperan dalam pembangunan ekonomi memerlukan Sarjana Hukum yang memahami hubungan hukum dengan masalah-masalah pembangunan di negara-negara berkembang.

Bagi Indonesia saat ini, pemerintah sedang gencar melakukan reformasi terhadap hukum. Mengingat hukum diharapkan dapat menjadikan kondisi yang stabil untuk meningkatkan pembangunan bangsa ini.¹⁰⁰

memberikan masing-masing bagiannya (*Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuius tribuendi*). Lihat Notohamidjojo, O, *Demi Keadilan dan kemanusiaan*, Jakarta: BPK Gunung Mulia, 1975, hal. 53

⁹⁸ Leonard J. Theberge, Law and Economic Development, Dalam Kumpulan Reading Material "Peranan Hukum dalam Pembangunan Ekonomi" dikumpulkan oleh Prof. Erman Rajaguguk, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Hal, 52

⁹⁹ Erman Rajaguguk et. Al, Perubahan Hukum di Indonesia (1998-2004), Harapan 2005, Legal Development Facility dan Fak. Hukum UI, 2004, hal 22

¹⁰⁰ Ibid hal. 23

Contoh kasus penggunaan teori hukum dan pembangunan saat menganalisis Perpres No. 36 tahun 2005 tentang kewenangan negara mencabut hak atas kepemilikan tanah masyarakat dalam rangka kepentingan umum dan pembangunan.

Pengadaan tanah untuk kepentingan umum diatur sejak tahun 1961 yakni lewat undang-undang No. 20 tahun 1961, kemudian dilanjutkan pada masa pemerintahan Soeharto seperti yang tertuang dalam surat menteri dalam negeri No. 3 Desember 1975 No. 15/08/12/1975, kemudian dicabut dan diganti dengan Keppres No. 55 tahun 1993. Namun dalam proses pelaksanaannya tetap menyisakan persoalan berupa konflik kepentingan dalam masyarakat. Untuk itu perlu dikaji ulang dan dikaitkan pula dengan undang-undang No. 22 Tahun 1999¹⁰¹ (yang kemudian berganti dengan Undang-undang No. 32 tahun 2004).

Padahal tujuan reformasi terhadap undang-undang tentang pencabutan dan pembebasan tanah dimaksudkan untuk memberikan landasan perolehan tanah yang diperlukan untuk menunjang kegiatan pembangunan dengan tetap memberikan perlindungan terhadap hak dan kepentingan pihak-pihak yang terkena dampak yang berkaitan dengan kesejahteraan sosial ekonomi.

Dalam kaitan inilah diharapkan kebijakan pemerintah dalam pertanahan yang bersifat sentralistik tidak dapat dipertahankan lagi. Seharusnya politik pertanahan yang bersifat sentralistik dan otoriter ini diarahkan ke politik pertanahan yang desentralistik dan responsif, dengan nuansa demokratis. Pelaksanaan ketentuan perundang-undangan tidak hanya bersandar pada “hukum apa adanya” (*the law that is*), tetapi harus merespon keadaan sosial atau hukum yang seharusnya (*the law that ought to be*). Hukum itu tidak hanya berkembang dengan logika tertutup, tetapi harus dapat mengambil nilai-nilai baru dari masyarakat dan dengan memperbaharui peraturan sedemikian rupa hingga sesuai dengan keadaan dewasa ini.¹⁰²

6. Teori Pilihan Hukum (*Choise Of Law*)

Teori pilihan hukum biasanya terkait dengan hukum internasional terutama hukum ekonomi internasional sebab hukum internasional khususnya dalam bidang ekonomi, individu merupakan subjek hukum internasional. Statusnya bergantung pada isi ketentuan perjanjian yang memberikan kedudukan tersebut. Berdasarkan hukum internasional klasik, individu mendapatkan kedudukan dari aturan-aturan penting dalam hukum kebiasaan internasional.¹⁰³ Untuk dapat dinamakan perjanjian internasional, perjanjian itu harus diadakan oleh subjek hukum internasional yang menjadi anggota masyarakat internasional.¹⁰⁴ Dalam perkembangannya pengertian individu sebagai subjek

¹⁰¹ Syafruddin Kalo, *Reformasi Peraturan Kebijakan Penagadaan Tanah Untuk Kepentingan Umum*, (Jurnal Hukum Bisnis) Vol. 24-No.1 2005, hlm. 86

¹⁰² Goerge Whitecross Paton, *A Text-Book of Jurisprudence*, (London : Oxford at The Clarendon Press, 1951), hlm. 8

¹⁰³ Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, London : Stevens and Sons, 6th, ed, hal. 102

¹⁰⁴ Mochtar Kusumaatmadja dan Eddy R. Agoes, *Pengantar Hukum Interansional*, (Bandung : PT. Alumni, 2003), hlm: 117

hukum tidak terbatas dalam arti perorangan. Ia dapat berarti pula sebagai badan hukum (*juridical person*) yang memiliki personalitas baik menurut hukum nasional maupun hukum internasional.

Istilah-istilah yang dipakai dalam terminologi pilihan hukum (*choise of law*) antara lain :*Partij-autonomie, parteiautonomie* atau dalam istilah lain juga disebut *Rechtskeuze, rechtswahl* atau *connecting agreement*. Dalam melakukan perjanjian atau kontrak dagang yang bersifat internasional, pilihan hukum (*choise of law*) merupakan salah satu ajaran tersendiri didalam teori hukum dagang Internasional. Pengertian hukum dapat diartikan sebagai sesuatu yang dapat digambarkan oleh para pihak dalam melakukan kontak dengan melakukan pilihan terhadap hukum apa yang dipakai. Para pihak dapat memilih hukum tertentu sesuai dengan kesepakatan masing-masing pihak. Pada saat sekarang pada umumnya pilihan hukum menjadi sesuatu yang penting kebiasaan yang telah lazim dilakukan para pihak, mengingat menjadi sebuah kepastian dalam melakukan kontrak. Terdapat banyak yurisprudensi lazim menerima sebagai penetapan hukum. Para pihak tidak ragu lagi membuat kontrak dengan menentukan sendiri pilihan hukum yang berlaku dalam kontrak tersebut dan pilihan tersebut dihormati. Pilihan terhadap opsi ini bukan saja pada negara-negara barat namun juga digunakan secara umum bagi negara sosialis. Namun yang menjadi perdebatan adalah dalam hal batas-batas kewenangan untuk memilih hukum ini. Pada pokoknya para pihak mempunyai kebebasan dalam memilih pilihan ini. Namun ada batas-batas tertentu yang menjadi kewenangan. Pilihan hukum hanya boleh dilakukan sepanjang tidak berlawanan dengan dengan ketertiban umum (*public policy*). Selain itu pilihan hukum juga tidak boleh menjelma menjadi penyuludupan hukum. Walau terkadang sulit dbuktikan namun pada prinsipnya bahwa pilihan hukum tidak boleh dijadikan kedok untuk melakukan penyeludupan hukum.

Pilihan hukum hanya boleh digunakan dalam wilayah hukum kontrak. Namun tidak semua hukum kontrak dapat dimasuki oleh pilihan hukum ini, seperti dalam hal mengenai kontrak kerja. Kontrak kerja berhubungan dengan kaedah memaksa (*dwingend recht*). Hukum yang dipilih para pihak menentukan juga kaedah-kaedah memaksa manakah yang berlaku. Disini dibedakan antar berbagai kemungkinan Hukum memaksa dari *lex fori*, dan dari *lex contractus*.

Dalam hubungan pilihan hukum dan hukum memaksa ini, perlu kita perhatikan sekelompok kaedah-kaedah yang dianggap sebagai super memaksa, sehingga tidak diperbolehkan berlakunya pilihan hukum. Pada kondisi-kondisi tertentu misalnya, sebuah negara mempunyai ketentuan-ketentuan khusus yang menyangkut masalah perekonomian. Seperti peraturan mengenai devisa, pembatasan import dan ekspor, jual beli dan sebagainya. Nah dalam tataran ini maka pilihan hukum menjadi otoritas negara yang bersangkutan maka pilihan hukum menjadi dikesampingkan.

Dalam pendapat lain dikemukakan bahwa pilihan hukum hanya terbuka untuk akibat hukum dari satu kontrak bukan mengenai terciptanya kontrak, dan pilihan hukum hanya berlaku sepanjang dibolehkan *lex fori*. Persoalan lain yang mengemuka adalah apakah pilihan hukum dapat digunakan

Comment [x14]: Pargaraf terlalu panjang

lebih dari satu sistem hukum sebab dalam prakteknya sering kita jumpai pilihan hukum yang lebih dari satu.

Apakah pilihan hukum dapat dilakukan setelah terjadinya perkara, bukan diletakkan sebelum dibuatnya kontrak. Dalam hal ini sering disebut sebagai pilihan hukum yang diletakkan dibelakangan atau pilihan hukum kemudian (*rechtskeuze achteraf*). Persoalan kemudian apakah pilihan hukum yang dilakukan ini dapat dirubah kemudian dan apakah yang akan merupakan hukum jika hukum yang telah dipilih kemudian berubah.

Salah satu teori pilihan hukum adalah terdapat pada konvensi Hukum Uniform 1964 ini.

Dalam pasal 3 kita lihat ketentuan bahwa para pihak bebas untuk sama sekali atau untuk sebagian mengesampingkan diperlakukannya Undang-undang kesatuan bersangkutan.

Pasal 3 ini berbunyi :

Les parties a un contrat de vente sont libres d'exclure totalement ou partiellement l'application de la presente loi. Cette exclusion peut etre expresse ou tacite".

Dengan perkataan lain, disini dikemukakan bahwa para pihak diperbolehkan untuk menolak sama sekali atau sebagian berlakunya *uniform law* ini. Jadi, hukum uniform ini dipandang sebagai "*ius dispositivief atau aanvullend recht*" yang boleh dikesampingkan.

Dari konvensi tersebut jelas bahwa diakui mengenai prinsip pilihan hukum atau otonomi para pihak untuk semua jual beli yang jatuh dibawah konvensi ini. Para pihak yang menandatangani sebuah kontrak secara bebas memilih hukum nasional mana yang menjadi pilihan mereka. Dalam pilihan hukum para pihak juga dengan bebas mencantumkan pilihan hukum secara tegas maupun secara implisit (*express ou tacite, express or implied*). Dan inilah yang dianggap sebagai pertimbangan terhadap pelunasan konvensi 1954 ini juga untuk jual beli internasional oleh bukan peserta

Jika dibandingkan dengan ketentuan dalam konvensi pada tahun 1951 maka tampak beberapa perbedaan dengan konvensi hukum 1964.

1. Mengenai kemungkinan untuk melakukan pilihan sebagian dari hukum yang lain. Padahal dalam konvensi 1951 justru dilarang pilihan hukum untuk sebagian (*depecage*) ini. Pilihan hukum mengakibatkan bahwa hukum yang dipilih dalam keseluruhannya berlaku untuk jual beli bersangkutan
2. Mengenai tata cara dilakukannya pilihan hukum. Menurut konvensi 1951 justru dilarang pilihan secara diam-diam (*clause expresse*) atau *resulter indubitablement des diposition du contract*). Sedangkan pada konvensi 1964 membolehkan pilihan hukum yang "tacite".

Pilihan *Loi Uniforme* juga bisa berlaku dalam perjanjian jual beli yang sama sekali bersifat intern dan juga untuk perjanjian-perjanjian yang mempunyai sifat internasional tetapi tidak memenuhi syarat bahwa barang-barang yang dijadikan objek melintasi tapal batas negara negara nasional masing-masing (jadi tidak memenuhi syarat untuk dianggap sebagai "jual beli" internasional menurut konsepsi konvensi 1964 ini). Secara praktis ketentuan yang dicantumkan dalam

pasal 2 ini misalnya kita saksikan apabila para warga dari suatu negara tertentu dengan tempat-tempat bisnis (*places of business*) dalam negara lain memilih *Loiform* ini diatas hukum domestik yang kalau tak ada pilihan akan menjadi berlaku.

Dalam hal ini, pilihan hukum yang dilakukan ini mengalami pembatasan, yakni bahwa karena dipilihnya dan menjadi berlakunya *uniform law* ini tidak akan dapat dikesampingkan ketentuan-ketentaun hukum memaksa (*mandatory rules, dwingende regels, ius strictum, ius cogens*) dari sistem hukum yang akan berlaku jika tak dilakukan pilihan hukum. Secara praktis akan kita lihat bahwa jika hukum domestik ini pun memberi keleluasan yang besar kepada prinsip otonomi para pihak, maka pembatasan dalam pasal 4 ini tak akan mempunyai arti yang besar.

Jika konvensi kedua yakni yang berkenaan dengan pembentukn kontak jual beli internasional mengenai benda-benda bergerak berwujud (*law on the formation of contract for thje internasional sale of goods*) menganut prinsip kebebasan pilihan hukum. Pasal 1 berbunyi :

“La presente loi est applicable a la formation des contracts de vente qui, s’ils etaient conclus, seraient Regis par la loi uniforme sur la vente internationale de object mobiliers corporals”

Jika suatu negara menerima baik hukum kesatuan (*uniform law on international Sales of goods*) maupun undang-undang tentang pembentukan kontrak ini, maka kita saksikan bahwa luas lingkungan berlaku kedua undang-undang ini adalah sama. Karena prinsip pilihan hukum juga dianut dalam undang-undang tentang pembentukan kontrak, maka tidak ada permasalahan. Oleh sebab itu kjika para pihak mengenyampingkan *uniform of sale*., misalnya karena mereka secara tegas hendak menyatakan hukum Indonesia yang berlaku untuk kontrak mereka. Maka pembentukan dari kontrak bersangkutan akan juga ditentukan oleh hukum Indonesia dan bukan hanya apa yang mengenai hak-hak dan kewajiban dari para pihak saja.

Apabila suatu negara hanya menerima undang-undang kesatuan tentang pembentukan kontrak-kontrak jual beli internasional ,maka pembentukan kontrak ini mungkin jatuh dibawah hukum yang berlainan daripada hukum yang mengatur hak-hak dan kewajiban-kewajban para pihak. Tetapi, ayat kedua dari pasal 1 undang-undang pembentukaan kontrak ini memberi kemungkinan untuk menerima pula berlangsung pilihan hukum yang berkenaan dengan pembentukan kontrak ini.

“Les dispositions des articles suivantes son aplicables, souf dans la mesure ou d’autres regles resultant des negotiations preliminaries, de l’offre, de la response des usage”. Ketentuan-ketentuan daari pasal berikut akan dipergunaan terkecuali ternyata dari pembicaraan pendahuluan, penawaran dan jawaban atasnya,kelakuan antara para pihak atau kebiasaan, bahwa hukum lain yang berlaku.

Pada prinsipnya memungkinkan untuk menafsirkan hukum Indonesia untuk pembentukan kontrak bersangkutan jika perundingan-perundingan antara para pihak ternyata ada petunjuk kearah hukum Indonesia.

Pada prinsipnya telah jelas bahwa otonomi para pihak diakui dalam konvensi 1964 ini. Jika terwujud kelak bahwa *uniform law of sale* memenuhi

tujuan dari para penciptanya, maka diharapkan bahwa tidak besar kebutuhan untuk memilih hukum yang lain dari *uniform law* bersangkutan. Diharapkan bahwa hukum kesatuan ini mempunyai kelebihan atas sistem-sistem hukum nasional masing-masing, yakni bahwa *uniform law* ini bukan merupakan suatu hukum asing untuk para pihak.

Bukanlah karena turut ditandatanganinya konvensi-konvensi 1964 oleh suatu negara akan berarti bahwa *uniform law* bersangkutan akan menjelma pula sebagai hukum sendiri dari negara bersangkutan. Karena merupakan hukum sendiri dan bukan hukum yang bersifat asing. Maka untuk itu perlu ada pembuktian jika dijadikan pokok perkara, di samping itupun akan dapat diuji oleh mahkamah Pradilaan tertinggi dalam negara bersangkutan.

Salah satu contoh penggunaan teori pilihan hukum adalah Hoge Raad telah memberi keputusan yang mengenyampingkan segala keraguan, bahwa pada dasarnya para pihak dapat menentukan pilihan hukum dalam melakukan kontrak-kontrak mereka.

Dalam perkara ini Solbandera Valencia Sinaasappelen Import Maatschappij N.V. menggugat Blue Star Line Limited. Penggugat yang telah memegang konosemen yang telah dikeluarkan oleh Reederij yang digugat. Kapal Celtic Star dari maskapai tergugat telah mengangkut suatu jeruk sinaas dari Rio de Jenero ke Hoek van Holland. Jeruk ini telah menjadi rusak karena menurut penggugat pihak pengangkut tidak menyediakan instalasi pendingin yang cukup dan karena pegawai kapal bersangkutan kurang merawat buah-buahan itu maka menderita kerugian. Pihak tergugat mengajukan pembelaan bahwa dalam klausula konosemen bersangkutan dibawah nomor 23 tercatat ketentuan sebagai berikut: *This contract, wherever made, shall be constructed and governed by English law, and claims in connection therewith settled direct with the carrier in London to the exclusion of proceedings in the courts of any other country.*

Dalam konteks ini jika terjadi sebuah perkara maka yang akan berlaku adalah hukum Inggris. Arrondissements Rechtbank Rotterdam dalam taraf pertama membenarkan pendirian tergugat dan gugatan Solbandera dinyatakan tidak dapat diterima. Dalam banding dari pihak Solbandera mendalilkan bahwa perjanjian pengangkutan sengketa harus tunduk pada pasal 470 dan 470a jo 517 d W.v.K. menurut ketentuan "vrijtekenings-clausule" bersangkutan tidak dapat diprlakukan

Berkenaan dengan adanya klausula-klausula yang melepaskan tanggungjawab ini maka justru konosemen-konosemen bersangkutan telah menyatakan bahwa hakim Inggris yang akan mengadili sesuatu sengketa karena menurut hukum Inggris dapat dilakukan pelepasan tanggungjawab itu. Pasal-pasal yang digunakan W.v.K Belanda ini dianggap sifatnya "dwingend". Pembanding mendalilkan bahwa dengan melakukan pilihan hukum dan pilihan hakim asing sebagai lembaga yang berkompeten. Tidak dapat dikesampingkan ketentuan-ketentuan Belanda yang bersifat memaksa.

7. Teori Hukum Progresif

Gagasan hukum progresif dikampanyekan oleh Satjipto Raharjo¹⁰⁵ yang pada prinsipnya bertolak dari dua komponen basis dalam hukum, yaitu peraturan dan perilaku (*rules and behavior*).¹⁰⁶ Hukum progresif berangkat dari asumsi dasar bahwa hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya.¹⁰⁷ Berangkat dari asumsi dasar ini, maka kehadiran hukum bukan untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan besar. Karenanya ketika terjadi permasalahan di dalam hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa-paksa untuk dimasukkan ke dalam skema hukum. Predikat penegakan hukum progresif akan terkait dengan ideologi para penegak hukum itu sendiri. Bagaimana pandangan penegak hukum tentang hukum dan fungsi hukum akan mempengaruhi nilai dan kualitas produk hukum melalui putusan-putusan yang dihasilkannya. Apakah penegak hukum memandang hukum itu secara formal, atau melihat juga apa yang ada dalam metayuridis, atau melihat hukum dalam kacamata holoyuridis, atau memandang hukum tidak lepas dari relevansi sosial.

Hukum progresif juga berangkat dari asumsi dasar bahwa hukum bukan merupakan institusi yang mutlak serta final, karena hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*).¹⁰⁸ Untuk melukiskan bahwa hukum senantiasa berproses. Satjipto Rahardjo melukiskannya dengan sangat menarik sebagai berikut:

“Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaan di sini 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*). Hukum tidak ada untuk hukum itu sendiri, tetapi untuk manusia”.

Memperhatikan pernyataan Satjipto Rahardjo tersebut terlihat, bahwa untuk menguji (memverifikasi) kualitas dari hukum, tolok ukur yang dapat dijadikan pedoman antara lain keadilan, dan keberpihakan kepada rakyat. Dengan demikian, ketika hukum masuk dalam ranah penegakan hukum misalnya, seluruh proses bekerjanya instrumen penegak hukum harus dapat dikembalikan pada pertanyaan apakah sudah mewujudkan keadilan? Apakah sudah berorientasi kepada kepentingan rakyat?

¹⁰⁵Satjipto Rahardjo adalah salah seorang pemikir hukum Indonesia, karyanya tersebar di berbagai media. Karena dinilai sangat produktif dalam menyumbangkan gagasannya, Satjipto Rahardjo dijuluki sebagai Begawan Hukum. Hukum progresif dapat dipandang sebagai refleksi dari perjalanan intelektualnya selama menjadi musafir ilmu. Dalam pidato untuk mengakhiri jabatan sebagai Guru Besar di FH UNDIP, Satjipto Rahardjo membacakan karya yang sangat menarik dengan judul, “*Mengajarkan Keteraturan, Menemukan Ketidak-teraturan (Teaching Order, Finding Dis-Order), Tigapuluh Tahun Perjalanan Intelektual dari Bojong ke Pleburan*”, Pidato Emiritus Guru Besar UNDIP, 15 Desember 2000

¹⁰⁶ Satjipto Rahardjo, “*Menuju Produk Hukum Progresif*” Makalah disampaikan dalam Diskusi Terbatas yang diselenggarakan oleh FH UNDIP, 24 Juni 2004.

¹⁰⁷ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif: Hukum yang Membebaskan*, Jurnal Hukum Progresif, Vol. 1/No. 1/ April 2005, PDIH Ilmu Hukum UNDIP, hal. 5. Lihat juga Satjipto Rahardjo, “*Hukum Dalam Jagat Ketertiban*”, Jakarta, UKI Press, 2006, Hal. IX.

¹⁰⁸*Ibid*, hal. 6

Pencarian keadilan juga menjadi simbol dinamika kehidupan. Keadilan dan kebenaran menjadi simbol kemanusiaan. Dengan demikian menempatkan kemanusiaan sebagai awal dari hukum sama artinya dengan menempatkan kemanusiaan dipuncak kehidupan hukum. Kemanusiaan dan keadilan menjadi tujuan dari segalanya dalam kita berkehidupan hukum. Maka kalimat “Hukum untuk Manusia” bermakna juga “Hukum untuk Keadilan” ini berarti, bahwa kemanusiaan dan keadilan ada di atas hukum.¹⁰⁹

Verifikasi yang pertama, berupa pertanyaan apakah hukum sudah mewujudkan keadilan, sudah barang tentu mempunyai dimensi yang sangat luas, karena dalam bekerjanya hukum, terpenuhinya prosedur hukum belum tentu menjamin terwujudnya keadilan. Terpenuhinya prosedur hukum baru menciptakan apa yang disebut dengan *prosedural justice*, sementara bisa saja justru *substancial justice*-nya terpinggirkan.

Verifikasi yang kedua, berupa pertanyaan apakah hukum sudah mencerminkan kesejahteraan, juga menyangkut ranah kajian yang sangat luas. Memang kesejahteraan manusia tidak hanya ditentukan oleh bekerjanya hukum, tetapi diharapkan bekerjanya hukum dapat menyumbangkan kesejahteraan manusia. Demikian juga dengan verifikasi ketiga, dengan pertanyaan apakah hukum sudah berpihak kepada rakyat? Pertanyaan ini menjadi penting dan bernilai strategis, terkait dengan realitas bekerjanya hukum yang seringkali lebih berpihak kepada penguasa, sehingga sering muncul adagium bahwa “*The Haves come out a head*”.

Dengan melakukan verifikasi dalam setiap proses bekerjanya hukum, sudah dengan sendirinya, bekerjanya hukum bukan merupakan sesuatu yang *final*, dan *absolute*, tetapi selalu dalam proses untuk mencari, dan selalu terbuka untuk diverifikasi. Itulah sebabnya hukum disebut sebagai *law as a process*, *law in the making*.¹¹⁰

Berangkat dari pertanyaan-pertanyaan yang bersifat verifikatif tersebut, bekerjanya hukum dipengaruhi oleh manusia-manusia yang menjalankan hukum. Memang hukum itu tidak bisa melepaskan diri dari cirinya yang normatif sebagai *rules*, tetapi hukum juga sebagai suatu perilaku (*behavior*). Peraturan akan membangun suatu sistem hukum positif, sedangkan perilaku atau manusia akan menggerakkan peraturan dan sistem yang sudah dibangun itu. Hal ini penting karena peraturan hukum itu hanya kata-kata dan rumusan di atas kertas tapi nyaris tidak berdaya sama sekali, sehingga sering disebut sebagai “*black letter law*”, “*law on paper*” dan “*law in the books*”. Hukum hanya bisa menjadi kenyataan dan janji-janji dalam hukum terwujud, apabila ada campur tangan manusia.

¹⁰⁹ Satjipto Rahardjo, “*Hukum Dalam Jagat Ketertiban*”, Jakarta, UKI Press, 2006, Hal.57. Lihat juga halaman 190 dalam buku Satjipto Rahardjo, “*Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*” Jakarta, Penerbit Kompas, 2003.

¹¹⁰ Hukum dilihat sebagai “Suatu Proses Menjadi”. Hukum tidak berhenti atau mandek dengan selesainya sebuah gagasan yang diformulasikan dalam sebuah peraturan. Oleh karena itu, upaya pembangunan hukum, apalagi pembangunan sebuah teori hukum adalah sebuah pekerjaan raksasa yang menuntut sebuah usaha keras dan konsisten dari para pemikir hukum di tanah air. Satjipto Rahardjo, “*Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*”, Jakarta, Penerbit Buku Kompas, 2003, hal. XV.

Dalam konsep hukum progresif manusia berada di atas hukum, hukum hanya menjadi sarana untuk menjamin dan menjaga berbagai kebutuhan manusia. Hukum tidak lagi dipandang sebagai suatu dokumen yang absolut dan ada secara otonom. Berangkat dari pemikiran ini, maka dalam konteks penegakan hukum, penegak hukum tidak boleh terjebak pada kooptasi *rules* atas hati-nurani yang menyuarakan kebenaran.

Hukum progresif yang bertumpu pada *rules and behavior*, menempatkan manusia untuk tidak terbelenggu oleh tali kekang *rules* secara *absolute*. Itulah sebabnya, ketika terjadi perubahan dalam masyarakat, ketika teks-teks hukum mengalami keterlambatan atas nilai-nilai yang berkembang di masyarakat, penegak hukum tidak boleh hanya membiarkan diri terbelenggu oleh tali kekang *rules* yang sudah tidak relevan tersebut, tetapi harus melihat keluar (*out world*), melihat konteks sosial yang sedang berubah tersebut dalam membuat keputusan-keputusan hukum.¹¹¹

Hukum progresif yang bertumpu pada manusia, membawa konsekuensi pentingnya sebuah kreativitas.²⁶ Kreativitas dalam konteks penegakan hukum selain untuk mengatasi ketertinggalan hukum, mengatasi ketimpangan hukum, juga dimaksudkan untuk membuat terobosan-terobosan hukum. Terobosan-terobosan hukum inilah yang diharapkan dapat mewujudkan tujuan kemanusiaan melalui bekerjanya hukum, yang menurut Satjipto diistilahkan dengan hukum yang membuat bahagia.

Kreativitas penegak hukum dalam memaknai hukum tidak akan berhenti pada “mengeja undang-undang”, tetapi menggunakannya secara sadar untuk mencapai tujuan kemanusiaan. Menggunakan hukum secara sadar sebagai sarana pencapaian tujuan kemanusiaan berarti harus peka dan responsif terhadap tuntutan sosial.

Selain asumsi dasar tersebut, wajah hukum progresif dapat diidentifikasi sebagai berikut:

- 1) Kajian hukum progresif berusaha mengalihkan titik berat kajian hukum yang semula menggunakan optik hukum menuju berperilaku.
- 2) Hukum progresif secara sadar menempatkan kehadirannya dalam hubungan erat dengan manusia dan masyarakat, meminjam istilahnya Nonet & Selznick bertiperesponsif.
- 3) Hukum progresif berbagai paham dengan *legal realism* karena hukum tidak dipandang dari kacamata hukum itu sendiri, melainkan dilihat dan dinilai dari tujuan sosial yang ingin dicapai dan akibat yang timbul dari bekerjanya hukum.
- 4) Hukum progresif memiliki kedekatan dengan *sociological*

¹¹¹Kewibawaan lembaga peradilan juga menuntut adanya kredibilitas personal dan integritas moral kelembagaan. Untuk itu, perlu adanya kualifikasi standar kemampuan intelektual para penegak hukum yang menyangkut spirit keilmuan, gairah inovasi, dan ketangguhan mental. Juga nilai kejujuran dan konsistensi baik tingkah laku hukum (*legal behavior*) maupun di dalam *courtroom behavior* sehingga para penegak hukum tidak melakukan perbuatan yang merendahkan martabat, menyalahgunakan wewenang, dan tidak mandiri dalam bersikap. Lebih dari itu keberanian moral, artinya tidak takut menanggung resiko jika penegakan hukum menegakkan hukum sesuai dengan keadilan dan suarhatinya.

jurisprudence dari Roscoe Pound yang mengkaji hukum tidak hanya sebatas pada studi tentang peraturan tetapi keluar dan melihat efek dari hukum dan bekerjanya hukum.

- 5) Hukum progresif memiliki kedekatan dengan teori hukum alam, karena peduli terhadap hal-hal yang “meta-juridical”.
- 6) Hukum progresif memiliki kedekatan dengan *critical legal studies* namun cakupannya lebih luas.¹¹²

Dilihat dari latar belakang kelahirannya, sebagai bentuk ketidakpuasan dan keprihatinan atas kualitas penegakan hukum di Indonesia, maka spirit hukum progresif adalah spirit pembebasan. Pembebasan yang dimaksudkan disini adalah:

- 1) Pembebasan terhadap tipe, cara berpikir, asas dan teori yang selama ini dipakai.
- 2) Pembebasan terhadap kultur penegakan hukum (*administration of justice*) yang selama ini berkuasa dan dirasa menghambat usaha hukum untuk menyelesaikan persoalan.¹¹³

Spirit pembebasan yang dibawa oleh hukum progresif dirasa penting, karena berangkat dari realitas bahwa tipe, cara berpikir, asas dan teori hukum yang dikembangkan di Indonesia mencerminkan dominasi *positivisme*. Bahkan dalam penyelenggaraan *administration of justice* pun, juga didominasi oleh *positivisme*. Berangkat dari realitas ini, karena dipandang bahwa dengan model ini hukum dinilai belum berhasil menyelesaikan persoalan dalam pencapaian kesejahteraan manusia,¹¹⁴ maka kehadiran hukum progresif dimaksudkan untuk membebaskannya.

Selain asumsi dasar, spirit dan karakter hukum progresif sebagai mana tersebut di atas, hukum progresif juga memiliki karakter yang progresif dalam hal:

- 1) Bertujuan untuk kesejahteraan dan kebahagiaan manusia dan oleh karenanya memandang hukum selalu dalam proses untuk menjadi (*law in themaking*).
- 2) Peka terhadap perubahan yang terjadi di masyarakat, baik lokal, nasional maupun global.
- 3) Menolak *status-quo* manakala menimbulkan dekadensi suasana korup dan sangat merugikan kepentingan rakyat, sehingga menimbulkan perlawanan dan pemberontakan yang berujung pada penafsiran progresif terhadap hukum.¹¹⁵

Dikaitkan dengan spirit hukum progresif yang dimaksudkan untuk membebaskan tipe, cara berpikir, asas dan teori serta pembebasan atas

¹¹²*Ibid*, hal. 6-8

¹¹³*Ibid*, hal. 15-16

¹¹⁴Masalah kepastian hukum dan pemerintahan yang bersih yang masih jauh dari harapan dan rasa keadilan banyak orang. Fenomena korupsi, kolusi, dan konglomerasi yang mengganggu perasaan publik. Munculnya kasus-kasus besar yang belum terselesaikan, seperti kasus mega skandal ekonomi Indonesia (BLBI) senilai Rp. 320 triliun! (Sumber : Humanika – Himpunan Masyarakat Untuk Kemanusiaan dan Keadilan), Jakarta, 2004.

¹¹⁵*Ibid*, hal. 16-17

penyelenggaraan *administration of justice*, maka karakter hukum progresif yang berwatak “progresif” menduduki posisi penting, karena pembebasan ini jelas tidak mungkin terjadi, manakala masih memandang hukum sebagai sesuatu yang *absolute*, tidak peka terhadap perubahan, dan berpihak kepada *status quo*.¹¹⁶

B. Teori Hukum Ekonomi Syariah

Sebagaimana dikemukakan di atas bahwa istilah teori hukum dengan hukum, dogmatik hukum dan filsafat hukum terkadang dipahami secara bergantian dan bersamaan. Demikian juga dengan istilah teori hukum ekonomi syariah yang terkadang dipahami secara bergantian dan bersamaan dengan hukum ekonomi syariah itu sendiri, kaedah-kaedah hukum ekonomi syariah dan *maqashid al-syariah* tentang ekonomi.

Bahkan terdapat istilah yang berbeda antara dua istilah yakni hukum ekonomi syariah dan hukum bisnis syariah yang selalu digunakan secara bergantian. Lalu, apakah kedua istilah tersebut berbeda? Dan apa perbedaan keduanya? Perbedaan terletak pada kata “ekonomi dan bisnis.” Namun, beberapa pendapat menyebutkan bahwa pengertian keduanya hampir tidak berbeda. Hukum bisnis syariah adalah kumpulan peraturan yang berkaitan dengan beli, perdagangan dan perniagaan di Indonesia, baik dalam bentuk aturan perundang-undangan, peraturan Bank Indonesia (PBI), Fatwa dan peraturan-peraturan yang terakut dengan operasional bisnis syariah di Indonesia serta doktrin fikih.¹¹⁷ A. Kadir mendefinisikan hukum bisnis syariah adalah keluruhan dari peraturan dan ketentuan hukum yang berkaitan dengan ktiik bisnis secara *syar'i* atau sesuai dengan syariat guna meningkatkan kesejahteraan dan kemaslahatan umat manusia.¹¹⁸

Secara umum bahwa yang dimaksud dengan hukum ekonomi syariah adalah hukum-hukum yang terkait dengan kegiatan ekonomi dalam pengertian luas yang bersumber dari ajaran Islam yang telah masuk dalam sistem perundang-undangan untuk mencapai kebahagiaan (*falah*) di dunia dan akhirat. Sedangkan hukum bisnis syariah adalah hukum-hukum yang terkait dengan kegiatan usaha (bisnis) antar subjek hukum untuk terciptanya keadilan antara para pihak.

Hukum ekonomi syariah memiliki kaedah yang berasal dari kaedah fiqhiyah secara umum. Dalam kaidah fikih terdapat lima (5) kaedah pokok yang menjadi kaedah dalam menentukan hukum. Kaedah pokok (*ushuli*) diturunkan menjadi beberapa kaedah cabang (*furu'i*). Kaidah *Al-Umuru bi Maqashidiha*. dalil kaedah pertama berasal dari hadis Nabi Muhammad yang berbunyi: “innamal A'malu bin niyyat”. Kaidah di atas memiliki beberapa cabang, atau yang disebut kaidah *furu'*. Adapun beberapa kaidah *furu'* dari kaidah pokok pertama *la tsawaba illa bi niyyah* tidak ada pahala kecuali dengan niat.

¹¹⁶ Hal ini memberikan penekanan bahwa sikap submisif (baca: logika peraturan) ingin digantikan oleh kreativitas yang progresif (baca: logika experience). Hukum Progresif memang lebih cenderung ke kreativitas dan menolak rutinitas logika peraturan.

¹¹⁷ Mardani, *Hukum Ekonomi Syariah*, (Jakarta: Rajawali Press, cet. 2, 2014), him. 3

¹¹⁸ Mardani, *Ayat-ayat dan Hadis Ekonomi Syariah*, (Jakarta: Rajawali Press, cet. 2, 2012), hlm. Vii

Berdasarkan kaedah ini perbuatan baik maupun perbuatan buruk itu tergantung pada niat si pelaku, jika perbuatan itu diniati baik maka akan mendapatkan pahala, tetapi jika perbuatan itu diniati buruk maka tidak akan mendapat pahala. Dengan demikian aktivitas ekonomi akan mendapatkan pahala jika diawali dengan niat yang lurus untuk mencapai ridha Allah. Dalam hukum barat, niat disebut dengan i'tikad baik. Niat yang lurus berdampak terhadap perbuatan yang dilakukan. Oleh karena itu, parameter objektif niat adalah hasil kerja yang terlihat. Berdasarkan kaedah pokok ini terdapat kaedah cabang yang berbunyi *العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني* (“Yang dianggap dalam akad adalah maksud-maksud, bukan lafadz-lafadz dan bentuk-bentuk perkataan.”)

Kaedah ini menjadi dasar dalam menggunakan teori akad dalam hukum ekonomi syariah, dimana dapat dipahami bahwa lafaz harfiyah dapat saja dikesampingkan jika terbukti maksud dan niat bukanlah sebagaimana yang dilafadzkan. Kaedah ini dapat diterapkan dalam akad kerja sama *mudharabah*. Jika ada ketentuan yang menyatakan bahwa pihak yang menyediakan modal akan memperoleh semua keuntungannya maka akad itu tidak disebut *mudharabah* namun menjadi akad hutang (*qard*).

Berdasarkan kaedah ini, dapat membatalkan teori akad *bay' al Inah* yakni menjaul barang secara kredit dengan harga tertentu kepada seseorang dan kemudian membelinya kembali secara kontan dengan harga lebih murah dari harga kredit yang dilakukan pada waktu yang bersamaan. Demikian pula dengan akad *tawarruq* yakni transaksi di mana seseorang yang membutuhkan uang untuk membeli suatu barang secara kredit dari orang tertentu dan kemudian menjualnya ke pasar secara kontan dengan harga di bawah harga beli sebelumnya dari pemilik barang. Demikian pula dengan *bay' bil Wafa* yakni transaksi di mana seseorang membutuhkan uang menjual suatu barang kepada pembeli, dengan syarat kapan saja di penjual mau, maka si pembeli harus mengembalikan barang yang dibeli kepadanya dengan harga pembelian semula.

Dalam membicarakan kaidah tentang transaksi ini, empat mazhab berbeda-beda dalam menyusun redaksinya. Redaksi yang ditulis golongan Hanafiah dan Malikiyah berbeda dengan apa yang ditulis oleh golongan Syafi'iyah dan berbeda pula dengan redaksi yang ditulis oleh golongan Hanabilah. Hal ini merupakan implikasi dari perbedaan mereka dalam menjawab hukum-hukum yang terakomodir didalam kaidah tersebut.

Golongan al-Syafi'iyah menggunakan redaksi: *هل العبرة بصيغ العقود بمعانها؟* “Adakah yang diperhitungkan itu bentuk kata kata transaksi atau tujuan dan maksudnya?” Sedangkan Golongan Hanabilah menggunakan redaksi: *إذا وصل بالفاظ العقود ما يخرجها موضوعها فهل يفسد العقد بذلك؟ أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟* “Apabila pada kata kata transaksi terdapat sesuatu yang memalingkan transaksi tersebut dari sasarannya, adakah hal itu dapat merusakkan transaksi? Atau dianggap sebagai kinayah dari transaksi yang bisa sah dengan cara seperti itu.”

Terlihat bahwa dikalangan masing-masing dari dua mazhab ini masih terjadi pertentangan antara yang memenangkan sisi makna atau tujuan dan yang memenangkan sisi kata-kata.

Menurut Hanafiah dan Malikiyah bahwa untuk menghasilkan suatu transaksi tidak harus melihat kata-kata yang terucap pada waktu transaksi,

melainkan cukup melihat inti makna atau tujuan dari kata-kata yang diucapkan. Secara substansial, yang menjadi tujuan adalah makna atau maksud, bukan kata-kata dan bentuknya. Kata-kata hanyalah sarana untuk menunjukkan makna. Dikalangan kedua mazhab ini hanya ada satu pendapat, yaitu memenangkan sisi makna tujuan atau substansi, terkecuali apabila terjadi kesulitan untuk mempertemukan anatara kata-kata dan tujuannya. Sedangkan dikalangan Syafi'iyah dan Hanabilah masih terjadi khilaf untuk menentukan mana yang harus dimenangkan antara sisi tujuan atau sisi kata-kata.

Contoh dari kaidah ini hibah yang disertai syarat harus ada penggantinya. Umpamanya seseorang berkata pada yang lain "saya berikan harta ini padamu dengan syarat kamu harus memberiku sesuatu", maka transaksi seperti ini dihukumi sebagai transaksi jual beli, meskipun kata kata yang digunakan adalah hibah. Demikian ini menurut masing masing mazhab Hanafiyah dan Malikiyah dengan tanpa ada khilaf di antara ashabnya.

Permasalahan semacam ini dianggap kontroversi dikalangan fuqaha, karena pada dasarnya, yang disebut hibah adalah "pemberian yang bukan dilatar belakangi oleh balas jasa, hadiah, atau pemberian yang mengharapkan imbalan tertentu". Pemberian yang mengharapkan imbalan tertentu tidak ada bedanya dengan jual beli. Jika berupa manfaat, maka disebut jual beli jasa (bisa ijarah atau sejenisnya). Sedangkan bila berupa benda, maka disebut jual beli murni.

Oleh karenanya, akan menjadi persoalan bila seseorang mengucapkan kata kata hibah, namun disertai syarat harus ada imbalan. Maka hal yang wajar kalau kemudian ada sebagian pendapat yang menghukumi transaksi semacam itu sebagai transaksi jual beli, bukan transaksi hibah, seperti pendapat golongan Hanafiyah dan Malikiyah (yang telah disebutkan diatas). Dimana, seluruh pengikut dari masing masing dua mazhab ini sepakat untuk menghukumi transaksi tersebut sebagai transaksi jual beli.

Berbeda dengan mazhab Syafi'iyah dan Hanabilah. Dikalangan masing masing kedua mazhab ini terjadi khilaf. Dikalangan pengikut (ashab) Syafi'iyah terdapat dua pendapat. Pendapat yang terkuat (*ashah*) menghukumi sebagai transaksi jual beli, karena memandang tujuan dan substansi dari kata kata yang diucapkan, dan pendapat lainnya menghukumi transaksi hibah. Sementara golongan Hanabilah terbagi menjadi tiga pendapat, pertama menghukumi transaksi jual beli, karena melihat tujuan yang terkandung. Kedua menghukumi transaksi hibah shahih, karena menurut golongan kedua ini, hibah dengan syarat ada ganti (hibah bi al-tsawab), hukumnya adalah boleh. Ketiga, menghukumi sebagai transaksi yang batal.

Kaidah ini dihubungkan dengan kaidah pokoknya, ibarat al-juz'i dengan al-kulli. Kaidah pokoknya bersifat umum (universal), kaidah furu'nya bersifat khusus (tematik). Pengertian dari *maqashid* dan *ma'ani* (dalam kaidah tersebut) memasukkan sesuatu yang ditunjukkan oleh gejala gejala lafal (*qarinah lafdhiyah*) yang muncul saat terjadinya akad, dan sesuatu yang menjadi kecenderungan umum (*adat*) yang dikehendaki oleh masyarakat dalam komunikasi mereka. Dengan demikian, sebagian transaksi di masyarakat yang menggunakan bahasa yang tidak sama dengan bahasa syar'i (*al-alfadh al-maudhu'ah lah*), namun secara makna masih sesuai, maka tetap sah hukumnya seperti jual beli (*bai' dan*

syira') dengan menggunakan lafal “mengambil” dan “memberi” (*al-akhdzu dan i'tha'*), dan contoh-contoh yang lain.

Mengomentari kaidah ini, Imam Ibn Qayyim al-Jauziyah mengatakan, “bahwa orang yang memikirkan syara' secara mendalam, niscaya ia akan tahu bahwa *as-syari'* (Allah Swt.) senantiasa menggugurkan lafadz lafadz yang maknanya tidak menjadi maksud dari mutakalim. Sebagian dari undang undang syar'i yang tidak boleh dilupakan adalah bahwa niat dan keyakinan merupakan penentu dalam pekerjaan dan berkomunikasi, sebagaimana ia menjadi penentu dalam ibadah taqarrub”.

Dengan demikian menurut Hanafiah dan Malikiyah, bahwa untuk menghasilkan suatu transaksi tidak harus melihat kata-kata yang terucap pada waktu transaksi, melainkan cukup melihat inti makna atau tujuan dari kata-kata yang diucapkan. Sedangkan dikalangan Syafi'iyah dan Hanabilah masih terjadi khilaf untuk menentukan mana yang harus dimenangkan antara sisi tujuan atau sisi kata-kata.

Teori hukum ekonomi syariah pada umumnya dapat disamakan dengan konsep *ushul al-fiqh* dimana terjadi proses ijtihad dan qiyas dalam menetapkan perkara hukum. Ijtihad berarti usaha yang sungguh-sungguh untuk mendapatkan pemahaman hukum. Dengan kata lain ijtihad merupakan penafsiran kembali dasar hukum ekonomi Islam seperti Al-Qur'an dan hadits untuk disesuaikan dengan kondisi yang ada. Qiyas adalah persamaan hukum suatu kasus dengan kasus lainnya karena kesamaan illat hukumnya yang tidak dapat diketahui melalui pemahaman bahasa secara murni.

Oleh karena itu, teori hukum ekonomi syariah adakalanya pemahaman hukum ekonomi yang terdapat dalam Al-Quran dan Al-Hadis secara langsung melalui proses *ushul fiqh*. Jika hukum ekonomi syariah itu tidak ditemukan secara langsung dalam bentuk *fiqh* maka terdapat beberapa bentuk “pisau” yang digunakan dalam memahami sebuah persoalan hukum ekonomi syariah. Teori hukum yang digunakan ada yang disebut dengan *masalah mursalah*, *al-dzarai*, *Istihsan*, *syar'un manqablana*, *'urf* dan lain sebagainya.

BAB III

TEORI-TEORI UMUM HUKUM EKONOMI SYARIAH

A. Teori Akad

Teori akad adalah teori yang paling mendasar dalam hukum ekonomi syariah. Hal disebabkan kedudukan akad yang sangat penting dalam berinteraksi dalam bidang bisnis. Teori akad dalam hukum Islam dipahami sebagai segala sesuatu yang dikerjakan oleh seseorang berdasarkan keinginannya sendiri, seperti wakaf, talak, pembebasan, atau sesuatu yang pembentukannya membutuhkan keinginan dua orang, seperti jual-beli, perwakilan dan gadai.¹¹⁹

Secara spesifik, akad dimaknai dengan pengaitan ucapan salah seorang yang berakad dengan yang lainnya secara *syara'* pada segi yang tampak dan berdampak pada objeknya.¹²⁰ Pengertian akad adalah perikatan yang ditetapkan dengan *ijab-qobul* berdasarkan ketentuan *syara'* yang berdampak pada objeknya.¹²¹

Hal yang penting bagi terjadinya akad adalah adanya *ijab* dan *qabul*. *Ijab-qobul* adalah suatu perbuatan atau pernyataan untuk menunjukkan suatu keridhaan dalam berakad di antara dua orang atau lebih sehingga terhindar atau keluar dari suatu ikatan yang tidak berdasarkan *syara'*. Oleh karena itu, dalam Islam tidak semua kesepakatan atau perjanjian dapat dikategorikan sebagai akad, terutama kesepakatan yang tidak didasarkan pada keridhaan dan *syari'at* Islam.¹²²

Dalam Al-Qur'an, setidaknya ada 2 (dua) istilah yang berhubungan dengan perjanjian, yaitu *'aqd* (akad) dan *'ahd* (janji). Pengertian akad secara bahasa adalah ikatan, mengikat. Dikatakan ikatan (*rabth*) sebab menghimpun atau mengumpulkan dua ujung tali dan mengikatkan salah satunya pada yang lainnya hingga keduanya bersambung dan menjadi seutas tali yang satu.¹²³ Kata *'aqdu* terdapat dalam surat al-Maidah ayat 1: orang beriman diperintahkan untuk memenuhi akad-akad.

Menurut Fathurrahman Djamil, istilah *al-'aqdu* ini dapat disamakan dengan istilah *verbinten* dalam KUHPerdata.¹²⁴ Sedangkan istilah *'ahd* dapat disamakan dengan istilah perjanjian atau *overeenkomst*, yaitu suatu pernyataan dari seseorang untuk mengerjakan atau tidak untuk mengerjakan sesuatu yang tidak berkaitan dengan orang lain. Istilah ini terdapat dalam al-Qur'an surat Ali 'Imran ayat 76: "Sebenarnya siapa yang menepati janji yang dibuatnya dan bertaqwa, maka sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang bertaqwa".

Alat ukur untuk menentukan apakah sebuah akad itu *shahih* atau *ghayr al-shahih*, antara lain, ditentukan oleh pemenuhan pada rukun dan syarat akad. Ada beberapa syarat yang berkaitan dengan akad, yaitu: syarat terjadinya akad dan

¹¹⁹ Rachmat Syafe'i, *Fiqh Muamalah* (Bandung: Pustaka Setia, 2004), hal. 43

¹²⁰ al-Kamal Ibnu al-Humam, *Fath al-Qodir*, Juz. 5, hal. 74

¹²¹ Rachmat Syafe'i, *Fiqh Muamalah*, hal. 44

¹²² *Ibid*, hal. 45

¹²³ Ghufron A. Mas'adi, *Fiqh Muamalah Kontektual* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2002), hal. 75

¹²⁴ Fatturrahman Djamil, "Hukum Perjanjian Syari'ah" dalam Darus Badruzaman et al., *Kompilasi Hukum Perikatan* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hal. 247-248

syarat kepastian hukum.¹²⁵ Syarat terjadinya akad adalah segala sesuatu yang disyaratkan untuk terjadinya akad secara *syara`*. Jika tidak memenuhi syarat tersebut, maka akad menjadi batal. Syarat ini terbagi atas dua (2) bagian: syarat obyek akad dan syarat subyek akad.¹²⁶

Syarat obyek akad, yakni syarat-syarat yang berkaitan dengan obyek akad. Agar sesuatu akad dipandang sah, obyeknya harus memenuhi syarat sebagai berikut: (1) telah ada pada waktu akad diadakan; (2) dapat menerima hukum akad; (3) dapat ditentukan dan diketahui; dan (4) dapat diserahkan pada waktu akad terjadi. Sedangkan yang dimaksud dengan syarat subyek akad adalah syarat-syarat yang berkaitan dengan subyek akad. Subyek akad harus sudah *`âqil* (berakal), *tamyîz* (dapat membedakan), dan *mukhtar* (bebas dari paksaan).

Selain itu, berkaitan dengan orang yang berakad, ada tiga hal yang harus diperhatikan yaitu: (1) kecakapan (*ahliyah*), adalah kecakapan seseorang untuk memiliki hak (*ahliyatul wujub*) dan dikenai kewajiban atasnya dan kecakapan melakukan *tasarruf* (*ahliyat al-ada`*); (2) kewenangan (*wilâyah*), adalah kekuasaan hukum yang pemilikinya dapat bertasharruf dan melakukan akad dan menunaikan segala akibat hukum yang ditimbulkan; dan (3) perwakilan (*wakâlah*) adalah pengalihan kewenangan perihal harta dan perbuatan tertentu dari seseorang kepada orang lain untuk mengambil tindakan tertentu dalam hidupnya.¹²⁷

Syarat akad yang kedua adalah syarat kepastian hukum (*luzûm*). Dasar dalam akad sebenarnya adalah kepastian. Kepastian hukum memiliki peranan yang sangat penting dalam menentukan *shahîh* atau *ghayr shahîh* dari sebuah akad. Sebagai ilustrasi, misalnya, syarat *luzum* dalam jual-beli adalah terhindarnya dari beberapa *khiyâr* jual-beli, seperti *khiyâr syarat*, *khiyâr aib*, dan lain-lain.¹²⁸

Selain syarat akad secara umum, dalam kajian hukum Islam ditemukan pula syarat-syarat yang berkaitan dengan rukun akad. Sebagaimana dikemukakan para ulama bahwa akad itu memiliki tiga (3) rukun utama, yaitu: (1) orang yang berakad (*`âqid*); (2) sesuatu yang diadakan (*ma`qûd` alaih*); dan (3) *shîghah*, yaitu *ijâb* dan *qabûl*.¹²⁹

Âqid adalah orang yang melakukan akad. Keberadaannya sangat penting karena tidak akan pernah terjadi akad manakala tidak ada *`âqid*. *Ma`qûd` alaih* adalah objek akad atau benda-benda yang dijadikan akad yang bentuknya tampak dan membekas. Barang tersebut dapat berbentuk harta benda, seperti barang dagangan, benda bukan harta seperti dalam akad pernikahan, dan dapat pula berbentuk suatu kemanfaatan seperti dalam masalah upah-mengupah dan lain-lain. Sedangkan *shîghah* adalah sesuatu yang disandarkan dari dua belah pihak yang berakad, yang menunjukkan atas apa yang ada di hati keduanya tentang

¹²⁵Rachmat Syafe'i, *Fiqh Muamalah*, hal. 64-66.

¹²⁶Ahamd Azar Basyir, *Asas-Asas Hukum Muamalat* (Yogyakarta: UII Press, 2004), hal. 78-82

¹²⁷Gemala Dewi, et. al, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia* (Jakarta: Kencana, 2005), hal. 55-58

¹²⁸Rachmat Syafe'i, *Fiqh Muamalah*, hal. 65-66

¹²⁹*Ibid*, hal. 45

terjadinya suatu akad. Hal ini dapat diketahui dengan ucapan, perbuatan, isyarat, dan tulisan.¹³⁰

Berkaitan khusus dengan obyek akad, obyek akad adalah sesuatu yang dijadikan obyek akad dan dikenakan padanya akibat hukum yang ditimbulkan. Bentuk obyek akad dapat berupa benda yang berwujud seperti mobil dan rumah, maupun benda tak berwujud, seperti manfaat. Adapun syarat-syarat obyek akad adalah: (1) obyek perikatan telah ada sebelum akad dilangsungkan; (2) obyek perikatan dibenarkan oleh syariah; (3) obyek akad harus jelas dan dikenali; dan (4) obyek dapat diserahkan.

Kaidah umum hukum Islam menentukan bahwa setiap orang yang melakukan perbuatan dalam keadaan sehat akal dan bebas menentukan pilihan (tidak dipaksa) pasti memiliki tujuan tertentu yang mendorongnya melakukan perbuatan itu. Oleh karena itu, tujuan akad menduduki peranan penting untuk menentukan suatu akad dipandang sah atau tidak, halal atau haram. Semuanya berkaitan dengan hubungan niat dan perkataan dalam akad.

Bahkan perbuatan-perbuatan bukan akad pun dapat dipengaruhi halal dan haramnya dari tujuan yang mendorong perbuatan itu dilakukan. Misalnya, membeli pisau, jika tujuannya untuk melukai seseorang, maka membeli pisau adalah haram. Persoalan muncul jika suatu tindakan tidak mempunyai tujuan yang jelas, apakah tindakan tersebut tidak mempunyai akibat hukum? Misalnya, seseorang berjanji akan memberikan sesuatu kepada orang lain, apakah janji itu mempunyai akibat hukum, dengan pengertian orang itu dapat dituntut untuk memenuhi janjinya?.

Berkaitan dengan masalah ini, pendapat Fuqaha' bermacam-macam, ada yang mengatakan mempunyai akibat hukum, seperti Ibnu Syubrumah yang mengatakan bahwa semua janji mempunyai akibat hukum, orang yang berjanji dapat dipaksa untuk memenuhinya. Menurut pendapat kebanyakan Fuqaha', janji yang tidak jelas tujuannya itu tidak mempunyai akibat hukum duniawi, meskipun akan diperhitungkan di hadapan Allah di akhirat kelak.¹³¹

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa tujuan akad memperoleh peran yang amat penting, apalagi dalam hal muamalat/bisnis. Tanpa ada tujuan yang jelas, secara otomatis tidak ada yang dapat dilakukan dari terbentuknya akad tersebut sehingga akad tersebut dipandang tidak sah dan tidak memiliki konsekuensi hukum. Oleh karena itu, diperlukan adanya syarat-syarat tujuan akad sebagai berikut: (1) tujuan akad tidak merupakan kewajiban yang telah ada atas pihak-pihak yang bersangkutan tanpa akad yang diadakan tujuannya hendaknya baru ada pada saat akad diadakan; (2) tujuan harus berlangsung adanya hingga berakhirnya pelaksanaan akad; (3) tujuan akad harus dibenarkan oleh syara'.¹³²

Dari pengertian ini dapat dipahami bahwa dengan adanya perjanjian, maka satu orang atau lebih yang mengadakan perjanjian tertentu telah terikat satu sama lain dalam koridor atau batas-batas yang dimaksud dalam isi perjanjian itu. Selain itu, dengan adanya perikatan tadi, timbul hak dan kewajiban yang harus dilaksanakan oleh kedua belah pihak. Masalah-masalah yang berkaitan dengan

¹³⁰*Ibid*, hal. 46-51

¹³¹Ahamd Azar Basyir, *Asas-Asas Hukum Muamalat*, hal. 96-97

¹³²*Ibid*, hal. 99-100

adanya *wanprestasi* atas pelaksanaan hak dan kewajiban menjadi konsekuensi bersama dan diatur berdasarkan isi perjanjian dan atau dengan suatu tatanan hukum yang ada.

Tiap-tiap perjanjian mempunyai dasar pembentukannya. Menurut ilmu hukum, terdapat dua unsur pokok, yaitu unsur subyektif dan unsur obyektif. Unsur subyektif adalah yang menyangkut subyek (pihak) yang mengadakan perjanjian, sedangkan unsur obyektif adalah unsur yang berhubungan dengan langsung dengan obyek perjanjian. Unsur subyektif menyangkut adanya unsur kesepakatan secara bebas dari para pihak yang berjanji, dan kecakapan dari para pihak yang melaksanakan perjanjian. Sedangkan unsur obyektif meliputi keberadaan obyek yang diperjanjikan, dan obyek tersebut haruslah sesuatu yang diperkenankan oleh hukum. Tidak terpenuhinya salah satu unsur di atas menyebabkan cacat dalam perjanjian, dan perjanjian tersebut diancam dengan kebatalan, baik dalam bentuk dapat dibatalkan (jika terdapat pelanggaran terhadap unsur subyektif), maupun batal demi hukum (tidak terpenuhinya unsur obyektif).¹³³

Syarat yang harus dipenuhi dalam suatu perjanjian terdapat empat syarat utama, yaitu:¹³⁴

- a) Adanya perizinan secara bebas dari orang-orang atau para pihak yang mengadakan atau melangsungkan perjanjian. Kesepakatan ini tertuang dalam *shighat* akad (perjanjian) yang terdiri dari *ijab* dan *qabul*.

Pada dasarnya kesepakatan secara bebas dianggap terjadi pada saat perjanjian dibuat oleh para pihak, kecuali dapat dibuktikan bahwa kesepakatan terjadi karena adanya kekhilafan, paksaan, maupun penipuan. Kitab undang-undang juga menyatakan bahwa kekhilafan itu sendiri tidak mengakibatkan dapat dibatalkannya perjanjian yang telah terjadi, kecuali jika kekhilafan itu terjadi mengenai hakikat dari kebendaan yang menjadi pokok persetujuan.

Cara orang dalam menunjukkan sikap *ijab* dan *qabul* di atas dapat diketahui dengan hukum positif populer dengan istilah perjanjian sebagaimana termuat dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata, Pasal 1313 yang menyatakan: "Suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu ucapan, perbuatan, isyarat, dan tulisan.

- b) Adanya kecakapan untuk membuat perjanjian dari para pihak yang berjanji. Adanya kecakapan untuk bertindak (*ahliyyatul ada'*) merupakan syarat subyektif kedua terbentuknya perjanjian yang sah di antara para pihak. Ketetapan ini dalam ilmu hukum dapat dibedakan lagi ke dalam:

Kecakapan dalam rangka tindakan pribadi orang-perorang (Pasal 1329 sampai dengan Pasal 1331 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata). Kitab undang-undang perdata menyatakan bahwa pada prinsipnya semua orang dianggap cakap (ahli) untuk melakukan tindakan hukum, kecuali mereka yang masih berada di bawah umur, yang di bawah pengampuan

¹³³ Gunawan Widjaja, *Waralaba* (Jakarta: Grafindo Persada, 2003), hal. 10

¹³⁴ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata* (Jakarta: Intermasa, 1984), hal. 134

dan mereka yang dinyatakan pailit (Pasal 1330 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata). Kecakapan dalam hubungan dengan pemberian kuasa. Hal ini berarti bahwa kecakapan bertindak dalam hukum tidak hanya dari pihak yang memberi kuasa, melainkan juga dari pihak yang menerima kuasa secara bersama-sama. Syarat ini erat kaitannya dengan syarat nomor satu, dan hampir tidak bisa dilepaskan satu sama lain ketika kita berbicara masalah hukum. Namun demikian, keduanya harus dipisah untuk membedakan bahwa yang satu berhubungan dengan orang yang dianggap sudah layak untuk masuk dan bertindak dalam wilayah hukum dan yang kedua lebih kepada kecakapannya dalam pemberian kuasa.

Kecakapan dalam hubungannya dengan sifat perwalian dan perwakilan. Kecakapan yang berhubungan dengan sifat perwalian (dan atau pengampuan) harus memperhatikan kewenangan bertindak yang diberikan oleh hukum dan atau peraturan yang termuat dan berlaku dalam aturan dan atau kesepakatan perusahaan atau badan lainnya. Dengan demikian, ketentuan ini menjadi penting, sehingga baik pemberi waralaba maupun penerimanya harus memastikan apakah lawan bisnisnya itu sudah memenuhi syarat untuk bertindak dalam hukum atau belum.

c) Adanya suatu hal/obyek tertentu yang diperjanjian.

Hal ini adalah merupakan konsekuensi logis dari adanya perjanjian karena kalau tidak ada obyek yang dituju maka berarti perjanjian itu adalah kosong. Tidak ada hak dan kewajiban yang akan dilaksanakan (ketentuan ini diatur oleh Kitab Undang-undang Hukum Perdata Pasal 1334).

d) Suatu sebab yang legal atau halal

Pasal 1320 KUHPerdata tidak menjelaskan secara rinci mengenai pengertian sebab yang halal (*orzaak*). Sedangkan Pasal 1337 KUHPerdata hanya menegaskan sebab yang terlarang. Suatu sebab itu dianggap terlarang apabila bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum. Oleh sebab itu, maka yang dimaksud dengan sebab yang halal adalah bahwa isi kontrak tersebut tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.

Aspek penting lainnya berkaitan dengan akad atau perjanjian ini adalah hal-hal yang dapat merusak dan membatalkan perjanjian. Seperti yang telah dijelaskan di atas bahwa hal-hal yang dapat membatalkan perjanjian adalah tidak terpenuhinya syarat-syarat baik itu subyektif maupun obyektif. Tidak terpenuhinya syarat-syarat subyektif seperti tidak terjadinya kesepakatan antara para pihak dan tidak adanya kecakapan para pihak dalam melakukan tindakan hukum, maka menyebabkan perjanjian menjadi tidak sah, atau dapat dibatalkan karena cacat hukum. Demikian juga jika tidak terpenuhinya syarat obyektif, seperti tidak adanya isi perjanjian atau perjanjian yang tidak dibenarkan oleh hukum, maka perjanjian tersebut menjadi batal demi hukum.

Di samping itu, adanya tindakan yang melanggar atau tidak sesuai dengan isi perjanjian, serta tidak terpenuhinya dan atau tidak dilaksanakannya hak dan kewajiban oleh salah satu atau para pihak, maka akan mengancam terhadap bubarinya atau permintaan pembatalan perjanjian. Suatu tindakan yang

tiada memenuhi atau gagal dalam perjanjian ini untuk melaksanakan kontra prestasi merupakan suatu pelanggaran terhadap perjanjian (wanprestasi atau *breach of contract*).¹³⁵

B. Teori Riba, Gharar dan Maisir

Para ekonom, baik Muslim maupun non Muslim mengemukakan beberapa teori hukum dasar dari sistem ekonomi Islam dan keuangan Islam, yaitu bahwa semua produk tidak mengandung tiga (3) unsur; *pertama*, unsur riba (*usury*) atau *excessive interest*), *kedua* tidak mengandung *gharar*, dan *ketiga* tidak mengandung perbuatan *maisir* (*gambling*) dan alkohol.

Pertama, riba. Riba merupakan isu terpenting (*old religious issue*) yang dibahas kalangan sarjana Muslim. Hal disebabkan adanya peringatan keras Al-Qur'an terhadap keharamannya. Sejak semula riba diakui potensial menimbulkan masalah. Al-Qur'an sebagai rujukan utama tidak secara langsung menjelaskan apa yang dimaksud dengan riba.¹³⁶ Umar bin Khattab mengakui tingkat kepelikan dari persoalan riba itu sendiri yang tergambar dalam ungkapan (keluhan) Umar: "Ada tiga perkara yang sangat aku sukai andai saja Rasulullah meninggalkan wasiat (yang berupa penjelasan) untuk kita, yakni masalah pewarisan kakek, *kalalah*, dan persoalan riba. Berdasarkan ini tidak mengherankan bila kemudian muncul banyak sekali teori tentang riba.

Menurut Wahbah al-Zuhaili, proses dan tahapan pengharaman riba melalui empat tahapan. Tahapan pertama adalah ayat Makkiah, sedangkan tahapan selanjutnya adalah diturunkan setelah Nabi Saw hijrah keMadinah. Tahapan pertama adalah surat al-Rum(30):39. Tahapan kedua adalah surat an-Nisa'(4):161, yang menceritakan kisah Yahudi yang Allah haramkan riba kepada mereka, namun mereka tetap memakannya, sehingga Allah memberikan hukuman kepada mereka. Tahapan ketiga, Surah AliImran(3):130, Allah melarang praktik riba jahiliyah, yaitu riba dengan pengembalian uang pinjaman dengan jumlah berlipat ganda. Tahapan keempat, Surah al-Baqarah(2):278. Allah secara tegas segala bentuk riba.¹³⁷

Pengertian riba dari Surah ar-Rum ayat (30): 39 mengandung beberapa perdebatan. *Pertama*, pendapat ulama yang mengatakan bahwa pengertian riba tersebut di atas adalah hadiah, sehingga diperbolehkan, pendapat tersebut didukung oleh para ulama antara lain Al-Qurtubi, Ibnu Al-'Arabi, Al-Biqai, Ibnu Kathir dan Sayyid Qutub; *Kedua*, pendapat ulama yang mengharamkan, yaitu Thahir Ibn 'Ashur dan Tim Penyusun Tafsir Al-Muntakhah; *Ketiga*, pendapat Thabatahbai yang memahami kata riba di atas sebagai hadiah bila ayat tersebut

¹³⁵ *Ibid*, hal. 95

¹³⁶ Allahtelahmenghalakanjualbelidanmengharamkanriba...,"(al-Baqarah(2):275),Al-HadisdariSuhaibal-Rumir.a.bahwaRasulullahS.A.W.bersabda,"Tigahalyangdidalamnya terdapatkeberkahan:jualbelisecaratangguh,*muqaradah* (*mudarabah*), danmencampurgandum dengantepunguntukkeperluanrumah tangga,bukanuntukdijual."(HRIbnuMajah)Bukhari, AbuAbdillahBinIsma'ilAl-Sahih al-Bukhari(Beirut:Dar Ibn Kathir al-Yamamah,1987M/1407H) Cet. ke III JuzI.

¹³⁷ Wahbah al-Zuhaili, *Tafsir al-Munir fi al-'Aqidah wa as-Shar'iyah wa al-Manhaj* (Beirut: Dar al-Fikr, 1988), 92-93.Rafiq Yunus al-Misri, *Buhuth Fi Fiqh al-Mu'amalati al-Maliyah* (tt: Dar al-Maktabi, 2009), Cet II, hal. 100.

turun sebelum Rasulullah hijrah ke Madinah; *Keempat*, pendapat para ulama yang mengatakan bahwa pelarangan riba oleh Al-Qur'an mengalami pentahapan seperti pelarangan *khamr* atau minuman keras.¹³⁸

Di antara pandangan yang umum diterima (jumhur) adalah bahwa riba dibedakan menjadi dua, yakni *riba nasi'ah* dan *riba fadhl*. Riba nasi'ah dipahami sebagai pembayaran hutang yang harus dilunasi oleh debitur lebih besar daripada jumlah pinjamannya sebagai imbalan terhadap tenggang waktu yang diberikan, dan kelebihan tersebut akan terus meningkat menjadi berlipat-ganda bila telah lewat waktu.

Riba fadhl dikenal sebagai melebihi keuntungan (harta) dari satu pihak terhadap pihak lain dalam transaksi jual-beli atau pertukaran barang sejenis dengan tanpa memberikan imbalan terhadap kelebihan tersebut.¹³⁹ Transaksi pertukaran antar harta ribawi sejenis dengan kelebihan pada salah satu dari dua harta yang dipertukarkan. Jenis-jenis harta ribawi adalah emas, perak, gandum (*hintah, burr*), kacang (*sya'ir*), kurma, dan garam. Dalam mempertukarkan harta ribawi berlaku ketentuan syariah, antara lain; jika yang dipertukarkan adalah dua jenis yang sama, seperti gandum dengan gandum, maka disyaratkan agar kedua gandum yang dipertukarkan itu sama kadarnya. Apabila salah satunya lebih banyak, maka transaksi itu menjadi riba fadhl. Secara sederhana dapat dibedakan bahwa riba nasi'ah terjadi dalam transaksi hutang-piutang, sementara riba fadl terjadi dalam transaksi jual-beli.

Di kalangan ulama telah menjadi konsensus bahwa makna *riba* adalah adanya penambahan bayaran melebihi dari pada jumlah pinjaman di awal.¹⁴⁰ Dari sudut terminologi yang paling singkat sebagaimana dilontarkan oleh Imam an-Nawawi mengemukakan bahwa *riba'* adalah penambahan atas harta pokok karena adanya unsur waktu.¹⁴¹ Setiap bentuk tambahan (besar atau kecil, nominal atau nyata) pengembalian pinjaman. Termasuk pinjaman dengan jaminan.

Diskursus tentang eksistensi dan hakikat riba kemudian berlanjut ketika terminologi riba dihubungkan dengan istilah bunga (*interest* dan *usury*) dalam skim keuangan modern. Beragam interpretasi muncul, seperti dari kalangan Muslim Liberal yang berpendapat bahwa *interest* dalam keuangan modern tidak persis sama dengan riba dalam istilah fikih.

Berbeda dengan kalangan liberal, interpretasi mayoritas kaum muslim lainnya berpendapat bahwa bunga/*interest* dalam bentuk bagaimanapun adalah diharamkan. Umer Chapra bahkan mempertegas bahwa pengharaman riba dan *interest* bukan hanya terdapat agama Islam saja. Semua agama seperti Yahudi, Nasrani, dan Hindu pun secara jelas mengharamkan riba (bunga). Umer Chapra berpandangan bahwa meskipun pada awalnya masih ada sebagian kalangan Muslim berpendapat bahwa *interest* (bunga) tidaklah persis sama dengan riba

¹³⁸ M. Quraish Shihab, *Tafsir Al-Misbah*, Vol. 11 (Jakarta : Lentera Hati, 2007), hal. 73.

¹³⁹ Hamzah Ya'qub, *Kode Etik Dagang Menurut Islam: Pola Pembinaan Hidup dalam Berekonomi*, Cet.3, (Bandung:C.V.Diponegoro,1999),hlm. 172-173.

¹⁴⁰ManzoorAli, *Islamic Banking and Finance in Theory and Practice* (paper), *Lectures on Islamic Economics*, Papers and Proceedings of an International Seminar on Teaching Islamics for University Teachers (Jeddah, Saudi Arabia: Islamics Research and Training Institute Islamic DevelopmentBank,1992), hlm. 343

¹⁴¹ Imamal-Nawawi, *Majma' Sharhal-Muhadzdzab*, (Cairo:ZakariaAliYusuf,t.th) Vol IX, 442.

dan karena tidak diharamkan, namun berdasarkan keputusan lembaga Islam dan sarjana Islam kontemporer sepakat bahwa bunga adalah sama dengan riba dan karenanya diharamkan.¹⁴²

Muhammad Shahrur dengan istilah riba kontemporer, setelah menghimpun dan menganalisis sejumlah ayat yang berkenaan dengan riba, Shahrur menyimpulkan adanya empat poin penting mengenai riba yang mesti diperhatikan, yaitu: (i) riba dikaitkan dengan sedekah, (ii) riba dikaitkan dengan zakat, (iii) ditetapkannya batas atas bagi bunga (riba) yang dipungut, dan (iv) adanya kondisi yang bernilai nol. Pemikiran Shahrur tentang riba memiliki implikasi yang berbeda dari pandangan yang umum dikenal. Menurutnya, tidak setiap bisnis yang melibatkan riba (bunga) itu dilarang dan karenanya dianggap tidak etis. Riba dalam perjanjian kredit yang dibebankan kepada kalangan pelaku bisnis dan orang-orang yang berekonomi kuat tidaklah melanggar etika ataupun hukum Islam sepanjang riba yang dipungut tidak melebihi batas maksimal yang telah ditentukan. Dengan demikian, bunga bank konvensional menurut pandangan ini tidak dilarang karena bunga yang dipungut umumnya tidak berlipat ganda. Selanjutnya, bisnis apapun yang melibatkan bank konvensional sebagai mitra kerja dianggap tidak melanggar etika bisnis Islam.

Dilain pihak, Ibn Rusyd mengemukakan alasan utama kenapa bunga/riba diharamkan memaparkan bahwa praktek riba akan berimplikasi serius kepada terciptanya penipuan, kezaliman, dan ketidakadilan sosial ekonomi dan penipuan besar pada hal keadilan transaksi seharusnya diwujudkan dalam ukuran ekuivalensi.¹⁴³

Dalam perspektif lain, Muhammad Hatta mengemukakan bahwa riba itu haram, karena hal demikian sudah dijelaskan dalam Al-Qur'an. Tetapi menyangkut masalah bunga, Hatta tidaklah termasuk orang yang mengharamkannya selama tingkat suku bunga tersebut telah ditetapkan terlebih dahulu, sehingga kemudian seseorang dapat memutuskan secara lebih tepat apakah hal itu akan menguntungkan baginya atau tidak untuk meminjam uang tersebut. Disini terlihat, bahwa Hatta sangat mempersyaratkan adanya kejelasan dan keterbukaan pada awal transaksi, karena bagi Hatta dalam transaksi tersebut harus ada kerelaan dari kedua belah pihak. Dalam pandangan Hatta, bila seseorang masih tetap ingin mempergunakan jasa bank, berarti ia telah rela membayar *rente*-nya. Sebaliknya, bila *rente* dilakukan dengan diam-diam ia termasuk riba.¹⁴⁴ Disini terlihat bahwa Hatta sangat membedakan antara riba dan bunga. Bagi Hatta perbedaan antara riba dan bunga adalah bahwa semangat riba menghancurkan, semangat *rente* dalam hal bank malah produktif. Dari sini terlihat bahwa Hatta memandang bunga bank sebagai sesuatu yang positif. Malahan secara keras beliau menyatakan bahwa "siapa yang tak suka kepada

¹⁴² M. Umer Chapra, "Nature of Riba in Islam", *The Journal of Islamic Economics and Finance (Bangladesh)* Vol. 2, No. 1, (January-June 2006), hlm. 1

¹⁴³ A.A. Islahi, *Contributions of Muslim Scholars to Economic Thought and Analysis* (Jeddah: Islamic Economic Research Centre King Abdul Aziz University, 2004), 52. Dalam Nofrianto, "Implementasi Syari'ah Complaint Pada Saham Syari'ah Bursa Efek Indonesia" Disertasi Sps UIN Jakarta, 2012, hal. 56.

¹⁴⁴ Deliar Noer, *Mohammad Hatta: Biografi Politik* (Jakarta: LP3ES, 1991), hal. 17.

kedudukan *rente* apa juga, lebih baik ia menolak segala kemajuan, menolak adanya bank”¹⁴⁵.

Menurut beberapa kalangan akademisi dan praktisi keuangan ada berpendapat bahwa keharaman bunga selain dari adanya tambahan dari pokok, penekanannya lebih pada faktor waktu (*time value of money*) dan kepastian (*certainty*). Konsep bunga merupakan salah satu pedoman utama dalam ilmu ekonomi yang dianut sektor keuangan selama ini. Konsep bunga ini dapat dibuktikan ternyata memiliki kelemahan secara empiris dengan memasukkan faktor dinamika yaitu waktu dan ketidakpastian.

Esensi dari pelarangan riba adalah penghapusan ketidakadilan dan penegakan keadilan dalam ekonomi.¹⁴⁶ Dengan pengertian di atas, maka penghapusan riba dalam ekonomi Islam dapat dimaknai secara sempit maupun secara luas. Secara sempit, penghapusan riba berarti penghapusan riba yang terjadi dalam hutang bentuk transaksi jual beli. Dalam konteks ini, bunga sebagai riba dalam hutang piutang, secara mutlak harus dihapuskan dari perekonomian. Demikian pula berbagai bentuk transaksi jual beli yang menimbulkan riba seperti transaksi-transaksi yang spekulatif, tanpa pengukuran (*valuation*) yang jelas, juga harus dilarang. Secara luas penghapusan riba dapat dimaknai sebagai penghapusan segala bentuk praktek ekonomi yang menimbulkan kezaliman atau ketidakadilan. Jika kezaliman harus dihapus, maka implikasinya keadilan harus ditegakkan. Keduanya merupakan sebuah kausalitas yang tegas dan jelas. Pelarangan riba, monopoli, penimbunan, dan perampasan hak merupakan instrumen yang diharapkan sanggup menekan konsentrasi dan penimbunan harta menuju distribusi kekayaan yang merata.

Kedua, gharar. Prinsip pelarangan model transaksi *gharar* adalah salah satu prinsip yang penting dan luas cakupannya dalam fikih muamalah. Para ahli ekonomi dan keuangan Islam sering menjadikan *gharar* sebagai tolok ukur dalam sebuah akad, dan disepakati sebagai salah satu unsur yang tidak boleh ada dalam setiap produk dan praktek keuangan Islam. Meskipun demikian, secara teknis terma *gharar* tidak pernah disebutkan dalam Al-Qur'an dan Hadis.¹⁴⁷ Al-Qur'an hanya menyebutkan kata yang semakna dengan *gharar* seperti penipuan dan penyesatan. Begitu juga dalam tataran teori keilmuan (ilmu ekonomi dan keuangan Islam) para ahli belum mampu memberikan sebuah definisi final yang tepat dan dapat diterima oleh semua pihak tentang pengertian dan ruang lingkup *gharar* yang sesungguhnya.

Muhammad Ayub menjelaskan bahwa bahan-bahan yang tersedia mengenai *gharar* dalam literatur ekonomi dan keuangan Islam jauh lebih sedikit

¹⁴⁵Muhammad Hatta, *Kedudukan Bank dalam Masyarakat: Beberapa Fasal Ekonomi*(Jakarta: Penerbit Djambatan, 1963), hal. 21.

¹⁴⁶ Yusuf Al-Qaradhawi, *Halal Haram dalam Islam* (Jakarta: Akbar Media Eka Sarana, 2005), hal. 330.

¹⁴⁷Ada beberapa hadis yang dijadikan oleh ahli hukum Islam sebagai acuan dalam memberikan pemahaman tentang pengertian dan cakupan *gharar*. Di antaranya hadis yang diriwayatkan oleh Imam Muslim dari Abu Hurairah “Bahwa Nabi saw melarang dari melakukan bay’ al-hashah dan jual beli al-gharar”. Lihat: al-Imam al-Shaukani, *Nail al-Authar* (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1999), Jilid. 5, 156; Ibn Hajar al-‘Asqalani, *Fathh al-Bari Sharih Sahih al-Bukhari* (Beirut: Dar al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 2000), Jilid IV, hal. 449.

dibandingkan riba.¹⁴⁸ Dalam titik tertentu, bahkan Kiren dan Aziz Chaudry memaparkan bahwa mayoritas tulisan-tulisan dalam keuangan Islam seringkali mengabaikan pembahasan mengenai *gharar*. Namun demikian, para ahli hukum telah berusaha membahas berbagai aspek berbeda untuk menentukan apakah suatu transaksi (*'aqd*) sesuai dengan syariah atau tidak dalam keterlibatannya dengan *gharar*.¹⁴⁹ Meskipun demikian para ulama menyepakati bahwa *gharar* adalah sesuatu yang diharamkan dalam akad jual beli.

Secara etimologis kata *gharar* berarti *al-khathar* dan *al-ta'ridh* sesuatu yang membahayakan, yaitu sesuatu yang tidak diketahui kepastian benar atau salahnya¹⁵⁰, spekulasi, risiko, bahaya, ketidakpastian (*uncertainty*); atau juga berarti judi, *gambling* atau *maisir*. Menurut ahli bahasa lainnya jual beli *gharar* adalah jual beli yang pada lahirnya menggiurkan pembeli sedangkan isinya tidak jelas. Al-Azhari menyatakan bahwa termasuk dalam jual beli *gharar* adalah semua jual beli yang tidak jelas yang mana kedua pihak berakad tidak mengetahui hakikatnya sehingga ada faktor atau pihak lain yang menjelaskannya.¹⁵¹ Keraguan tersebut mungkin pada komoditi yang menjadi obyek akad, atau ketidakjelasan akibat dan bahaya yang akan diterima antara untung dan rugi.¹⁵²

Ibnu 'Abidin dari kalangan mazhab Hanafiyah mengemukakan pengertian *gharar* sebagai adanya keraguan terhadap suatu objek kontrak (*maudhu' al-'aqd*).¹⁵³ Ibnu Hazm dari mazhab Zahiri berpandangan bahwa yang dimaksud dengan *gharar* adalah adanya ketidakpastian sifat dan atau kuantitas dari objek yang diperdagangkan ketika terjadinya transaksi.¹⁵⁴ Dalam perspektif lain Ibnu al-Qayyim menyatakan bahwa *gharar* adalah segala transaksi yang berkisar antara ada dan tidak ada, ia dilarang karena termasuk dalam jenis atau kategori judi dimana akad ini akan sama bentuknya dengan judi karena salah satu pelaku akad akan mendapatkan keuntungan sedangkan yang lain bisa jadi akan beruntung ataupun tertimpa kerugian.¹⁵⁵

Ibnu Taymiyah memaparkan bahwa yang dimaksud dengan *gahar* adalah transaksi yang tidak dapat diketahui akibat akhirnya karena ia tergolong dalam salah satu bentuk judi yang penuh dengan spekulasi (*mukhatharah*) murni. Namun demikian Ibnu Taymiyah membolehkan transaksi dan perdagangan yang objeknya tidak ada asalkan objek itu telah dijelaskan ciri dan karakteristiknya, sehingga dapat diketahui dengan jelas gambaran bentuk, ciri, dan berdasarkan kebiasaan

¹⁴⁸ Muhammad Ayub, *Understanding Islamic Finance* (Jakarta: Gramedia, 2009), hal. 91.

¹⁴⁹ Nabil Shalih, *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law* (Kluwer Law International, 1992) dikutip ulang Oleh Ibrahim Warde, *Islamic Finance: Keuangan Islam dalam Perekonomian Global* (Jakarta: Pustaka Pelajar, 2009), hal. 125.

¹⁵⁰ Ibnu Manzur. *Lisan al-'Arab* (tt.Darul Ma'arif, t, th), Jilid V, 3233. Ahmad Muhammad Al-As}al, *Sistim Ekonomi Islam: Prinsip-prinsip dan Tujuan-Tujuannya* (Surabaya: Bina Ilmu Offset, 1980), hal. 91.

¹⁵¹ Al-Jauhari, *As-Shihah* (Beirut: Dar al-Ilm li al-Malayin, 1939 H) Juz 23, hal. 786.

¹⁵² Muhammad Shalah MuhammadAsh-Shawi, *Mushkilat al-Istithmar fi al-Banuk al-Islamiyyah wa Kaifa 'Alaja al-Islam* (Kairo: Darul Mujtama', 1990), terj Alimin, *Problemantika Investasi pada Bank Islam dan Solusi Ekonomi Islam* (Jakarta: Migunani, 2008), hal. 287.

¹⁵³ Muhammad Amin. *Hashiah ibn 'Abidin* (Dar al-Fikr: Beirut, 1386 H, Juz V, hal. 147.

¹⁵⁴ Ibn Hazm, *Al Muhallah* (Dar al-Fikr: Beirut, 1476 H), hal. 25.

¹⁵⁵ Ibnu QayyimAl-Jauziyah, *Dzad al-Ma'ad* (Kairo: Maktabah KulliyahAl Azhar, Juz IV), hal. 368.

objek tersebut dapat dipastikan akan ada. Larangan menjual barang yang tidak ada (*ma'dum*) dalam hadis menurut Ibn Taymiyah, tidak terletak pada ketidakadaan (*'adam*) barang yang ditransaksikan melainkan karena transaksi dan jual beli tersebut mengandung ketidakpastian, dalam hal ini ketidakpastian apakah barang tersebut dapat diserahterimakan. Atas dasar ini, Ibnu Taymiyah mengklasifikasikan transaksi *gharar* kepada tiga tingkatan yaitu: (1) jual beli terhadap sesuatu yang sedang belum ada; (2) jual beli terhadap sesuatu yang sulit untuk diserahkan, dan; (3) jual beli terhadap sesuatu barang yang tidak tertentu dari zat ataupun jenis dan sifat-sifatnya.¹⁵⁶

Berbeda dengan ulama Sunni, ulama Syi'ah Zaidiyah, mendefinisikan *gharar* dengan transaksi terhadap segala sesuatu yang benar-benar tidak ada (*al-ma'dum*) dan tidak mungkin diserahterimakan. Mufdhil bin Manshur al-Husni dari mazhab Syi'ah Zaidiyah menjelaskan, bahwa yang dimaksud *gharar* adalah: segala sesuatu yang menimbulkan keraguan (*taradud*) pada objek, dan tempat serah terima objek yang ditransaksikan, seperti menjual burung yang sedang terbang di udara, atau dapat juga ketidakpastian untuk memperoleh ada atau tidak adanya objek yang ditransaksikan tanpa dapat dipastikan ada atau tidaknya.¹⁵⁷

Wahbah al-Zuhaili menyatakan bahwa *gharar* adalah risiko/tidak adanya kepastian (*lack of certainty*) yang berkaitan dengan keberadaan objek yang ditransaksikan. Sedangkan jual beli *gharar* adalah jual beli yang tidak jelas objeknya, tidak jelas ukurannya, dan obyek yang ditransaksikan tidak bisa diserahterimakan (*undeliverable*).¹⁵⁸ *Gharar* mencakup semua hal yang tidak didukung dengan informasi yang kurang lengkap, atau ada unsur penipuan dan kecurangan dari salah satu pihak, atau ketidak pastian dari objek transaksi itu sendiri.¹⁵⁹ *Gharar* dapat dianggap sebagai pengabaian terhadap elemen esensial dalam transaksi, seperti harga jual pasti, atau kesanggupan penjual memberikan apa yang dijual, dan lain sebagainya.

Berdasarkan beberapa definisi yang dikemukakan oleh para ulama di atas, Shadiq Muhammad al-Amin al-Dharir menyimpulkan ada tiga opini tentang cakupan dan ruang lingkup *gharar*, yaitu:¹⁶⁰

- a. Kelompok pertama berpendapat *gharar* terbatas hanya sesuatu yang tidak dapat dipastikan hasilnya, antara ada atau tidak, maka dalam konteks ini tidak dikatakan *gharar* sesuatu yang al-majhul. Masuk dalam kelompok ini pendapat Al-Kasani, Ibnu Abidin dari Mazhab Hanafi, Syi'ah Zaidiyah, dan Ibn Taymiyah.
- b. Kelompok kedua yang berpendapat bahwa yang dimaksud dengan *gharar* adalah terbatas pada hal yang disebabkan sesuatu yang *al-majhul*, dan tidak

¹⁵⁶ Ahmad Ibnu Taymiyah, *Majmu' al-Fatawa* (Beirut: Dar al-'Arabiyyah, 1398 H), Jilid ke-29, hal. 22-25.

¹⁵⁷ Ahmad bin Yahya bin al-Murtafa Ibn Mufdhil bin Manshur al-Husni, *Al-Bahr al-Zuhar* (Beirut: Dar Al-Fikr, 1987) Jild, 293 & 309.

¹⁵⁸ Wahbah Al-Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu*, hal. 198-199.

¹⁵⁹ Adiwarmar Karim. *Bank Islam: Analisis Fiqih dan Keuangan* (Jakarta: IIT Indonesia, 2003), hal. 35.

¹⁶⁰ Shadiq Muhammad Al-Amin Al-Dharir, *Al -Gharar wa Atharuhu fi al-'Uqud fi al-Fiqh al-Islami: Dirasatu Muqaranah* (Beirut: Dar al-Jail, 1990), hal. 32.

dikatakan *gharar* terhadap segala sesuatu yang bersifat *syak* (dikeragui) hasilnya, ini merupakan pendapat Mazhab Zhahiri.

- c. Pendapat yang ketiga merupakan pendapat mayoritas fuqaha, yaitu yang berpendapat bahwa yang dimaksud dengan *gharar* adalah segala sesuatu yang tidak diketahui objeknya (*al-majhul*) dan tidak dapat dipastikan dapat diserahterimakan.

Sehubungan dengan tingkatan *gharar* dan tingkat toleransi kebolehan *gharar* dalam sebuah transaksi, para ahli hukum Islam membagi tingkatan *gharar* kepada tiga tingkatan, yaitu:

- a. *Gharar* yang dilarang secara ijmak ulama: yaitu *gharar* dominan (*al-khathir*) yang sebenarnya dapat dihindari, dan tidak perlu dilakukan. Jual beli *gharar* yang terlarang secara ijmak ulama adalah *gharar* yang dominan atau *al-gharar al-fahish* dengan sifat: (1) sebenarnya risikonya dapat dihindari (2) sebenarnya pelaku tidak harus melakukan transaksi model ini.
- b. *Gharar* yang boleh secara ijmak ulama: yaitu *gharar* tipis atau ringan (*al-yasir*) yang dapat diukur dengan adanya dua kriteria:
 - 1) Barang yang mengikut pada barang yang dijual satuannya, jika dipisahkan, maka jual beli tersebut tidak sah. (Seperti: pondasi rumah yang mengikuti rumah dan jual beli anak ternak yang hamil)
 - 2) Hal-hal yang dimaafkan dan biasanya dapat ditolerir karena murah, kecil, atau sulit untuk menghindarkan diri darinya.
- c. *Gharar* yang diperdebatkan ulama: yaitu *gharar* yang kadangkala dimasukkan dalam kelompok pertama (haram) dan kadangkala dimasukkan pada kelompok kedua (boleh). Misalnya: jual beli barang sedang tidak berada dihadapan pelaku transaksi (*bay'al-ghaib*) dan jual beli barang yang belum berada di tangan penjual.

Dalam satu transaksi, jika hasilnya diketahui, akan tetapi ciri dan karakteristiknya tidak diketahui disebut dengan *majhul*. Baik *gharar* maupun *majhul* memiliki tingkatan; tinggi, sedang, dan rendah. Ada *gharar* atau *majhul* dalam objeknya yang berkapasitas tinggi, ada pula *ghararnya* sedang, dan ada yang *ghararnya* sedikit. Kualitas dan kuantitas tinggi, sedang dan rendah tersebut disesuaikan dengan kondisi dan tradisi yang berlaku ditengah-tengah masyarakat. Namun demikian Ibnu Taymiah mempunyai pandangan yang berbeda terhadap bahaya yang ditimbulkan oleh *gharar*, yaitu bila dibandingkan dengan riba, bahaya yang ditimbulkan oleh jual beli *gharar* lebih kecil bila dibandingkan dengan perbuatan riba, oleh karena itu dalam hal-hal tertentu yang terdapat *gharar* ringan diberi keringanan hukum.¹⁶¹

Bila dihubungkan dengan *maqasid al-shari'ah*, ahli hukum Islam melihat bahwa larangan *gharar* bertujuan untuk menghindari ketidakadilan dalam transaksi jual beli. Disebabkan terdapatnya aspek ketidakpastian padapenjualan barang-barang seperti keberadaan atau karakteristik tidak pasti, yang berisiko sifat yang membuat transaksi serupa dengan perjudian.

¹⁶¹ Ibnu Taymiah, *al-Qawa'id an-Nuraniyyah al-Fiqhiyyah*, (Mesir: Dar al-Kutub, 1987), hal. 118.

Ketiga, maisir. Secara etimologi kata maisir adalah *ism makan* (menunjuk pada tempat) dari kata *yasara - yaisaru/yaisiru -yasran* yang mengandung beberapa makna, seperti, 'mudah' antonim dari makna sulit; memperoleh sesuatu dengan mudah dengan terlebih dahulu memberikan sesuatu, mengharapkan sesuatu yang berharga dengan mudah atau tanpa membayar kompensasi (*'iwadh*) untuknya atau tanpa mengambil tanggung jawab melalui permainan peluang.¹⁶² Dari sini, lahir makna 'kaya' karena kekayaan itu bisa membuat orang mudah melakukan banyak hal, *yasiru* juga berarti tangan kiri, disebut *yasar*, atau *yadunyusra* karena biasanya tangan kiri itu lebih lemah dari tangan kanan.

Dalam terminologi agama judi diartikan sebagai "suatu transaksi yang dilakukan oleh dua pihak untuk kepemilikan suatu benda atau jasa yang menguntungkan satu pihak dan merugikan pihak lain dengan cara mengaitkan transaksi tersebut dengan suatu tindakan atau kejadian tertentu.⁴⁰ Secara syari hukum berjudi adalah terlarang (haram), baik terlibat secara langsung maupun hanya berperan sedikit saja atau tidak berperan sama sekali, mengharapkan keuntungan semata (misalnya hanya mencoba-coba). Kesemuanya ini masuk dalam kategori definisi berjudi.

Judi pada umumnya (*maisir* dan *qimar*), penjualan undian khususnya (*azlam*) serta segala bentuk taruhan, undian atau lotre yang berdasarkan pada bentuk-bentuk perjudian adalah haram di dalam Islam. Rasulullah Saw melarang segala bentuk bisnis yang mendatangkan uang yang diperoleh dari untung-untungan, spekulasi dan ramalan atau terkaan (misalnya judi) dan bukan diperoleh dari bekerja. As-Shabuni ketika menafsirkan kata *al-maisir*,¹⁶³ dalam firman Allah surat al-Ma'idah(5): 90 menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan *maisir* adalah "Setiap permainan yang membawa keuntungan kepada satu pihak dan kerugian kepada satu pihak yang lain, ia adalah judi yang diharamkan."

Merujuk pada pengertian tersebut, ada kesan bahwa pengertian judi hanya terbatas kepada aktivitas permainan yang ada unsur pertarungan, menang atau kalah, untung atau rugi bergantung kepada risiko kemungkinan dan nasib. Namun demikian ada pandangan lain yang memperluas cakupan dan pemahaman tentang judi kepada semua aktivitas yang mempunyai risiko kepada pemain atau pesertanya sama ada untung atau rugi dengan adanya unsur pertarungan untuk mendapatkan harta kekayaan.

Menurut Obaedillah dan Ahmad Zarqa (yang dikutip oleh Muhammad Ayub) mengemukakan bahwa, secara teknis antara *maisir* dan *gharar/uncertainty* tidak sama meskipun antara keduanya ada hubungan dan keterkaitan satu sama lain, yaitu adanya unsur *gharar* menimbulkan *qimar* dan *maisir*. Sedangkan Muhammad Ayub memaparkan bahwa judi (*gambling*) merupakan salah satu dari bentuk *gharar* karena penjudinya mengabaikan hasil perjudian tersebut. Seseorang mempertaruhkan uangnya dimana jumlah yang dipertaruhkan

¹⁶² Sulaiman Bin Ahmad al-Milham, *Al-Qimar: Haqiqatu wa Ahkamuhu* (Riyadh: Kanuz Ashabilyya, 2008), hal. 19

¹⁶³ Di dalam Al-Qur'an kata *maisir* dan semua bentuk derivasinya berulang sebanyak 44 kali; sedangkan kata *maisir* sendiri hanya ditemukan pada tiga tempat, yaitu pada Surat Al-Baqarah (2): 219 dan Al-Ma'idah (5): 90 dan 91.

memungkinkan ia mendapatkan, kehilangan, atau kerusakan jumlah uang yang sangat besar.¹⁶⁴

Dalam perspektif yang lain, Al-Suwaelim mengemukakan salah satu bentuk permainan yang cenderung kepada perjudian yaitu *zero sum game*. *Zerosum games* adalah salah satu bentuk permainan dimana satu pihak mendapat keuntungan sedangkan pihak lain mendapat kerugian, sehingga jumlah dari hasil yang diperoleh para pihak adalah nol. Judi (gambling) adalah contoh konkritnya. Dalam perjudian, misalkan dua orang bertaruh, maka tidak akan mungkin keduanya menjadi pemenang, satu orang menang dengan biaya kekalahan pihak lainnya. Bentuk permainan seperti ini tidaklah bersifat saling menguntungkan untuk para pihak, karena selalu hasil selalu berlawanan antara pihak yang terlibat.¹⁶⁵

Menurut Nafik, arti gambling dan spekulasi sering disamakan. Padahal, ada perbedaan mendasar antara keduanya yang terletak pada penguasaan teknik dan pengetahuan seseorang berkaitan dengan suatu tindakan. Seorang yang berjudi (gambling) cenderung melakukan tindakannya tanpa analisis, karena ia memang tidak mempunyai teknik dan pengetahuan dan memadai. Sebaliknya, spekulasi masih melibatkan analisis, bahkan kadang-kadang melibatkan informasi yang lengkap dan data yang akurat. Namun, kedua praktik itu sama-sama bertujuan untuk mencari untung dalam jangka pendek tanpa memerhatikan kepentingan orang lain. Selain itu, spekulasi seringkali menggunakan cara-cara yang melanggar aturan main (*role of the game*) yang berlaku.¹⁶⁶

Konsep dasar dalam muamalat Islam adalah bahwa setiap transaksi mestilah berlaku dengan berdasarkan ukuran kerja tertentu yang jelas dan terukur untuk ditukarkan dengan sesuatu yang sudah diketahui (*ma'lum*). Hasil keuntungan dari satu usaha (investasi) harus sesuai dengan sesuatu usaha yang konkrit, setara dan sama. Bukan dengan spekulasi, manipulasi semata-mata karena ia akan membawa ketidakadilan, penindasan dan merusak tatanan ekonomi yang mengedepankan saling tolong menolong (*profit and loss sharing*) dalam memperoleh keuntungan dan kekayaan.

Untuk menilai syariah atau tidaknya sebuah produk yang ditawarkan oleh lembaga keuangan Islam dapat diukur dari sejauh mana produk tersebut terbebas dari unsur *maisir*, *gharar* dan *riba*. Ketiga aspek ini dijadikan sebagai parameter operasional untuk menilai syariah atau tidaknya produk yang ditawarkan oleh lembaga keuangan yang mengusung nama dan jargon keIslaman (lembaga keuangan syariah), termasuk industri pasar modal syariah di Indonesia.

Secara ekonomis larangan terhadap *riba*, *maisir*, dan *gharar* adalah untuk menekankan nilai keadilan dalam transaksi. Oleh karena itu, Ibnu Rusd

¹⁶⁴ Muhammad Ayub, *Understanding Islamic Finance* dikutip dari Nofrianto *Implementasi Syariah Compliant pada Saham Syariah Bursa Efek Indonesia* Disertasi SPs UIN Jakarta, 2012, hal. 37

¹⁶⁵ Sami al-Suwailim, *Hedging in Islamic Finance*, Occasional Paper No 10, (2006): hal. 71. Dikutip dari Nofrianto *Implementasi Syariah Compliant pada Saham Syariah Bursa Efek Indonesia* Disertasi SPs UIN Jakarta, 2012, hal. 37

¹⁶⁶ Muhammad Nafik HR, *Bursa Efek dan Investasi Syariah* (Jakarta: Serambi, 2009), hal. 74.

berpendapat bahwa jelas dari hukum apa yang ditunjukkan oleh larangan *riba* adalah adanya ketidakadilan yang berlebihan (*ghubn fahish*).

C. Teori Upah (*Ijarah*)

Upah adalah suatu penerimaan sebagai imbalan dari pemberi kepada penerima kerja untuk suatu pekerjaan atau jasa yang telah dan akan dilakukan. Upah berfungsi sebagai jaminan kelangsungan hidup yang layak bagi pekerja agar dapat bekerja. Upah dinyatakan atau dinilai dalam bentuk uang yang ditetapkan menurut suatu persetujuan, undang-undang dan peraturan yang dibayarkan atas dasar suatu perjanjian kerja antara pemberi dan penerima kerja.¹⁶⁷

Dalam perspektif Islam, upah (*ujrah*) adalah kompensasi atas jasa yang diberikan seorang tenaga kerja dari pemberi kerja.¹⁶⁸ Upah dapat berbentuk uang atau barang yang berharga/manfaat.¹⁶⁹ Dalam surat *al-Talaq* ayat 6 yang artinya: “Jika mereka menyusukan (anak-anak)mu, maka berikanlah kepada mereka upahnya”, menurut al-Nahbani, ibu yang menyusui terkadang diberi upah dengan makanan, pakaian, atau yang lainnya.¹⁷⁰ Sampai tahun 1992 di Indonesia masih dijumpai perusahaan-perusahaan terutama di perkebunan atau daerah terpencil, di samping memberikan upah berupa uang, upah berupa natura dengan memberikan bahan pokok, juga masih ada perusahaan menanggung sepenuhnya makan untuk buruhnya. Kini, upah buruh perusahaan di Indonesia pada dasarnya dibayar dalam bentuk uang.¹⁷¹

Upah adalah hak pekerja/buruh yang diterima dan dinyatakan dalam bentuk uang sebagai imbalan dari pengusaha atau pemberi kerja kepada pekerja/buruh yang ditetapkan dan dibayarkan menurut suatu perjanjian kerja, kesepakatan, atau peraturan perundang-undangan, termasuk tunjangan bagi pekerja/buruh dan keluarganya atas suatu pekerjaan dan/atau jasa yang telah atau akan dilakukan.¹⁷²

Menurut Winarni dan Sugiyarso upah adalah sejumlah imbalan yang dianggap layak bagi seorang pegawai/karyawan untuk memenuhi penghidupan selama satu bulan. Jumlah ini merupakan dasar yang dipergunakan untuk menetapkan besarnya tunjangan keluarga dan pokok pensiun. Besarnya upah akan meningkat sesuai dengan tingkat pangkat dan masa kerja golongan.¹⁷³

Gaji disebut juga sebagai upah, di sebagian orang yang bekerja di kantor dan menduduki posisi manajerial, penggunaan kata upah sangat ganjil dan terkesan merendahkan. Oleh karena itu, pada kenyataannya sering terjadi penggunaan kata upah yang tidak sama dengan gaji. Secara umum upah

¹⁶⁷M.B. Hendrie Anto, *Pengantar Ekonomika Mikro Islam* (Yogyakarta: Ekonisia UII, 2003), hal.7

¹⁶⁸Rachmat Syafe'i, *Fiqh Mu'amalah* (Bandung: Pustaka Setia, 2004), hal. 124.

¹⁶⁹Ahmad Hasan, *Nadhariyatal-Ujrfial-Fiqhal-Islamiy* (Suria: Dar Iqra, 2002), hal. 25-27

¹⁷⁰Taqiyuddin al-Nahbani, *al-Nitamal-Iqtisudifial-Islam* (Beirut: Daral- Umma, 1410 H./ 1990 M), hal. 83

¹⁷¹Yunus Shamad, *Pengupahan Pedoman Pengupahan Bagi Pengelola Sumber Daya Manusia* (Jakarta: Bina Sumber Daya Manusia, 1992), hal. 5

¹⁷²Undang-undang Ketenagakerjaan No. 13 Tahun 2003 pasal 1 ayat 30

¹⁷³F.Winarni dan G. Sugiyarso, *Administrasi Gaji dan Upah* (Jakarta: Agromedia Pustaka, 2006), hal. 10

diperuntukkan bagi pekerja yang dibayar harian atau mingguan. Namun dalam konteks legal, undang-undang dan peraturan tetap menggunakan istilah upah. Upah termasuk didalamnya benefit seperti biaya kesehatan, tunjangan perumahan, kendaraan, tunjangan hari raya, dan sebagainya. Upah termasuk segala tunjangan operasional (aspek lapangan/lingkungan), tunjangan struktural (aspek manajerial), tunjangan fungsional (aspek pengetahuan) dan tunjangan lain yang sifatnya bertalian dengan pekerjaan itu.¹⁷⁴

Bentuk-bentuk upah ialah disamping berupa uang, juga termasuk komponen tunjangan dan jaminan lainnya. Upah berbentuk uang terdiri dari upah pokok, tunjangan keluarga dan tunjangan jabatan sedangkan yang termasuk jaminan-jaminan antara lain: jaminan kesehatan dan kecelakaan kerja, jaminan pensiun, jaminan tempat tinggal atau perumahan, jaminan makan di tempat kerja, jaminan pakaian di tempat kerja, jaminan kesegaran jasmani dan rohani.¹⁷⁵

Upah adalah penerimaan pekerja yang dinyatakan dalam bentuk uang baik yang diterima secara tetap maupun tidak tetap (sesuai kehadiran) sebagai imbalan yang diberikan pengusaha kepada pekerja untuk suatu pekerjaan atau jasa yang telah atau akan dilakukan, dinyatakan atau dinilai dalam bentuk uang yang ditetapkan sesuai dengan perjanjian atau peraturan perundang-undangan yang berlaku.¹⁷⁶ Upah ialah pendapatan karyawan yang terdiri dari upah pokok dan tunjangan-tunjangan yang berhak diterima buruh. Upah merupakan paduan dari skala upah dan prestasi. Oleh karenanya, upah bukanlah bernilai uang semata tapi lebih dari itu karena upah juga merupakan pernyataan yang mensyaratkan arti suatu harkat dan martabat sumber daya manusia dan budaya perusahaan.

Upah adalah kompensasi dari nilai kerja (produktivitas).¹⁷⁷ Menurut Benham sebagaimana dikutip Afzalurrahman, upah buruh perusahaan dapat didefinisikan sebagai sejumlah uang yang dibayarkan berdasarkan perjanjian atau kontrak oleh seorang pengusaha kepada seorang pekerja karena jasa yang ia berikan. Dengan kata lain, upah adalah harga tenaga kerja yang dibayarkan atas jasa-jasanya dalam suatu proses produksi.¹⁷⁸ Upah merupakan salah satu unsur dalam hubungan kerja, maka upah merupakan hak bagi pekerja/buruh. Pengusaha yang tidak membayarkan upah yang telah dijanjikan pada dasarnya telah berlaku zalim atau berlaku aniaya kepada pekerja/buruhnya. Upah merupakan hak buruh dan bukan pemberian sebagai hadiah dari pengusaha karena buruh telah atau akan bekerja untuk pengusaha sesuai dengan yang telah diperjanjikan.

Berdasarkan uraian di atas dapat disimpulkan bahwa upah/ujrah dalam ekonomi Islam adalah kompensasi yang diterima seorang *ajir* (tenaga kerja) dari *mustajir* (pemberi kerja) atas jasa/hasil yang telah diberikan oleh tenaga kerja kepada pemberi pekerjaan yang dibayarkan berdasarkan perjanjian atau kontrak

¹⁷⁴Abdullah Sulaiman, *Upah Buruh di Indonesia* (Jakarta: Universitas Trisakti, 2008), hal. 386-409

¹⁷⁵Departemen Tenaga Kerja, Surat Keputusan Menteri Tenaga Kerja Nomor 72/Men/1984

¹⁷⁶Perjanjian Kerja Bersama PT. YKK Zipper Indonesia 2012-2014 Pasal 4 ayat 14

¹⁷⁷Taqiyudinal-Nahbani, *al-Ni'amal-Iqtisadiyatul-Islamiyyah*, (Beirut, Darul-Umma, 1410 H./1990 M), hal. 92

¹⁷⁸Afzalurrahman, *Muhammad sebagai Seorang Pedagang* (Jakarta: Yayasan Swarna Bhumi, 1997), 83

antara seorang pengusaha dengan seorang pekerja. Adapun besaran upah yang diterima oleh pekerja berdasarkan kontribusi pekerja terhadap hasil/nilai pekerjaannya. Konsepsi ini berimplikasi terhadap konsep upah yang tidak cukup hanya dengan mengganti tenaga buruh sewaktu bekerja, tetapi juga meliputi hak atas hasil kerjanya.

Al-Quran sebagai sumber utama konsep ekonomi Islam menyatakan bahwa Allah tidak akan menyalakan setiap amal kerja manusia (termasuk pula buruh). Konsepsi ini berimplikasi terhadap konsep upah yang tidak cukup hanya dengan mengganti tenaga buruh sewaktu bekerja, tetapi juga meliputi hak atas hasil kerjanya. Upah seorang buruh diberikan atas dasar nilai kerjanya, dan tidak hanya cukup memberinya makan dan minum sebagai pengganti tenaga yang hilang, tetapi juga mempertimbangkan partisipasi buruh dalam menghasilkan laba sebagaimana pendapat Bani Sadr, “Islam menolak semua konsep yang berlaku di mana manusia atau sebagian orang menerima dan mendapatkan upah yang lebih besar dari sebagian yang lain di luar kerjanya”.

Menurut Qaradawi, “Manajemen suatu perusahaan harus membayar penuh upah buruh sebagaimana mestinya, meskipun para buruh bersedia menerima upah di bawah sewajarnya”.¹⁷⁹ Para buruh tidak hanya berhak mendapatkan upah yang layak, kondisi kerja yang baik, berorganisasi, dan bernegosiasi secara bebas, tetapi juga diberi peluang untuk ikut memiliki saham di sebuah perusahaan. Upah yang adil itu, di mata para filsuf abad pertengahan, berarti dasar pengupahan yang dibutuhkan untuk memungkinkan pekerja itu hidup layak pada kondisi dan situasi di mana ia hidup.

Setiap orang akan memperoleh apa yang benar-benar menjadi haknya, bukan dengan merampas hak orang lain. Setiap usaha akan mendapat balasan sesuai dengan kontribusinya. Buruh berhak menerima upah yang layak atas hasil pekerjaannya, dan tidaklah halal bagi seorang majikan untuk memeras tenaga dan potensi buruh di luar kewajibannya. Antara buruh dan majikan diberi amanat supaya berlaku adil diantara keduanya, dengan cara tidak saling mengkhianati seperti menganiaya buruh dengan cara memberi upah yang terlalu rendah, begitupun sebaliknya dengan buruh yang meminta upah terlalu besar di luar kontribusinya. Buruh harus menerima upah berdasarkan kontribusi terhadap suatu pekerjaannya. Bagitupula sebaliknya, majikan harus bersedia menerima keuntungan sesuai dengan modal dan kontribusinya.

Islam menginginkan upah buruh diberikan secara adil. Karena itulah, Islam menetapkan pilihan untuk membatalkan akad apabila seorang pekerja dizalimi dalam hal upahnya, sebagaimana Islam menetapkan tentang tidak sahnya sistem pengupahan dengan memberikan kepada seluruh buruh dengan upah yang sama, tanpa memperhatikan keahlian dan pengalaman dalam pekerjaannya. Kebijakan dalam besaran upah yang diterima seorang buruh akan berbeda-beda bergantung pada jenis, keahlian, dan pengalaman dalam pekerjaan.¹⁸⁰

Upah hendaklah proporsional, sesuai dengan kadar kerja dalam proses produksi dan dilarang melakukan eksploitasi. Bila menganggap tenaga merupakan

¹⁷⁹Yusuf Al-Qaradawi, *Daural-Qiyam waal-Akhlaq fial-Iqtishadi al-Islami* (Kairo: Maktabah Wahbah, 1995), hal. 37

¹⁸⁰Abul A'laal-Maududi, *EconomicsofIslam* (Lahore: Islamic Publication, 1976), hal. 87

faktor utama dalam proses produksi, maka selayaknya ia memperoleh imbalan yang proporsional melalui pendekatan yang manusiawi. Bila seseorang dan kerja kerasnya mendapat posisi yang benar pada suatu perusahaan, maka kerja paksa dan perbudakan tidak akan pernah ada. Oleh karena itu, Islam sangat membenci orang-orang yang merampas sumber penghasilan orang lain dikarenakan mereka lebih kuat dari yang lain.

Menentukan upah kerja termasuk salah satu permasalahan yang berhubungan dengan masalah sosial. Hal ini akan terjadi, dikarenakan besaran upah yang diterima seorang buruh secara aplikasi akan dapat menentukan standar hidupnya. Jika sistem pengupahannya dilakukan secara adil, maka akan dapat menjamin kehidupan yang baik bagi buruh, sebaliknya jika tidak adil, akan menyebabkan penderitaan dan kemalangan para buruh. Akibatnya, akan menciptakan pertengkaran dan permusuhan di antara kaum buruh dan pemilik usaha.

Menurut al-Khurushi, dalam hal tujuan pengupahan ia mengatakan, “bagi pemberi pekerjaan, upah yang diberikan kepada seorang pekerja bukan dengan hanya memperhatikan pada kontribusi pekerjaannya saja, tetapi harus dengan niatan karena ibadah dan taqorub kepada Allah Swt. Begitupun berlaku untuk buruh, niatan bekerja untuk memperoleh upah itu harus atas landasan karena ibadah dan pendekatan kepada Allah Swt.”¹⁸¹

Menurut Baqir al-Shadr, cara pengupahan dalam Islam dibagi dua (2) yaitu upah dengan besaran yang telah ditetapkan sebelum bekerja dan upah dalam bentuk bagi-hasil. Kedua metode kompensasi tersebut di atas memiliki karakteristik khasnya masing-masing. Konsep Islam mengatur metode pertama dengan aturan-aturan hukum tentang ijarah, sedangkan metode kedua diatur dengan aturan-aturan hukum bagi hasil yang terdiri dari *al-muzari'ah*, *al-musaqat*, dan *al-ju'alah*. Ijarah merupakan transaksi terhadap jasa tertentu yang disertai dengan kompensasi. Kompensasi atas hasil/imbalan tersebut merupakan upah (*al-ujrah*).¹⁸²

Transaksi ijarah, adalah akad (*al'aqd*) terhadap manfaat suatu benda atau jasa tertentu dengan jumlah imbalan (*'iwad*) yang jelas.

a)

upah dengan besaran yang ditetapkan

Upah dengan besaran yang telah ditetapkan sebelum bekerja adalah bentuk kompensasi yang diterima seorang pekerja dalam bentuk uang. Pemberi kerja membayar sejumlah uang itu kepada pekerjanya tanpa melihat hasil yang diperolehnya, tanpa memandang untung atau rugi. Dalam hal ini, seorang pekerja berhak meminta sejumlah uang sebagai bentuk kompensasi atas kerja yang ia lakukan. Sistem pengupahan dengan besaran yang telah ditetapkan adalah konsep upah yang muncul dalam kontrak ijarah, yaitu pemilik jasa dari seorang *ajir* (orang yang dikontrak tenaganya) oleh *mustajir* (orang yang mengontrak tenaga). Dalam bahasa Arab, upah berasal dari kata “*al-ajru*” yang berarti “*al-iwadlu*”

¹⁸¹ *Ibid*, hal. 87-88

¹⁸² Abdurrahman al-Jaziry, *al-Fiqh ala Mazahib al-'Arba'ah*, juz 3, (Kairo: Daral-Hadith, 2004), hal. 76

Comment [x15]: miring

U

Comment [x16]: Ada kata yang hilang

(ganti), upah atau imbalan.¹⁸³Nabi pernah bersabda, "semua manusia mempunyai hak yang sama atas benda-benda berikut: air, tumbuhan dan api."

Di masyarakat mana pun orang-orang berhak memiliki sedikit bagian, karena itu ia berhak menikmati buah hasil kerjanya, setiap manusia harus menolong orang lain, mereka harus mengerjakan usaha kemasyarakatan demi perbaikan dan peningkatan kondisi mereka. Walaupun Islam menyatakan kekayaan sebagai milik individu, namun hukum-hukum Islam diformulasikan sedemikian rupa sehingga kekayaan tidak terkonsentrasi di beberapa tangan saja, oleh karena itu mereka (orang-orang yang menguasai harta) tidak boleh menikmati seluruh manfaat kekayaan tersebut dengan cara menyepelkan dan memaksa orang lain menjadi pekerja paksa.

Seorang buruh secara umum berhak mendapatkan pendidikan dan keterampilan sesuai dengan kompetisinya; mendapatkan perlindungan, terutama pada pekerja yang cacat, anak-anak, dan pekerja perempuan, mendapatkan waktu untuk istirahat dan cuti, melaksanakan ibadah yang diwajibkan dalam agamanya, dengan tetap mendapatkan upah, mendapatkan keselamatan dan kesehatan kerja, memperoleh penghasilan yang memenuhi penghidupan yang layak bagi kemanusiaan, mendapatkan kesejahteraan, baik diri maupun keluarganya, mendirikan dan menjadi anggota serikat buruh serta melakukan mogok kerja.

Upah yang layak adalah upah yang senilai dengan nilai kontribusi buruh terhadap suatu produksi yang diberikannya. Beberapa kaidah yang diajarkan Nabi untuk umatnya, "Seorang buruh/ karyawan (laki-laki atau perempuan) berhak, paling sedikit, memperoleh makanan dan pakaian yang baik dengan ukuran layak, dan tidak dibebani dengan pekerjaan yang diluar batas kemampuannya"(HR. Malik). Dari hadits ini dapat disimpulkan bahwa upah "minimum" adalah upah yang memungkinkan seorang buruh/ karyawan untuk memperoleh makanan dan pakaian yang baik dan layak dalam jumlah yang cukup untuk dirinya dan keluarganya tanpa harus bekerja terlalu keras (diforsir). Ukuran ini sebagai ukuran minimum untuk mempertahankan standar spiritual masyarakat Islam.

Dalam hal besar kecilnya upah, Islam mengakui perbedaan ini yang dikarenakan beberapa sebab/pertimbangan. Diantaranya perbedaan jenis pekerjaan, kemampuan, keahlian, pendidikan dan lain-lain. Proses penentuan upah lainnya berasal dari dua (2) faktor, yaitu secara obyektif dan subyektif. Obyektif adalah upah ditentukan melalui pertimbangan tingkat upah di pasar tenaga kerja dan keuntungan perusahaan. Sedangkan subyektif adalah upah ditentukan melalui pertimbangan-pertimbangan sosial. Maksud dari pertimbangan-pertimbangan sosial adalah nilai-nilai kemanusiaan dari tenaga kerja tersebut. Dalam Islam disebut *ihsan*. Selama ini ekonomi konvensional berpendapat bahwa upah ditentukan melalui pertimbangan tingkat upah dipasar tenaga kerja, padahal ada sisi kemanusiaan yang harus diperhatikan pula.

Sadeq menyebutkan beberapa ketentuan yang akan menjamin diberlakukannya tenaga kerja secara manusiawi. Ketentuan-ketentuan tersebut, yaitu: *Pertama*, hubungan antara majikan (*mustajir*) dan buruh (*ajir*) adalah "man to man brotherly relationship", yakni hubungan persaudaraan. Kedua, beban kerja

¹⁸³*Ibid*, hal. 324

dan lingkungan yang melingkupinya harus memperhatikan nilai-nilai kemanusiaan. Manusia tidak sama dengan barang modal. Manusia membutuhkan waktu untuk istirahat, sosialisasi, dan yang terpenting adalah waktu untuk ibadah. Ketiga, tingkat upah harus mencukupi bagi pemenuhan kebutuhan dasar dari para tenaga kerja.

Keuntungan dari sistem pengupahan (*al-Ujrah*) yang berkeadilan ini adalah: Pertama, *mustajir* tidak akan dipusingkan oleh aturan-aturan pemerintah yang tidak konsisten, karena tingkat upah akan mengacu pada kondisi keuntungan perusahaan sebagaimana hadis nabi, “berikanlah makanan kepada pelayanmu sebagaimana kamu makan, dan berikanlah pakaian kepada pelayanmu (buruh) sebagaimana kamu pakai”. Jika kondisi perusahaan kuat atau memperoleh keuntungan yang besar, maka *mustajirnya* akan membayarkan upah yang tinggi di atas UMR tetapi sebaliknya jika suatu perusahaan masih lemah atau keuntungan perusahaannya kecil, maka *mustajirnya* akan membayar upah sesuai dengan kemampuan perusahaannya. Contoh perusahaan kecil atau perusahaan yang baru didirikan.

Kedua, buruh akan selalu memperoleh upah yang maksimum dari perusahaan, sesuai dengan besarnya keuntungan perusahaan. Contoh kasus yang terjadi pada PT Freefort, mengapa para buruhnya mengadakan mogok atas kenaikan upah yang begitu lama (Oktober- November 2011). Karena manajemen perusahaan tidak memberikan sistem pengupahan dengan adil, yaitu tidak memperhatikan hasil keuntungan yang diperoleh perusahaan atas distribusinya para buruh. Awal kesalahannya adalah dimulai dengan definisi upah, menurut manajemen perusahaan PT Freefort; upah adalah imbalan yang telah ditetapkan atas kerja seorang buruh padahal seharusnya menurut Islam upah adalah imbalan atas jasa/hasil kerja seorang buruh dengan memperhatikan keuntungan perusahaan.

Ketiga, oleh karena setiap buruh diperlakukan dengan cara adil dalam sistem pengupahannya, maka buruh akan bekerja dengan giat, bertanggung jawab, efisien dan produktif sehingga perusahaan akan selalu memperoleh keuntungan yang maksimal.

b)

Upah dengan Sistem Bagi Hasil

Upah dalam bentuk bagi-hasil adalah suatu kompensasi yang diperoleh seorang *ajir* berdasarkan bagi hasil dari keuntungan hasil pekerjaannya. Dalam sistem pengupahan bagi hasil, seorang *Ajir* akan memperoleh bagian profit atau hasil produksi dari *mustajirnya* dengan rasio bagi-hasil tertentu sesuai dengan kesepakatan, sebagai bentuk kompensasi atas pekerjaan yang ia lakukan. Pekerja adalah mitra si pemberi pekerjaan dan berbagi hasil dengannya. Ia akan menggantungkan nasibnya (apa yang akan diperolehnya) pada hasil kerja yang ia lakukan, dan kehilangan jaminan/ tidak mendapat apa-apa akibat tidak adanya profit perusahaan kecuali hanya memperoleh kebutuhan pokoknya selama bekerja seperti makan, minum, uang transport, dan tempat berteduh.

Seorang *ajir* akan memperoleh tingkatan upah sesuai dengan kontribusi yang dia berikan kepada perusahaannya. Semakin besar kontribusi seorang *ajir* pada perusahaan, maka akan semakin besar pula penghasilannya. Di samping itu,

U

Comment [x17]: Ada kata atau hurup yang hilang

semakin besar keuntungan perusahaan akibat kerja kerasnya para buruh, maka akan semakin besar pula pendapatan para ajirnya. Begitupun sebaliknya, semakin kecil pendapatan perusahaan, maka akan semakin kecil pula penghasilan buruhnya. Sehingga penghasilannya akan selalu bergantung pada keuntungan perusahaan. Tetapi, jika perusahaan yang dikelola dengan sistem pengupahan kerjasama ini memperoleh kerugian, maka semua kerugian ditanggung oleh *shohibulmal*, sedangkan kerugian para ajir yakni hanya memperoleh gaji pokoknya (uang hariannya) saja. Tetapi jika kerugian perusahaan itu karena kesalahan *mustajir*, misalnya karena kelalaiannya maka *mustajir* harus menerima resiko ganti rugi.

Seorang pekerja berhak meminta bagian profit atau hasil produksi dan mengikat perjanjian dengan si pemilik properti (*mal*) dengan rasio bagi-hasil tertentu sebagai bentuk kompensasi atas kerja yang ia lakukan. Yang khas dari metode ini, ialah jaminannya. Pekerja yang memilih untuk menjadi partner si pemilik dan berbagi hasil dengannya, maka ia menggantungkan nasibnya (apa yang akan diperolehnya) pada kerja yang ia lakukan dan kehilangan jaminan karena bisa saja ia tidak mendapat apa-apa akibat tidak adanya profit. Namun, sebagai ganti jaminan yang lepas darinya, si pekerja memiliki kesempatan terbuka untuk beroleh pendapatan yang lebih banyak atau lebih sedikit, karena besarnya profit atau hasil produksi bisa besar atau kecil. Jadi, menentukan kompensasi kerja dengan metode bagi-hasil berarti membuatnya bergantung pada besar-kecilnya hasil atau untung- rugi yang terjadi.¹²⁸

Sebagai contoh pengupahan dengan sistem bagi hasil yang dikemukakan Sadr sebagai berikut: seorang petani dapat mengikat kontrak pertanian (*'aqd al mu-zari'ah*) dengan pemilik tanah dan benih, dimana ia setuju untuk menabur benih di tanah tersebut dan keduanya berbagi hasil panen. Seorang tukang kebun dapat mengikat kontrak *al-musaqat* (mengairi pepohonan) dengan pemilik pepohonan, dimana ia setuju untuk mengairi dan merawat pepohonan tersebut dan keduanya berbagi hasilnya berdasarkan rasio persentase tertentu. Seorang partner aktif dapat mengikat kontrak *al-mudharabah* dengan pemilik modal (partner pasif), dimana ia setuju untuk menjual barang- barang si pemodal dan keduanya berbagi profit yang muncul dari penjualan barang-barang tersebut.

Apapun metode yang dipilih dalam sistem pengupahan Islami, si pemilik barang atau modal tidak boleh membebankan kerugian pada si pekerja. Seluruh kerugian menjadi tanggungan si pemilik barang atau modal. Jika misalnya, kontrak *al mudharabah* menghasilkan kerugian, maka sesungguhnya si pekerja juga telah cukup menanggung kerugian berupa terbuangnya usaha atau kerjanya dengan sia-sia (tanpa menghasilkan apa-apa).

D. Teori Kepemilikan

Abu A'la al-Maududi (w. 935 H), salah satu tokoh muslim periode kontemporer, berpendapat bahwa Islam tidak membagi harta kepemilikan kepada produksi dan konsumsi atau menghasilkan dan tidak menghasilkan.¹⁸⁴ Tetapi

¹⁸⁴Nur Chamid, *Jejak Langkah Sejarah Pemikiran Ekonomi Islam* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), hal. 309

dibedakan kepada kriteria bahwa harta kepemilikan diperoleh secara halal atau haram, begitu juga dengan pengeluaran atau pemakaian kepada jalur halal atau haram.¹⁸⁵ Dalam level ini manusia diberikan kebebasan secara individu, karena seseorang akan bertanggungjawab tentang perbuatannya kepada Allah secara individu bukan secara kolektif.

Tokoh intelektual lainnya seperti Muhammad Bagr al-Sadr (w.1402 H), memandang bahwa Islam memiliki konsep kepemilikan yang dikenal sebagai kepemilikan multi jenis (*multitype ownership*).¹⁸⁶ Bentuk kepemilikan yang dimaksud dirumuskan dalam dua kelompok, yaitu:

Pertama, bentuk kepemilikan swasta (*private*), kepemilikan ini hanya terbatas pada hak memakai dan adanya prioritas untuk menggunakan serta hak untuk melarang orang lain menggunakannya tanpa izin.

Kedua, kepemilikan bersama yang terbagi lagi menjadi dua bentuk kepemilikan yakni kepemilikan publik dan kepemilikan negara. Adapun perbedaannya terletak pada prosedur dan tata cara pengelolaannya. Prinsip ini merupakan terjemahan dari nilai tauhid: pemilik priemer langit, bumi dan seisinya adalah Allah, sedangkan manusia sebagai pemilik skunder diberi amanah untuk mengelolanya.¹⁸⁷

Dari sekian banyaknya perkembangan pemikiran antara kedua sistem *mainstream* dan sistem ekonomi Islam, dapat dilihat beberapa perbedaan yang menonjol dalam hal konsep kepemilikan pada khususnya dan kebijakan ekonomi yang diaplikasikan masing-masing pada umumnya.¹⁸⁸

Kepemilikan atau hak milik secara umum adalah hak yang diperoleh oleh seseorang atas sesuatu.¹⁸⁹ Menurut para ahli fikih, kepemilikan adalah kemampuan seseorang untuk menggunakan haknya selama tidak ada penghalang yang menjadikan seseorang tidak bisa menggunakan haknya.¹⁹⁰ Lebih jelasnya kepemilikan merupakan suatu benda yang dikhususkan kepada seseorang (pemilikinya) sehingga benda tersebut akan sepenuhnya berada dalam penguasaannya, adapun orang lain tidak boleh bertindak dan memanfaatkannya tanpa seizinnya.

Menurut Wahbah al-Zuhaili, definisi tersebut merupakan yang terbaik untuk memahami makna hakiki dari hak kepemilikan seseorang.¹⁹¹ Dengan demikian pemilik bebas untuk bertindak hukum terhadap hartanya, seperti

¹⁸⁵Sayyid Abul A'la al-Maududi, *First Principles of Islamic Economic*, Ed. Khurshid Ahmad (United Kingdom: The Islamic Foundation, 2011), hal. 26

¹⁸⁶Nur Chamid, *Jejak Langkah Sejarah Pemikiran Ekonomi Islam* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), hal. 324

¹⁸⁷Adiwarman A. Karim, *Ekonomi Mikro Islami* (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2014), cet. VI, hal. 42

¹⁸⁸Ruslan Abdul Ghofur Noor, *Konsep Distribusi Dalam Ekonomi Islam dan Format Keadilan Ekonomi Di Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2013), cet I, hal. 69-76

¹⁸⁹Zaky Fuad Chalil, *Pemerataan Distribusi Kekayaan dalam Ekonomi Islam* (Jakarta: Erlangga, 2009), hal. 141

¹⁹⁰NazihHamad, *Mu'jamal-Mushtalahatal-Iqtisawilayahfulughatal-fiqh* (Riyad: al-Ma'hadal-'Alyli-Fiqral-Islami, 1995), hal. 145

¹⁹¹Wahbah al-Zuhaili, *Al-Fiqhal-Islam wa-Adillatuh*, V (Damaskus: Dar al-Fikr, 1985), hal. 57

memperjualbelikannya, mewakafkannya, menghibahkannya atau meminjamkannya kepada orang lain, selama tidak ada larangan dari syari'at.¹⁹²

Tentang terminologi dari kepemilikan, Fathurrahman Djamil setuju dengan Taqyuddin al-Nabhani yang berpendapat bahwa kepemilikan adalah alat atau istilah untuk mewujudkan kekuasaan kepada seseorang atas kekayaan yang dimilikinya, tentunya dengan mekanisme yang ada sehingga menjadikan kepemilikan tersebut sebagai hak menurut syara' yang diberikan kepada seseorang. Hal ini menekankan bahwa kepemilikan seseorang berasal dari izin yang diberikan Allah swt untuk memiliki dan memanfaatkan zat tersebut bukan dari zat atau benda itu sendiri.

Mayoritas ulama fikih bersepakat dalam definisi dari hak kepemilikan yang menekankan adanya mandat dari Allah sebagai *al-Shadr* dan pemilik hakiki. Diantaranya adalah Wahbah al-Zuhaili, Muhammad Abu Zahrah, Muhammad Faruq al-Nabhan Taqyuddin al-Nabhani dan al-Jurjani. Sebagian lainnya lebih menekankan aspek otoritas sebagai penguasa atas hak atau adanya kewenangan untuk menguasai dan menggunakan haknya secara bebas. Para ulama dalam hal ini diantaranya al-Qarafi, Rafiq Yunus al-Misridan Hasan Abdul Hamid Uwayd.¹⁹³

Kepemilikan terhadap harta benda merupakan faktor fundamental bagi setiap individu manusia dalam menjalankan aktivitas. Hal ini menunjukkan betapa hak kepemilikan begitu sakral sehingga perlu untuk dilindungi. Maka sudah barang tentu terdapat batasan-batasan yang berkaitan dengan jumlah (kuantitas), pemanfaatannya maupun kebebasan berekspresi dalam pendayagunaan harta tersebut. Batasan itu sangat dipengaruhi oleh ajaran mendasar, baik melalui ajaran agama maupun paham ideologi pemilik harta. Secara umum batasan yang diperbincangkan adalah kepemilikan umum dan pribadi serta penggunaannya pada obyek-obyek usaha maupun batas maksimal dari kepemilikan. Untuk memperjelas bentuk-bentuk kepemilikan dalam Islam maka penulis memetakan beberapa, sebagai berikut:

1. Kepemilikan Absolut dan Relatif

Secara teologis (menekankan bahwa Allah sebagai sentral sedangkan manusia sebagai khalifah). Kepemilikan terdapat dua macam: Pertama, kepemilikan absolut (*milkiyyah al-azal*), adalah suatu keyakinan bahwa hanya Allah yang mempunyai kekuasaan penuh atas kepemilikan segala ciptaan, tanpa terkecuali makhluk-Nya yang bernama manusia. Kedua, kepemilikan relatif sebagai amanah (*milkiyyah al-istikhlā' wa-al-amanah*), adalah hak kepemilikan pada manusia yang bertugas sebagai khalifah Allah. Kepemilikan ini sejatinya merupakan sebuah titipan atau amanat dari-Nya.¹⁹⁴

Sekalipun harta itu adalah milik Allah, tetapi kepemilikan manusia diakui secara *de jure* karena Allah sendiri telah mengaruniakan padanya kekayaan untuk dimanfaatkan kepada maslahat hidupnya. Setiap manusia diberikan wewenang untuk memiliki dan mempergunakan kekayaan tersebut. Pada tahap ini, manusia

¹⁹²Nasrun Haroen, *Fiqh Muamalah* (Jakarta: Gaya Media Pratama, 2007), Cet. II, hal. 31

¹⁹³Ridwan, *Pemilikan Rakyat dan Negara atas Tanah Menurut Hukum Pertanahan Indonesia dalam Perspektif Hukum Islam* (Jakarta:SPs UIN Syarif Hidayatullah, 2010), hal. 91

¹⁹⁴Hasan Sirry, *Al-Iqtisā' al-Islāmī: Maba'di 'waKhasā'ij waahdā'ij* (Iskandaria: Markaz al-Iskandariyah li-al-kita>b, 1998), 76

mempunyai kewajiban moral untuk bersedekah karena di dalam harta kekayaan itu terdapat hak orang lain bahkan hewan sekalipun. Kepemilikan relatif (terbatas) yang melekat pada diri manusia ini kemudian terbagi kepada beberapa bentuk kepemilikan. Diantaranya terdapat bentuk kepemilikan sempurna dan tidak sempurna atau cacat. Selanjutnya juga terdapat bentuk kepemilikan individu, kolektif (umum) dan negara.¹⁹⁵

2. Kepemilikan Sempurna dan Cacat

Formulasi kepemilikan jenis ini dapat dilihat dari segi eksistensi harta dan pemanfaatannya. Hak kepemilikan yang sempurna (*al-milk al-tam*) adalah apabila seseorang memiliki harta benda sekaligus dengan manfaatnya secara pribadi sehingga semua hak-hak yang ditetapkan oleh syariat berlaku baginya.¹⁹⁶ Kepemilikan jenis ini tidak terikat dengan jangka waktu sehingga pemilik bebas mengonsumsi harta dan manfaatnya selama umur materi tersebut. Kepemilikan ini tidak bisa digugurkan kecuali dengan jalan yang dibenarkan syariat, seperti jual beli, waris ataupun wasiat. Jika pemilik merusak harta yang dimilikinya, maka tidak ada kewajiban untuk menggantinya karena ia memiliki dzat harta benda sekaligus manfaatnya.

Sedangkan hak kepemilikan yang cacat (*al-milkal-naqis*) adalah ketika seseorang hanya memiliki salah satu unsur saja, yaitu memiliki materinya saja atau hanya memiliki manfaatnya. Sebut saja materinya berupa mobil. Seseorang dapat memiliki manfaat mobil dengan akad sewa, berarti ia tidak memiliki mobil (bendanya). Seseorang memiliki mobil tetapi tidak memiliki manfaatnya. Kepemilikan yang cacat dapat dibatasi dengan waktu, tempat atau persyaratan lainnya. Seseorang yang menerima manfaat berhak menerima barang (aset) yang akan diambil manfaatnya. Jika peminjam telah selesai mengambil manfaat, maka aset tersebut harus dikembalikan kepada pemiliknya. Formulasi kepemilikan sempurna dan tidak sempurna seperti ini sudah disepakati oleh mayoritas ulama fikih.

Selanjutnya akan diketahui kepemilikan harta benda dalam pandangan Islam secara sosial (*mu'amalah bainal-nas*), yang dibedakan menjadi tiga formula, yaitu: Pertama, kepemilikan individu (*al-milkiyyah al-fardiyyah*) atas barang-barang pribadi dan yang tidak dilarang oleh negara untuk dimiliki. Kedua, kepemilikan umum (*al-milkiyyah al-'ammah*) adalah kepemilikan negara yang dieksploitasi dan dipergunakan untuk kepentingan masyarakat umum secara bersama. Sedangkan yang ketiga adalah kepemilikan negara (*milkiyyah al-daulah*) ialah kepemilikan atas harta benda atau suatu barang yang dieksploitasi dan dipergunakan hanya untuk kepentingan negara semata.

Pembagian tiga kelompok jenis hak milik tersebut bukanlah hasil rekayasa atau kesepakatan manusia sendiri, namun semata-matadidasarkan oleh ketentuan atau ketetapan dari *al-nushus al-shar'iyah* (teks-teks keagamaan) dalam Islam beserta sunnah Nabi Muhammad Saw.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Muhammad Djakfar, *Etika Bisnis: Menangkap Spirit Ajaran Langit dan Pesan Moral Ajaran Bumi* (Jakarta: Penebar Plus, 2012), hal. 116

¹⁹⁶ Wahbah al-Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh*, hal. 59

¹⁹⁷ Anwar Habibi Siregar, *Kepemilikan Bahan Galian Tambang Perspektif Ibnu Qudamah Al-Maqdisi (Kajian Fiqih Pertambangan)*, Tesis SPs UIN Jakarta, 2016

3.

kepemilikan Individu (*Al-Milkiyyah al-Khassah*)

Sejak dahulu di zaman masyarakat Arab yang hidup menetap di suatu tempat, baik di kota maupun di daerah pedesaan, sudah mengenal kepemilikan pribadi dan diakui eksistensinya.¹⁹⁸ Setiap individu secara bebas dapat menggunakan dan menikmati harta miliknya dengan proteksi keamanan yang diberikan oleh suku/kabilahnya. Hak kepemilikan pribadi, di kalangan masyarakat Arab yang menetap sudah dikenal terutama hak memiliki tanah dan mendiami rumah.

Kepemilikan pribadi atau hak milik individu (*al-milkiyyah al-fardiyyah/alkhassah*) yang dimaksud adalah manusia (siapa saja) secara pribadi berhak memiliki barang tertentu dan bebas mengambil manfaat darinya sebagaimana ditentukan oleh syariat (hukum Islam), serta memperoleh kompensasi dari barang tersebut, baik karena barang miliknya diambil kegunaannya oleh orang lain (misalnya disewa) ataupun karena dikonsumsi sampai habis (misalnya dibeli).

Dengan demikian setiap orang dapat memiliki kekayaan dengan cara-cara kepemilikan tertentu. Contoh kepemilikan pribadi, yaitu: barang atau manfaat yang didapatkan dari hasil usaha kerja tangan sendiri, harta benda yang berupa warisan dari orang tua, hadiah yang diterima dari pihak lain dan sebagainya.

Penjelasan di atas tidak jauh berbeda dengan apa yang disampaikan oleh al-Nabhani bahwa kepemilikan individu adalah adanya kekuasaan pada seseorang terhadap harta kekayaan yang dimilikinya dengan menggunakan mekanisme tertentu sehingga menjadikan kepemilikan tersebut sebagai hak syara' yang diberikan kepada seseorang.¹⁹⁹ Mekanisme tertentu yang dimaksud sebagai suatu proses cara mendapatkan harta milik pribadi, serta cara mengelola harta tersebut tentunya harus sesuai dengan tuntunan hukum yang ada, khususnya hukum Islam. Menurut hukum Islam, pemilik harta diwajibkan untuk menjaga haknya atas kekayaan yang dimiliki dengan menjaga keselamatan dan keutuhan kekayaan tersebut serta menjalankan kewajiban (zakat) darinya.

Perlu ditegaskan lebih lanjut tentang kepemilikan pribadi bahwa kepemilikan tersebut tidak bersifat mutlak, melainkan hanya bersifat nisbi (relatif) sebagai derivasi atas kepemilikan Allah yang sesungguhnya. Manusia sebagai khalifah (mandataris atau wakil) Allah swt bertugas untuk memakmurkan dunia, maka salah satu caranya adalah dengan mengelola harta milik sesuai dengan keinginan pihak pemberi mandat sekaligus mempertanggungjawabkannya di hari kiamat kelak.²⁰⁰ Oleh karena itu harus diingat bahwa kepemilikan individu atas harta benda merupakan representasi dari kepemilikan Allah yang merupakan wakil bagi masyarakat.

¹⁹⁸ Afzalur Rahman, *Doktrin Ekonomi Islam* (Yogyakarta: PT Dana Bhakti Wakaf, 1995), hal. 59

¹⁹⁹ Taqyuddin al-Nabhani, *Al-Nizham al-Iqtishad fi al-Islam*, Cet. VI (Beirut: Dar al-Ummah, 2004), hal. 73

²⁰⁰ Misbahul Munir, *Ajaran-Ajaran Ekonomi Rasulullah; Kajian Hadis Nabi dalam perspektif Ekonomi* (Malang: UIN-Malang Press, 2007), 35

K

Comment [x18]: Ada hrup yang hilang

Islam jelas mengakui kepemilikan pribadi namun tentu dengan batas-batas tertentu, termasuk kepemilikan alat produksi dan faktor-faktor produksi. Pun demikian kepemilikan tersebut tidak mutlak. Menurut M.M. Metwally, sebagaimana dikutip oleh Arifin Hamid, kepemilikan tersebut harus memenuhi setidaknya dua syarat tertentu:²⁰¹

Pertama, pemilikan individu dibatasi oleh kepentingan masyarakat, jika negara menghendaki suatu aset tertentu maka pemilik harus rela melepaskannya. Dalam prinsip syariah terkandung kaidah yang mengatakan bahwa mendahulukan kepentingan jama'ah lebih diutamakan dari pada kepentingan pribadi. *Kedua*, Islam menolak semua pendapatan yang diperoleh dari suap, penipuan dalam timbangan dan kekurangan ukuran, perjudian, penimbunan dan segala bentuk yang mengandung unsur keharaman di dalamnya.

Dengan demikian maka kepemilikan tersebut seharusnya tidak hanya digunakan untuk kepuasan individu tertentu, akan tetapi harus juga memperhatikan kehidupan masyarakat, karena masyarakat merupakan representasi dari kepemilikan hakiki atas kekayaan tersebut. ketika pemilik harta tidak bisa mengelola harta kekayaannya dengan baik, seperti karena masih kecil dan belum sempurna akalinya, maka wali atau wakil masyarakat berhak menyita harta tersebut dengan pertimbangan kemaslahatan.

4. Kepemilikan Umum (*Al-Milkiyyah al-'Ammah*)

Ada beberapa definisi tentang kepemilikan umum (*al-milkiyyah al-'ammah/al-sha'ah*) dalam Islam, seperti yang diungkapkan oleh Ibrahim Abdul Latif al-'Abidi, ia memberikan definisi kepemilikan umum sebagai suatu sumber daya atau harta yang dikhususkan hak miliknya untuk kepentingan umum atau kepentingan bersama seluruh umat manusia, tanpa terkecuali dan tidak ada seorangpun yang diprioritaskan dalam pemanfaatannya. Taqiyuddin Al-Nabhani menuliskan bahwa kepemilikan umum ialah kebolehan syari'ah kepada suatu komunitas untuk sama-sama memanfaatkan benda karena pada saat yang sama masing-masing individu dalam suatu komunitas sangat membutuhkan benda tersebut.²⁰²

Isa Abduh berpendapat bahwa kepemilikan umum merupakan bentuk atau jenis kepemilikan pertama (asli) yang telah dikenal oleh manusia, kepemilikan ini bersifat umum dan diambil manfaatnya secara bersama, kecuali ada sebab yang menjadikan jenis kepemilikannya berubah. Jalal al-Ansari berpendapat bahwa kepemilikan umum merupakan harta benda yang dijadikan Islam sebagai hak milik bersama sehingga seseorang atau sekelompok kecil orang dibolehkan untuk mendayagunakan harta benda tersebut namun mereka dilarang untuk menguasainya secara pribadi tanpa mengindahkan pihak lain.²⁰³

Ulama ahli fikih sepakat dengan adanya kepemilikan umum, namun mereka berbeda pendapat dalam hal kategori jenis benda-benda yang termasuk dalam kepemilikan umum. Adapun jenis-jenis harta benda yang merupakan

²⁰¹ Arifin Hamid, *Hukum Ekonomi Islam (Ekonomi Syariah) di Indonesia*, hal. 54

²⁰² Taqiyuddin Al-Nabhani, *Al-Nizam al-Iqtisadi fi al-Islam*, Cet. VI (Beirut: Dar al-Ummah, 2004), hal. 218

²⁰³ Jalal al-Ansari, *Mengenal Sistem Islam dari A sampai Z* (Bogor: Pustaka Thariqul Izzah, 2006), 146

kepemilikan umum terbagi menjadi tiga jenis kelompok, yaitu: Pertama, sarana-sarana umum yang diperlukan oleh seluruh umat manusia dalam mendukung kegiatan atau kebutuhan hidup sehari-hari. Kedua, seluruh harta benda yang keadaan asalnya terlarang bagi pribadi tertentu untuk memilikinya. Ketiga, bahan-bahan hasil pertambangan dari sumber daya alam yang jumlahnya tidak terbatas. Oleh karenanya maka semua harta benda jenis kelompok tersebut dan hasil pendapatannya merupakan hak milik bersama oleh masyarakat dan mereka boleh bekerja sama dalam memanfaatkan harta tersebut untuk kemaslahatan bersama pula.

a) Kepemilikan Umum Jenis Pertama

Kepemilikan jenis ini menurut Taqyuddin al-Nabhani dan Zallum, sebagaimana dikutip oleh Muhammad Sholahuddin dalam bukunya, adalah sarana umum yang diperuntukkan bagi rakyat secara keseluruhan tanpa terkecuali dalam rangka pemenuhan kebutuhan hidup sehari-hari dan walaupun bahan tersebut tidak tersedia dalam suatu negeri atau komunitas maka akan menyebabkan kesulitan dan menimbulkan perpecahan diantara umat, seperti air.

Pendapat ini tentunya didasarkan oleh dalil yang jelas dari hadis Nabi Muhammad saw, diantaranya hadis shahih dari Ibnu Abbas ra., menyatakan bahwa umat Islam bersekutu (bersama) dalam hak milik air, api dan padang rumput.²⁰⁴ Semua manusia sangat butuh kepada air guna untuk mewujudkan kehidupan dan kesehatan yang baik. Lebih dari itu, khusus bagi kaum muslimin, juga sangat membutuhkan air untuk keperluan bersuci (berwudhu) dan mandi besar (wajib).

Agama Islam menjunjung tinggi nilai-nilai keadilan dalam sosial masyarakat dan telah disepakati sebagai asas yang paling penting dalam Islam. Oleh karena itu, Nabi Muhammad saw telah memberikan contoh tauladan untuk hal-hal yang berkenaan dengan masalah keadilan. Tanpa terkecuali dalam perkara pembagian air bagi kaum muslimin, bahkan beliau mengumpamakan air sebagai salah satu sumber yang sangat penting dimana semua orang mempunyai hak bersama secara adil untuk mendapatkannya. Hal ini telah ditekankan melalui beberapa hadis Nabi saw bahwa untuk lebih efektifnya, maka air harus dijadikan sebagai satu sumber kemasyarakatan yang berhak dinikmati oleh semua golongan, tanpa terkecuali baik miskin maupun kaya.²⁰⁵

Adapun hak-hak alam perserikatan dalam Islam berkaitan dengan air sama halnya seperti yang terdapat dalam agama Kristen dan yahudi, umat manusia mempunyai hak yang pertama kepada sumber-sumber yang telah disediakan oleh Tuhan untuk semua makhluk ciptaannya.

Para ilmuwan Islam sepakat tentang hak-hak penggunaan air untuk tiga, yaitu:²⁰⁶Pertama, *haqq al-shirb* atau hak manusia untuk meminum air untuk menghilangkan dahaga. Kedua, *haqq al-shafa* atau hak bagi hewan ternak yang

²⁰⁴ Abu Dawud Sulaiman, *SunanAbiDawud* (Damaskus: Dar al-Fikr, t.th.), III:278

²⁰⁵ Naser I. Faruqi, *Islam dan pengurusan Air: Pengenalan dan prinsip-prinsip*, dalam *Pengurusan Air dalam Islam* (Kuala Lumpur: MDC Publishers Sdn Bhd, 2006), cet. I, 2

²⁰⁶ Laura Wickstrom, "Islam and Water: Islamic Guiding Principle on Water Management," *FIIA REPORT*, Vol. 25, (2010): hal. 101

dipeliharakan untuk menggunakan air. Ketiga, *haqqal-zira'ah* atau hak untuk pengairan untuk menghidupkan aktifitas pertanian dan perkebunan. Dalam Islam, air dianggap sebagai suatu anugrah dari Tuhan, oleh karena itu tidak siapapun secara harfiah berhak memiliki air tersebut. Manusia hanya sebagai penerima amanat sekaligus pemakai air dan begitu juga posisinya terhadap harta benda lain yang dimiliki secara bersama oleh masyarakat. Pun demikian ilmuwan-ilmuwan Islam telah bersepakat bahwa setiap orang atau sekumpulan manusia mempunyai hak yang jelas dalam menggunakannya, menjual dan mendapatkan nilai tambah dari beberapa jenis air.²⁰⁷

Air, padang rumput dan api merupakan harta perdana yang ditetapkan oleh Rasulullah saw sebagai harta milik umum dan diperbolehkan kepada seluruh umat manusia untuk menggunakan atau mengambil manfaatnya. Mereka berserikat di dalamnya dan melarang mereka untuk memiliki bagian apa pun secara pribadi atau kelompok tertentu dari sarana umum tersebut karena hal tersebut merupakan hak seluruh rakyat.²⁰⁸ Terkecuali sarana umum tersebut terdapat pada daerah yang telah diolah oleh seseorang atau rerumputan yang sengaja ditanam begitu juga dengan air dari sumur hasil galian seseorang secara khusus sehingga selain dia tidak boleh memilikinya, tetapi yang dimaksud dalam hal ini adalah daerah di mana seluruh rakyat beraktifitas.

Harta benda jenis kepemilikan ini sesungguhnya tidak hanya terbatas pada ketiga sarana umum tersebut, akan tetapi meliputi setiap benda yang di dalamnya terdeteksi sifat-sifat sarana umum, bahwa seluruh manusia membutuhkannya dalam kehidupan sehari-hari dan ketika sarana tersebut hilang maka manusia akan bersusah payah untuk mendapatkannya bahkan bisa jadi akan menimbulkan perpecahan umat, maka hal itu menjadi ciri khusus sarana umum yang dikategorikan menjadi kepemilikan bersama. Termasuk juga setiap alat yang digunakan untuk kepentingan di dalamnya, karena hukum dan status kepemilikannya sama.

Demikian juga alat-alat pembangkit listrik (seperti jaringan kawat dan stasiun listrik), sebab menghasilkan listrik dari harta milik umum maka status hukum alat-alat tersebut juga sama yaitu milik umum. Sama halnya dengan listrik yang digunakan untuk memasak, sebagai pemanas, untuk menjalankan alat-alat pabrik atau untuk melebur logam-logam tambang. Dapat dipastikan bahwa saat ini fungsi listrik sama dengan api, adapun api adalah termasuk bagian dari milik umum, selama prasarana ini dibangun di jalan umum baik digunakan untuk menyalakan api maupun untuk penerangan. Karena tidak boleh seseorang atau sekelompok orang mengkhususkan sesuatu dari bagian jalan umum bagi dirinya secara pribadi dan melarang manusia untuk turut memilikinya.¹²⁵ Sama halnya dengan industri gas alam dan batu bara adalah merupakan jenis kepemilikan umum sebab keadaannya (yang alami) merupakan bahan galian tambang yang berharga dan bagian dari api.

b) Kepemilikan Umum Jenis Kedua

²⁰⁷HR. Bukhari, Muslim, Ibnu Majah, al-Nasa'idi dan Abu Hurairah

²⁰⁸Ibnu Majah, *Sunan Ibnu Majah*, ed. Shaha'bal-Di'nal-Bu's'ijri (Riyad): Maktabah al-Ma'a'arif, 1998), II, hal. 600

Harta kepemilikan umum dalam kategori ini adalah harta yang keadaan asal pembentukannya menghalangi seseorang untuk memilikinya secara pribadi seperti jalan raya (umum), hal ini karena harta benda tersebut merupakan benda yang mencakup kemanfaatan umum.¹²⁶ Hak milik umum tersebut apabila berupa sarana umum seperti jenis pemilikan yang pertama, maka dalil hukumnya adalah dalil yang mencakup tentang sarana umum. Perbedaannya adalah pada pembentukan sifat awalnya, pada kepemilikan jenis pertama asal sifat pembentukannya tidak menghalangi seseorang untuk memilikinya karena jumlah yang kecil dan tidak menjadi sumber kebutuhan suatu komunitas sehingga seseorang boleh saja memiliki sumur kecil (mata air) secara pribadi yang tidak mengganggu keperluan hajat orang banyak (umum).²⁰⁹

Adapun jalan umum merupakan sarana umum yang semua manusia berhak atas penggunaan untuk berjalan di atasnya dan bebas pula melewatinya. Oleh karena itu Rasulullah saw melarang umatnya berbuat hal-hal yang mengganggu ketertiban jalan umum seperti duduk-duduk (nongkrong) di jalanan, sebab akan menghalangi orang lain berlalu lalang bahkan mempersempit pengguna jalan umum.²¹⁰ Seperti sifat dasar pada kota Mina yang menghalangi untuk dimiliki oleh individu atau kelompok karena menjadi persinggahan para jama'ah haji, sebuah tempat untuk menjalankan syiar-syiar ibadah haji sehingga siapa saja yang lebih dahulu datang di tempat itu, maka seseorang hanya berhak untuk mendapatkannya sebagai hak guna dan hak pakai. Oleh karena itu Mina adalah milik bersama bagi semua manusia khususnya yang melaksanakan ibadah haji.

Fathurrahman Djamil memandang bahwa jalan tol yang ada pada saat ini haruslah dengan tarif yang semakin murah bahkan gratis. Negara dalam hal ini dapat mengembalikan seluruh biaya yang dimiliki investor dalam pembangunannya. Jalan tol seharusnya tidak boleh dibisniskan karena termasuk jalan milik umum. Hal ini jelas tidak sesuai dengan prinsip kepemilikan dalam Islam.²¹¹ Tidak seorang pun boleh memiliki jalan umum dan dalil-dalil yang berkaitan dengannya juga berlaku untuk setiap hal yang menurut asal pembentukannya menghalangi seseorang atau sekelompok orang untuk memilikinya.

Berdasarkan *al-qiyas* tersebut maka laut, sungai, danau, teluk, selat, lapangan umum dan masjid-masjid adalah milik umum bagi setiap anggota masyarakat. Maka sebenarnya konteks pembagian ini berdasarkan *'illah shar'iyah*, yaitu keberadaannya sebagai kepentingan umumlah yang menunjukkan bahwa benda-benda tersebut merupakan kepemilikan umum (*al-milkiyyah al-'ammah*). Benda-benda lain seperti masjid, sekolah milik negara, rumah sakit umum (negara), lapangan, tempat-tempat penampungan dan sebagainya juga dapat disetarakan untuk masuk kepada kategori *collective property*.

Larangan memiliki secara khusus yang merupakan bagian dari pemilikan umum adalah bersifat tetap dan mengikat karena Rasulullah saw melarang umat untuk menguasai sesuatu yang diperuntukkan bagi semua. Dengan kata lain tidak

²⁰⁹Rahmat S. Labib, *Privatisasi dalam pandangan Islam* (Banten: Wadi Pres, 2005), hal. 11

²¹⁰HR. Bukhari, Muslim, AbuDaud, Ahmad, Ibnu Hibban dan al-Baihaqi

²¹¹Fathurrahman Djamil, *Hukum Ekonomi Islam: Sejarah, Teori dan Konsep*, hal. 206

ada penguasaan atau pemagaran atas harta milik umum kecuali oleh negara. Tindakan mengambil alih sebagian dari jalan umum secara permanen dan mengkhususkan individu menguasainya secara terus menerus adalah perbuatan melanggar hukum.

Kepemilikan umum yang dimanifestasikan ke dalam kepemilikan negara pada hakikatnya merupakan milik Allah dan Rasul-Nya yang wajib kita jaga dan pelihara secara bersama. Menjadi persepsi yang salah apabila berprasangka bahwa harta milik negara pada hakikatnya adalah milik rakyat sehingga mereka pun mengambil dan mempergunakannya sebagaimana milik pribadi mereka. Hal ini juga akan mempertegas bahwa kewajiban untuk menjaga dan memelihara fasilitas umum bukan merupakan kewajiban individual yang cukup dilakukan oleh segelintir orang atau sekelompok saja, melainkan sebagai kewajiban bersama terhadap barang yang menjadi milik bersama.

Demikian juga dengan kewenangan negara sebagai pengatur harta milik bersama, tidak dibenarkan apabila negara mengambil hak kepemilikan seseorang di antara masyarakatnya dengan alasan kepentingan umum. Negara dalam hal ini pemerintah juga tidak bebas, seenaknya saja menyatakan bahwa harta tertentu adalah kepemilikan umum dan harta benda ini adalah kepemilikan individu.²¹² Tentu semua harus dilakukan berdasarkan ketentuan syara' setelah melakukan kajian yang mendalam untuk menentukan status kepemilikan tersebut. Karena hukum Islam mengharamkan negara menguasai harta benda rakyatnya dengan kekuasaan yang dilakukan dengan tidak benar. Pada akhirnya dapat disimpulkan bahwa barang-barang yang mutlak dibutuhkan manusia dalam kehidupan sehari-hari dan juga yang menyangkut hajat hidup orang banyak seperti air, api (bahan bakar, listrik, gas, padang rumput atau hasil hutan), minyak, sumber emas dan perak, juga barang yang tidak mungkin dimiliki oleh individu seperti sungai, danau, jalan, udara dan sinar matahari adalah termasuk dalam kategori kepemilikan umum.

c) Kepemilikan Umum Jenis Ketiga

Kepemilikan umum jenis ini adalah bahan-bahan hasil pertambangan dari sumber daya alam yang jumlahnya tidak terbatas. Kesimpulan tersebut berdasarkan atas kesepakatan para ahli pertambangan yang telah memprediksi bahwa potensi hasil dari bahan galian tambang sangatlah berlimpah. Menjadi tidak baik apabila hasilnya dinikmati oleh segelintir orang. Oleh karena itu kepemilikannya menjadi hak milik bersama, maka hasil dari pendapatannya pun demikian menjadi milik bersama, ada pun negara hanya mengelola atau menggaji tim ahli dalam proses produksinya.²¹³

Sebaliknya apabila bahan galian tambang itu jumlahnya sedikit dan sangat terbatas maka boleh untuk dimiliki secara pribadi. Sebagaimana Rasulullah saw pernah memberikan kekuasaan untuk memiliki lahan pertambangan kepada Bilal bin Harits al-Mazaniy di bagian wilayah Hijaz. Dengan demikian bahan galian tambang berupa emas, perak dan sebagainya, jika jumlah depositnya sangat

²¹²Misbahul Munir, *Ajaran-Ajaran Ekonomi Rasulullah; Kajian Hadis Nabi dalam Perspektif Ekonomi*, hal. 193

²¹³Burhanuddin Ibn Muflih (w.884H), *Al-Mubdi' Sharhal-Muqni'* (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1997), V: hal. 102

sedikit atau tidak bernilai ekonomi tinggi dan bukan diperdagangkan maka boleh dimiliki secara individu. Pendapat tersebut di atas tidak jauh berbeda dengan pendapat Ibnu Qudamah al-Maqdisi (w. 620 H), apabila dilihat dari aspek pengaturan kepemilikan bahan galian tambang itu sendiri. *Pertama*, tambang terbuka yaitu bahan galian tambang yang bisa diperoleh dan dimiliki oleh manusia tanpa ada hambatan dan biaya yang begitu berarti, selain itu bahan galian tambang tersebut juga dapat dimanfaatkan secara bersama. *Kedua*, bahan galian tambang tertutup yaitu bahan galian tambang yang tidak bisa diperoleh kecuali harus dengan usaha beserta kerja keras dan dengan beberapa biaya operasional.²¹⁴

Sedangkan bahan galian tambang dalam jumlah yang banyak (tidak terbatas depositnya), juga termasuk dalam hak kepemilikan umum (atas nama seluruh rakyat) sehingga tidak boleh dimiliki oleh individu secara pribadi atau sekelompok orang. Demikian juga tidak boleh diberikan keistimewaan oleh negara kepada seseorang atau lembaga tertentu untuk mengeksploitasi barang tersebut, tetapi diberikan sepenuhnya kepada seluruh rakyat sebagai kepemilikan bersama (umum) dan mereka berserikat di dalam harta benda tersebut. Di sinilah peran negara sebagai wakil rakyat, diperlukan untuk melakukan aktifitas tertentu guna mengambil manfaat dari bahan galian tambang yang dimiliki masyarakat. Negara lah kemudian yang wajib menggali, melebur dan memisahkannya dari benda-benda lain serta menjualnya atas nama rakyat kemudian menyimpan hasil penjualannya di *baital-mal*.

Dari uraian di atas dapat disimpulkan tentang klasifikasi bahan galian tambang setidaknya ada dua, yaitu: pertama, bahan-bahan hasil pertambangan yang sedikit (terbatas) jumlahnya dan tidak termasuk berjumlah besar menurut ukuran individu. Kedua, barang-barang hasil pertambangan yang sangat banyak (tidak terbatas) jumlahnya.

5. Kepemilikan Negara (*Milkiyyahal-Daulah*)

Harta benda kepemilikan negara pada asalnya merupakan harta milik pribadi tetapi terdapat hak umum yang melekat padanya. Maka negara harus menyediakan atau mengambil harta benda tersebut untuk kemaslahatan bersama (pemilik dan ummat sekitar).²¹⁵ Kepemilikan jenis ini dapat jugadidefinisikan sebagai semua harta benda yang terdapat padanya hak seluruh umat secara umum (tanpa terkecuali) dan manajemen pengelolaan harta benda ini menjadi wewenang pemerintah dengan khalifah atau Imam sebagai kepala negara. Adapun pengelolaan atau kebijakan distribusinya harus memperhatikan kepentingan rakyat karena rakyat berhak atas manfaatnya. Kepemilikan umum dan kepemilikan negara, keduanya memang berada di bawah pengelolaan negara, tapi tidak bisa serta merta dianggap sama saja. Hal mendasar yang membedakan kepemilikan umum dengan kepemilikan negara adalah terletak pada manajemen pendistribusian hasil atau manfaatnya.

²¹⁴ AbdullahIbnQuda>mahal-Maqdisi>, *Al-Mughni* (Kairo:Da>rHajar,1992), Cet. ke-2, VIII: hal. 154-157

²¹⁵ Dalam Islam dikenal dengan istilah *al-ta'mim* (nasionalisasi), yaitu merubah dengan cara tertentu harta kepemilikan pribadi menjadi kepemilikan negara untukmemenuhi keperluan (hakumum) rakyat.

Harta benda milik umum pada dasarnya tidak boleh diberikan negara hak miliknya kepada siapa pun sama sekali, walaupun negara membolehkan semua orang untuk mengambil dan memanfaatkannya. Sedangkan harta benda milik negara boleh diberikan kepada siapa pun yang dikehendaki oleh negara sesuai dengan kebijakan pemerintahannya. Beberapa contoh dari harta kepemilikan negara adalah harta *fai'*, *kharaj*, *jizyah* (harta yang diambil dari ahli dzimmah), harta orang murtad, harta yang tidak memiliki ahli waris dan tanah hak milik negara. Dalam hal distribusi misalnya, harta *kharaj* boleh diberikan kepada petani saja sedangkan yang lainnya boleh dipergunakan untuk apa saja, semisal membeli senjata perang tanpa dibagikan kepada siapa pun tergantung kebijakan negara.

Adapun jenis-jenis harta benda yg merupakan kepemilikan negara terbagi menjadi empat jenis kategori, yaitu: padang pasir, tanah endapan sungai, al-shawafi dan bangunan. *Pertama*, kategori padang pasir, gunung, pantai dan tanah mati yang tidak ada pemiliknya, tidak terurus, belum pernah ditanami atau pernah tetapi kemudian terbengkalai, maka tanah tersebut menjadi hak milik negara. *Kedua*, kategori tanah endapan sungai adalah tanah-tanah yang tertutupi air dan tidak lagi cocok digunakan pertanian atau aktifitas ekonomi lainnya disebabkan air yang tergenang menutupi kawasan tersebut. Tanah seperti ini tergolong tanah mati, meskipun sebelumnya di atasnya ada bangunan dan pertanian, namun karena tidak terurus lagi maka tanah tersebut menjadi milik *baital-mal* milik negara. *Ketiga*, kategorial-shawafi yaitu tanah yang dikumpulkan oleh khalifah (pemimpin negara) hasil dari tanah-tanah taklukan dan ditetapkan untuk *baital-mal*. Tanah tersebut menjadi tidak ada pemiliknya setelah negara yang ditaklukkan meyerahkannya, tanah milik penguasa atau panglima perang, tanah milik orang terbunuh dalam peperangan atau tanah orang yang lari dari peperangan sehingga meninggalkan tanah miliknya. Khalifah Umar bin Khathab menjadi orang yang pertama memberikan istilah tersebut dan menetapkan tanah taklukan perang menjadi milik *baital-mal*.²¹⁶

Terakhir atau yang *keempat* adalah kategori berupa bangunan dan balairung, yaitu setiap istana, bangunan, balairung yang dikuasai oleh negara-negara yang ditaklukkan, di mana sebelumnya digunakan untuk struktur lembaga-lembaga negara taklukan untuk urusan administrasinya, untuk organisasi, badan pengawas, rumah sakit, sekolah museum, perusahaan dan lain sebagainya. Semua bangunan tersebut termasuk barang *ghanimah* dan *fai'* bagi umat Islam dan menjadi hak milik *baital-mal* dan hak milik negara.²¹⁷ Termasuk juga setiap gedung-gedung yang dibangun oleh negara atau dibelidari *hartabaital-mal*, kemudian diperuntukkan bagi lembaga negara. Sama halnya dengan bangunan yang dihadiahkan/dihibahkan kepada negara.

²¹⁶Abdal-Qadim Zallum, *Al-AmwajfDaulahal-Khilaah* (Beirut: Dar al- Ummah, 2004), Cet. III, hal. 92-96

²¹⁷Sebagian ulama memandang bahwa hartabendakepemilikan *Baital-mal* (*MilkiyyahBaital-Mal*) samahalnyadenganhartabendadalamkepemilikanNegara (*Milkiyyah al-Daulah*). Lihat 'Ashur S}ulaih}ah, "Naz}riyyah al-Milkiyyah baina al- Tashri}al-Iqtis}adial-Islam}iwa-al-Qanun," *Majallahal-'Ulu}mal-Insan}iyyah*, Universit} de Ouargla (Al-Jazair: Maret, 2006), hal. 15-16

E. Teori Mediasi dan Perdamaian

Dalam bahasa Arab, perdamaian diistilahkan dengan *al-sulh*. Secara bahasa, *al-sulh* bermakna menghentikan perselisihan, sedangkan secara syari'at bermakna akad untuk mengakhiri perselisihan antara dua orang yang berselisih.²¹⁸ Dalam perdamaian ini para pihak sepakat untuk saling melepaskan sebagian dari tuntutan, hal ini dimaksudkan agar persengketaan diantara mereka dapat berakhir, untuk mengembalikan keharmonisan diantara kedua pihak yang bertikai.²¹⁹ Al-Qasani mengatakan bahwa perselisihan itu tidak akan terjadi kecuali karena manusia mementingkan perkara keduniawian, hanya mengikuti hawa nafsu, dan condong kepada kepentingan pribadi, *al-sulh* akan menjadi tonggak keadilan yang akan membawa kepada rasa saling menyayangi antar manusia.²²⁰ Setiap pihak yang bersengketa disebut *mushalih*, sesuatu yang diperselisihkan disebut *muslah 'anh*, pengganti suatu yang disengketakan disebut *muslah 'alaih*.²²¹

Al-Zuhayli mengatakan bahwa *al-sulh* itu diperbolehkan atas perkara yang belum jelas kebenarannya diantara kedua belah pihak. Sedangkan 'Audah berpendapat bahwa *al-sulh* diperbolehkan pada perkara-perkara yang melanggar hak-hak adami, bukan hak-hak Allah, sehingga *al-sulh* dapat menjadi penyebab gugurnya hukuman qisas dengan adanya maaf dari korban. Adapun menunjuk seorang hakim untuk mendamaikan antara pihak yang bertikai bersifat tidak memaksa. Sedangkan dasar hukum dibolehkannya melakukan *al-sulh* dalam suatu kasus tanpa melalui jalur hukum didasarkan pada al Qur'an, Hadis, dan Ijma'.²²²

Rukun *al-sulh* adalah ijab dan qabul dengan menggunakan lafadz apa saja yang memiliki makna perdamaian. Al Qur'an mengantisipasi kemungkinan terjadinya perang antara dua kelompok mukmin. Allah mewajibkan kepada kaum mukminin yang lain yang bukan dari kalangan kaum yang bertikai untuk menciptakan perdamaian kepada kedua kelompok yang berperang. Jika salah satunya bertindak melampaui batas dan tidak mau kembali kepada kebenaran, maka kaum mukminin hendaknya memerangi kelompok yang zalim tersebut hingga mereka kembali kepada ,perkara Allah.

Syarat-syarat *al-sulh*, pertama, pihak yang mengajak berdamai haruslah berakal, bukan orang murtad, dan cakap hukum. Kedua, syarat yang berkaitan dengan *mushalah 'alaih* (pengganti sesuatu yang dituntut atau disengketakan). Syarat pertama harus berupa harta, *mutaqawwam* (bernilai, halal bagi pihak yang bersangkutan), hak milik pihak yang dituntut, harus jelas dan pasti.

Ketiga persoalan yang diperselisihkan (*al-mushalah 'anh*). Syarat pertama adalah harus berupa hak adami, bukan hak Allah, walaupun bukan harta seperti qisas, tetapi jika merupakan hak Allah maka tidak ada *al-sulh*, demikian dalam

²¹⁸H. Chairuman Pasaribu dan Suhrawardi K. Lubis, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*(Jakarta: Sinar Grafika) 2004, 26

²¹⁹Abu Ja'far Bin Jarir Al-Thabari (W: 310), *Tafsir Al-T}abari* (Jami' al Bayan Fi Ta'wili al-Qur'an), Juz 4 (Beirut: Dar al-kutub al-'Ilmiyah, 1999), 276

²²⁰Muhammad Jamaluddin Al Qasimi (w:1914 M), *Tafsir Al-Qasimi*(Mahasin alTa'wil), Jilid 8 (Beirut: Dar Al-Kutub Al-'Ilmiyah, 1997), 527

²²¹Sayyid Sabiq, *Fiqh Al-Sunnah*, Juz III (Beirut: Dar Al Fikr, tt, h. 210

²²²Wahbah Zuhayli, *Fiqh Al-Islami Wa Adillatuh*, Jilid 6 (Dimashq: Dar Al-Fikr Al-'Ilmiyah, 1997), 4331-4332

masalah *qadzaf* karena hukuman bagi pelanggaran *qadzaf* adalah untuk memberikan efek jera agar masyarakat tidak menghancurkan kehormatan sesamanya.²²³ Syarat selanjutnya *mushalah 'anh* harus berupa hak *mushalih*, dan harus berupa hak tetap dan positif untuk *al-mushalih* dalam objek *al-sulh*. Syarat terakhir adalah yang terkait dengan ijab dan qabul, yaitu bahwa qabul harus sejalan dengan ijab. Apabila qabul berbeda dari ijab, maka perdamaian tidak sah.

Imam al-Syafi'i berkata: sebenarnya Nabi Saw tidak memerlukan bermusyawarah dengan para sahabat, akan tetapi beliau menghendaki agar hal itu diketahui oleh para hakim suatu perkara yang dapat memungkinkan beberapa segi atau mempersulitnya. Maka ia harus bermusyawarah dan ia tidak boleh bermusyawarah dengan orang bodoh karena tidak ada artinya. Bermusyawarah itu tidak pula dengan orang yang pandai lagi tidak jujur, karena bisa-bisa ia menyesatkan orang yang mengajak musyawarah. Namun bermusyawarah dengan orang yang mempunyai dua unsur, yaitu berilmu dan jujur.²²⁴

Penyelesaian perkara melalui musyawarah dengan artian bertemunya antara pihak yang bersengketa dalam satu majelis, pada dasarnya adalah jalur terbaik. Keuntungan yang didapatkan kedua pihak yang bersengketa (setidaknya) adalah penemuan solusi atau jalan keluar yang sama-sama disepakati. Hal ini sangat efektif meredam segala amarah yang ada dalam benak para pihak (terutama yang kalah) setelah ditemukannya suatu solusi. Hal tersebut akan lebih sempurna jika jalur penyelesaian sengketa ini dikontekskan dengan fenomena yang terjadi di dunia modern.

Qafishes mengatakan bahwa *al-sulh* tidak dapat diterapkan pada kejahatan berat tertentu terbayangkan misalnya, dalam kasus yang melibatkan kejahatan seperti hirabah, terorisme, yang mencakup pembunuhan. Kasus lain adalah seorang pria yang memperkosa anggota keluarga dekat. Alasannya adalah bahwa kejahatan berat yang dilakukan *al-sulh* adalah kejahatan terhadap ketertiban umum, yaitu nilai-nilai fundamental dari masyarakat, bukan masalah pribadi.

Al-sulh dan mediasi secara filosofis merupakan falsafah bangsa Indonesia hal ini terlihat dalam Pancasila pada sila keempat, kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan perwakilan. Dapat dipahami bahwa dalam penyelesaian sengketa berbasas pada musyawarah mufakat, nilai musyawarah mufakat terkonkretkan dalam sejumlah bentuk alternatif penyelesaian sengketa.

Al-Zuhayli menjelaskan bahwa *al-sulh* ditinjau dari berbagai subjeknya dibagi menjadi empat bagian berikut ini:²²⁵

- 1) Perdamaian antara suami istri dalam sengketa rumah tangga.
- 2) Perdamaian antara umat Islam dengan *ahl al-harb* (orang-orang kafir yang memerangi umat Islam). Yaitu dengan akad perdamaian dan rasa aman.
- 3) Perdamaian antara pihak yang berkuasa (pemerintah) dengan pemberontak dalam suatu negara, biasanya berakhir dengan adanya konsesi hak dan kewajiban antara kedua pihak.

²²³Sayyid Sabiq, *Fiqh al-Sunnah*, Juz III (Beirut: Dar Al Fikr, tt, h. 211

²²⁴ Imam Abi 'Abdillah Muhammad Bin Idris al-Shafi'i, *al-Umm*, Jilid 11 (Kuala Lumpur: Victory Agency), tt

²²⁵ Wahbah Zuhayli, *Fiqh al-Islami Wa Adillatuh*, Jilid 6, 4332

- 4) Perdamaian antara dua orang atau kelompok yang bersengketa dalam persoalan bukan harta, yaitu dalam tindak pidana qisash (pembunuhan).
- 5) Perdamaian antara para pihak yang terlibat dalam persengketaan harta benda.

Dalam konteks ini yang menjadi fokus bahasan adalah perdamaian antara para pihak yang terlibat dalam persengketaan harta. Adapun pembagian *al-sulh* yang berkaitan dengan harta adalah:

- a) *Sulh al-iqrar* (Perdamaian yang disertai Pengakuan)

Yaitu apabila seorang tergugat mengakui dan membenarkan kesalahan atau gugatan dari penggugat. Perdamaian ini dibagi menjadi dua, pertama yaitu *al-sulh* yang terjadi sesuai jenis hak (disebut juga *al-sulh al hatitah*). Kedua, yaitu *al-sulh* yang terjadi pada selain jenisnya (disebut juga *al-sulh al mu'awadlah*).²²⁶

- b) *al-sulh al-inkar* (Perdamaian yang disertai Peningkaran atau penyangkalan pihak tergugat)

Yaitu bahwa seseorang menggugat orang lain tentang sesuatu materi, utang atau manfaat, dan tergugat menolak gugatan atau mengingkari apa yang digugat kepadanya, kemudian mereka berdamai. Menurut madzhab Maliki, Hanafi, dan Hanbali, perdamaian dalam kasus ini boleh dilakukan dengan syarat apa yang dituduhkan itu jelas kebenarannya, dan pihak tergugat diyakini bahwasanya dia tidak memiliki hak untuk itu. Hal ini berdasarkan atas firman Allah Swt dalam Surat An Nisa' ayat 128. Adapun Ulama mazhab Syafi'i, menyatakan bahwa dalam persengketaan yang gugatannya diingkari oleh tergugat tidak boleh dilakukan perdamaian, kecuali tuduhan penggugat itu benar, dan pihak tergugat mengakui kesalahannya serta bersedia mengembalikan hak penggugat guna mengakhiri persengketaan. Alasan mereka adalah jika kasus seperti itu boleh diselesaikan dengan perdamaian, maka setiap orang dapat mengklaim hak orang lain. Menurut mereka, hal seperti ini akan bermuara kepada menghalalkan yang haram atau mengharamkan yang halal.²²⁷

- c) *Sulh al-sukut* (Perdamaian yang disertai sikap diamnya tergugat)

Pihak tergugat hanya merespon gugatan tersebut dengan sikap diam, tidak mengakui, tidak menyangkal, dan tidak pula mengingkari gugatan tersebut.²²⁸ Perdamaian dalam kasus seperti ini diperbolehkan, kecuali ulama madzhab syafi'i berpendapat bahwa orang yang diam secara *de jure* hukumnya dianggap sama dengan orang yang ingkar, oleh karena itu, ia disikapi dengan sikap terhadap orang yang ingkar.²²⁹

Diantara hal-hal yang membatalkan kesepakatan *al-sulh* adalah:

- 1) *Al Iqalah*. Seandainya salah satu pihak yang mengadakan kesepakatan *al-sulh* selain hak *qisas* menyetujui keinginan yang lainnya untuk membatalkan akad *al-sulh*, maka kesepakatan *al-sulh* menjadi batal. Adapun kesepakatan *al-sulh* berupa *qisas*, maka kesepakatan tersebut

²²⁶Contohnya seseorang mengakui suatu hutang atau barang, kemudian melakukan shulh dengan mengambil ganti yang berbeda jenisnya, baik uang, barang, manfaat, atau jasa. (Lihat: Imam Al Nawawiy, *Raudatu al-Talibin Wa 'Umdat al-Muftin* Jilid 4, 193-196.

²²⁷Wahbah Zuhayli, *Fiqh Al-Islami Wa Adillatuh*, Jilid 6, 4334-4336

²²⁸Sayyid Sabiq, *Fiqh Al-Sunnah Juz III (Beirut: Dar Al Fikr, tt)*, h. 213

²²⁹Wahbah Zuhayli, *Fiqh Al-Islami Wa Adillatuh*, Jilid 6, 4335

murni mengandung arti *al-isqat* (pengguguran) terhadap hak pihak wali korban pembunuhan di dalam meminta pemenuhan qisas terhadap si pelaku pembunuhan.

- 2) Pihak yang melakukan kesepakatan *al-sulh* yang murtad bergabung ke negeri kafir *harbi* atau ia meninggal dalam keadaan murtad.
- 3) Dikembalikan karena cacat atau atas dasar *khiyar ru'yah*.
- 4) Salah satu pihak yang melakukan kesepakatan *al-sulh* meninggal dunia dengan *musalah 'alaihi* berupa kemanfaatan sebelum batas waktu pemanfaatan yang ada habis.²³⁰

F. Teori *al-Mashlahah*²³¹

Islam meletakkan nilai-nilai dasar dalam aspek-aspek ketuhanan dan kemanusiaan melalui syari'at, guna menemukan berbagai solusi dari beragam permasalahan yang berkembang di masyarakat, karena itu pula Islam mengakomodir berbagai kebutuhan manusia berdasarkan ketentuan syara', serta tidak memberikan kesulitan bagi ummatnya²³² dengan menciptakan kemaslahatan. Salah satu konsep penting dan fundamental yang menjadi pokok bahasan dalam filsafat hukum Islam adalah konsep *al-mashlahah*, yang menegaskan bahwa hukum Islam disyari'atkan untuk mewujudkan dan memelihara kemaslahatan umat manusia. Konsep ini telah diakui oleh para ulama, yaitu dengan memformulasikan kaidah (teori hukum) *إنما وجدة المصلحة فتم شرع الله* (Di mana ada maslahat, disana terdapat hukum Allah).²³³

Secara etimologis, *al-mashlahah* dapat berarti kebaikan, kemanfaatan, kepantasan, kelayakan, keselarasan, kegunaan, atau kepatutan, *benefit, interest*.²³⁴ Lawan kata *al-mashlahah* adalah *al-mafsadah* atau juga *al-madharrah* yang artinya kerusakan.²³⁵ Secara terminologi, beberapa ulama *ushul al-fiqh* telah memberi muatan makna terhadap *al-mashlahah* sebagai upaya mewujudkan kemanfaatan dan menghindari kemudharatan (*jalbu al-mashalih wa dar'u al-mafasid*).²³⁶ Bahwa *al-mashlahah* identik dengan *al-khair* (kebaikan), *al-naf'*

²³⁰*Ibid*, h. 4336

²³¹ Teori ini digunakan oleh Zulham dalam disertasinya. Lihat, Zulham, *Peran Negara dalam Perlindungan Konsumen Muslim Terhadap Produk Halal*, (Jakarta: Prenada Publishing, 2018)

²³²QS. Al-Hajj [22]: 78

²³³Muhammad Sa'id Ramdan al-Buti, *Dhawabit al-Mashlahah fi al-Syari'ah al-Islamiyah*, (Beirut: Mu'assasah al-Risalah, 1977), h. 12. Lihat juga Zakaria al-Barry, *Mashadir al-Ahkam al-Islamiyah*, (Mesir, Dar al-Ittihad al-Arabi, 1975), h. 129

²³⁴Mohammad Hashim Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, (Kuala Lumpur: Ilmiah Publisher Sdn., 1998), h. 267

²³⁵Kemanfaatan tersebut dapat bersifat duniawi maupun ukhrawi, yang pada dasarnya mengambil manfaat dan menghindari keburukan maupun kerusakan. Iyad bin Nami al-Silmi, *Ushulu al-Fiqhi Lizi la Yasa'u al-Faqihi Jahlahu*, (Riyad): Dar al-Tadmuriyyah, 1426 H), h. 204. 'Abd al-Karim bin 'Ali bin Muhammad al-Namlati, selanjutnya disebut Namlati, *Al-Muhazzab fi 'Ilmi Usuli al-Fiqhi al-Muqaran*, (Riyad: Maktabah Rusydi, 1999), h. 1003. Muhammad Sulaiman 'Abdullah Al-Asyqar, *Al-Wadhi fi Usuli al-Fiqh*, (Dar Al-Salam, 2004), h. 149

²³⁶Iyad bin Nami al-Silmi, *Ushulu al-Fiqhi Lizi la Yasa'u al-Faqihi Jahlahu*, *Op. Cit.*, h. 204. 'Abd al-Wahab al-Khallaf, *Ilmu Ushulu al-Fiqhi*, (Al-Azhar: Maktabah Da'wah al-

(kemanfaatan), dan *al-hjusun* (kebaikan). Al-Syathibi mengungkapkan, bahwa tujuan syari'at diturunkan adalah untuk menciptakan kemaslahatan bagi ummat manusia baik di dunia maupun di akhirat secara bersama-sama.²³⁷

Mewujudkan maslahat merupakan tujuan utama hukum Islam (syariah), karena tujuan *al-Syari'* meletakkan *al-mashlahah* untuk melahirkan kebaikan (kemanfaatan) dan terhindarnya keburukan (mafsadah), pada akhirnya tercipta kemakmuran dan kesejahteraan bagi manusia. Konsep *al-mashlahah* bertujuan dan juga inti dari upaya memelihara dan memperhatikan tujuan-tujuan hukum Islam (*Amaqashid al-syariah*).²³⁸

Dengan demikian, hukum Islam berdiri di atas fondasi *al-mashlahah*, bahwa setiap norma hukum Islam senantiasa berlandaskan ide *al-mashlahah*, sehingga muncul beberapa metode pengambilan hukum (*istinbath al-hukm*) yang bersumber dari dan bermuara kepada *al-mashlahah*.²³⁹ Abu Zahra juga mengungkapkan, bahwa tujuan hakiki hukum Islam adalah *al-mashlahah*, tidak satupun hukum yang disyari'atkan dalam Al-Qur'an dan Sunnah melainkan untuk kemaslahatan.²⁴⁰

Al-Syathibi dipandang sebagai peletak dasar *Al-maqashid al-syariah*²⁴¹ secara sistematis.²⁴² Al-Syathibi secara tegas mengatakan, bahwa tujuan utama hukum Islam adalah untuk terwujudnya *al-mashlahah* dalam kehidupan manusia. *Al-Syathibi* membagi urutan dan skala prioritas *al-mashlahah* menjadi tiga peringkat, disebut dengan "tujuan Allah dalam menetapkan syari'at" (*qasdu al-Syari' fi wad'i al-syari'ah*), yaitu: *al-Dharuriyat* (*primer*), *al-Hajiat* (*skunder*), dan *al-Tahsiniyat* (*tersier*).²⁴³ *Al-Syathibi* berpendapat bahwa yang dimaksud *al-*

Islamiyah, 2002), h. 84. Lihat juga Imran Ahsan Khan Nyazee, *Theories of Islamic Law, The Methodology of Ijtihad*, (Kuala Lumpur: The Other Press, 2002), h. 212

²³⁷ Abu Ishaq Ibrahim al-Syathibi, *Al-Muwafaqat fi Ushul al-Syari'ah*, Juz II, (Bairu>t: Da>r Kutub al-'Ilmiyah, tt.), h. 5-8

²³⁸ Asafri Jaya Bakri, *Konsep Maqashid Syari'ah Menurut Syathibi*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1996), h. 168.

²³⁹ Asmawi, *Teori Maslahat dan Relevansinya dengan Perundang-undangan Pidana Khusus di Indonesia*, (Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Kementerian Agama RI, 2010), h. 41

²⁴⁰ Muhammad Abu Zahra, *Ushul al-Fiqh*, (Mesir: Dar al-Fikri al-'Arabi, 1958), h. 366

²⁴¹ Sebagaimana Auda menyebutkan, "The term "maqsid" (plural: maqashid) refers to a purpose, objective, principle, intent, goal, end. Maqasid of Islamic law are the objectives/purposes behind Islamic rulings." Lihat Jasser Auda, *Maqasid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law*, (London: The International Institute of Islamic Thought, 2008), h. 2-4

²⁴² Ghufron A. Mas'adi, *Pemikiran Fazlur Rahman tentang Metode Pembaharuan Hukum Islam*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 1998), h. 157-158. Kehadiran *al-Syathibi* dengan konsep *Amaqashid al-syariah*, memperbaharui ilmu *ushul al-fiqh*, tidak lagi hanya terpaku pada literalisme teks. *Al-Syathibi* tidak bermaksud untuk menghapus paradigma literal yang sudah mendogma tersebut, tetapi sekedar ingin melengkapinya agar ilmu ini dapat lebih sempurna dalam memahami perintah syari'at. Lihat Muhyar Fanani, *Fiqh Madani, Kontruksi Hukum Islam di Dunia Modern*, (Yogyakarta: LkiS, 2009), h. 225

²⁴³ Mohammad Hashim Kamali, *Shari'ah Law an Introduction*, (Oxford: Oneworld Publications, 2008), h. 134. Mohammad Hashim Kamali menyebutnya dengan istilah "the essential" untuk *al-Dharuriyat*, "the complementary" untuk *al-Hajiat*, dan "the desirable atau the embellishments" untuk *al-Tahsiniyat*. Lihat Mohammad Hashim Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence, Op. Cit.*, h. 397.

mashlahah yaitu memelihara lima hal pokok (*al-Dharuriyat al-khamsah*), yaitu: agama, jiwa, akal, keturunan dan harta.²⁴⁴

Kategori *al-Dharuriyat* ialah sesuatu yang tidak boleh tidak ada (harus ada) demi tegaknya kebaikan dan kesejahteraan, baik menyangkut urusan ukhrawi maupun urusan duniawi. Jika aspek ini tidak ada, maka tidak dapat terwujud kehidupan duniawi yang tertib dan sejahtera, bahkan yang terwujud ialah kehidupan duniawi yang *chaos* dan kehidupan ukhrawi yang celaka dan menderita.

Kategori *al-Hajiat* ialah sesuatu yang dibutuhkan dari sisi kemampuannya mendatangkan kelapangan dan menghilangkan kesempitan, kesukaran dan kesulitan, namun pengabaian atas aspek ini, tidak sampai hingga menimbulkan kerusakan yang dapat terjadi pada aspek *al-Dharuriyat*. Kategori *al-Hajiat* sesungguhnya penyempurna terhadap aspek *al-Dharuriyat*, yang menciptakan keseimbangan dan kewajaran, sehingga tidak menimbulkan ekstrimitas.

Kategori *al-Tahsiniyat* berkenaan dengan memperhatikan kebiasaan-kebiasaan yang baik, dengan menghindari kebiasaan-kebiasaan yang buruk, berdasarkan pertimbangan akal sehat. Hal ini sering disebut dengan *makarim al-akhlaq*. Keberadaan *al-Tahsiniyat* bermuara pada kebaikan-kebaikan yang melengkapi aspek *al-mashlahah al-Dharuriyat* dan *al-mashlahah al-Hajiat*. Ketiadaan *al-Tahsiniyat* tidak merusak urusan *al-Dharuriyat* dan *al-Hajiat*, karena hanya berkisar pada upaya mewujudkan keindahan, kenyamanan dan kesopanan dalam tata hubungan manusia baik di bidang ibadah maupun di bidang muamalat.²⁴⁵

Para ulama *ushul al-fiqh* membagi *al-mashlahah* menjadi tiga katagori, yaitu:²⁴⁶

²⁴⁴Al-Syathibi mengemukakan cara untuk menjaga *al-dharuriyat al-khamsah* melalui dua cara, yaitu: *Pertama*, dari segi mengadakannya (*min nihayati al-wujud; affirmation*), yaitu dengan cara menjaga dan memelihara hal-hal yang dapat mewujudkan keberadaannya. *Kedua*, dari segi peniadanya (*min nihayati al-'adam; negation*), yaitu dengan cara mencegah hal-hal yang menyebabkan ketiadaannya. Abu Ishaq Ibrahim al-Syathibi, *Al-Muwafaqat fi Usul al-Syari'ah*, Op. Cit., Juz II, h. 16-25

²⁴⁵Lihat skema *suplementatif the purposes of Islamic law*, dalam Imran Ahsan Khan Nyazee, *Theories of Islamic Law, The Methodology of Ijtihad*, Op. Cit., h. 215. Lebih jauh *al-Syathibi* menegaskan bahwa relasi ketiga *al-maslahah* ini merupakan relasi yang suplementatif, di mana *al-Tahsiniyat* (*tersier*) melengkapi *al-Hajiat* (*skunder*), dan *al-Hajiat* (*skunder*) melengkapi *al-Dharuriyat* (*primer*). Abu Ishaq Ibrahim al-Syathibi, *Al-Muwafaqat fi Usul al-Syari'ah*, Op. Cit., Juz II, h. 7-14. Ide *Amaqashid al-syariah* ini jugalah yang menjadi simpul penerapan hukum Islam diberbagai negara, walaupun dengan sistem hukum nasional yang berbeda. Rifyal Ka'bah, *Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Universitas Yarsi, 1999), h. 66

²⁴⁶Wahbah al-Zuhaili, *Ushul al-Fiqhi al-Islami*, (Bairut: Dar al-Fikri, 1986), h. 752-754. Iyad bin Nami Al-Silmi, *Ushulu al-Fiqhi Lizi la Yasa'u al-Faqihi Jahlahu*, Op. Cit., h. 205-206. 'Imad 'Ali Jum'ah, *Ushul al-Fiqh al-Muyassar*, (Bahrain: Maktabah al-Faruq, 1429), h. 93. Namlati, *Al-Jami'u al-Masa'ilu Ushulu al-Fiqhi wa Tathbiqih* 'ala al-Mazhabi al-Rajih, (Riyad): Maktabah Rusydi, 1420), h. 386. Ahmad Sa'id Hawa, *Al-Madkhal ila Mazhab al-Imam Abi Hanifah al-Nu'man*, (Jeddah: Dar al-Andalus, 2002), h. 220-223. Namlati, *Al-Muhazzab fi 'Ilmi Ushuli al-Fiqhi al-Muqaran*, Op. Cit., h. 1003-1004. Muhammad Sulaiman 'Abdullah Al-Asyqar, *Al-Wadiah fi Ushuli al-Fiqh*, Op. Cit., h. 149-150. Wahbah al-Zuhaili, *Ushulu al-Fiqhi al-Islami*, Op. Cit., h. 84-85

1. *Al-mashlahah al-mu'tabarah*; adalah *al-mashlahah* yang perintahnya diungkap secara langsung, baik dalam *Al-Qur'an* maupun *Hadis*, seperti perintah untuk memakan makanan yang *halalan* dan *tayyiban*.
2. *Al-mashlahah al-mulghah*; adalah *al-mashlahah* yang larangannya diungkap secara langsung, baik dalam *Al-Qur'an* maupun *Hadis*, seperti larangan memakan makanan yang diharamkan.
3. *Al-mashlahah al-mursalah*; sering juga disebut dengan *istishlah*, yakni *al-mashlahah* yang tidak ditetapkan dalam kedua sumber hukum Islam tersebut, dan juga tidak bertentangan dengan keduanya, seperti sertifikasi atau labelisasi produk makanan.

Terkait dengan *al-mashlahah al-mursalah*, juga sering disebut dengan *istishlah*,²⁴⁷ secara eksplisit memang tidak terdapat dalam *Al-Qur'an* maupun *Sunnah*, karena belum pernah terjadi sebelumnya. Teori ini dikembangkan oleh Imam Maliki, kemudian memberikan syarat dalam penggunaan teori ini, yaitu: (1) harus bersifat *reasonable* (*ma'qul*) dan relevan (*munasib*), (2) harus sejalan dengan syari'at dan tidak boleh bertentangan dengan salah satu sumbernya, (3) kepentingan harus bersifat mendesak dan esensial (*dharuriyat*), dan (4) penggunaannya untuk kepentingan umum.²⁴⁸

Bagi Namlati, pelaksanaan *al-mashlahah* memiliki tiga syarat, yaitu: (1) bahwa *al-mashlahah* harus menjamin kemaslahatan yang hakiki, (2) *al-mashlahah* harus bersifat umum tidak bersifat khusus, dan (3) *al-mashlahah* tidak bertentangan dengan syari'at.²⁴⁹ Tokoh yang berbeda, al-Buti menetapkan kriteria *al-mashlahah* mencakup lima hal, yaitu: (1) masih berada dalam koridor

²⁴⁷Sebagaimana Kamali menyebutkan, "The Shari'ah thus recognizes independent reasoning (*ijtiha>d*) and its sub-categories, such as considerations of public interest (*istisjla>h*), juristic preference (*istih}sa>n*), analogical reasoning (*qiya>s*) and so forth for the very purpose of adapting the law abreast of the changing needs of society." Mohammad Hashim Kamali, *Shari'ah Law an Introduction*, Op. Cit., 49

²⁴⁸Mustafa Ahmad al-Zarqa, *Hukum Islam dan Perubahan Sosial*, Terjemahan Ade Dedi Rohayana, (Jakarta: Riora Cipta, 2000), h. 37-39. Hashim Kamali menyebutkan, "The following condition must be fulfilled in order to validate reliance on *mashlahah mursalah*. These conditions are designed so as to ensure that *mashlahah* does not become an instrument of arbitrary desire or individual bias in legislation; (1) The *maslahah* must be genuine (*haqiqiyah*), as opposed to a specious *maslahah* (*mashlahah wahmiyah*), which is not a proper ground for legislation. (2) The second condition is that the *mashlahah* must be general (*kulliyah*) in that it secures benefit, or prevents harm, to the people as a whole and not to a particular person or group of person. (3) The *mashlahah* must not be in conflict with a principle or value which is upheld by the *nash* or *ijma'*." Lihat Mohammad Hashim Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, Op. Cit., h. 273-275. Lihat juga Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories, an Introduction to Sunni Uhl al-Fiqh*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), h. 112

²⁴⁹Namlati, *Al-Jami'u al-Masa'ilu Ushulu al-Fiqhi wa Tathbiqiha 'ala al-Mazhabi al-Rajih*, Op. Cit., h. 386. Lihat juga pernyataan Kamali, "In order to ensure objectivity in the determination of the benefits, reference is to be made to considerations of public interest whose validity is independent of relative convenience and utility to particular individuals. This is so, as al-Shatibi explains, because the Shari'ah is eternal and timeless in its validity and application. Hence the interest which it seeks to uphold must also be objective and universal, not relative and subjective. Relativity in this connection implies equating *mashlahah* with personal predilections (*ahwah al-nufus*), personal benefits (*manafi'*), prejudice and passionate desires all of which render the *mashlahah* relative and subjective." Mohammad Hashim Kamali, *Shari'ah Law an Introduction*, Op. Cit., h. 34-35

al-syar'ī, (2) tidak bertentangan dengan *Al-Qur'an*, (3) tidak bertentangan dengan Sunnah, (4) tidak bertentangan dengan *qiyas*, dan (5) tidak mengorbankan *al-mashlahah* yang lebih penting.²⁵⁰

Dalam rangka pengembangan hukum Islam, harus dipahami tiga model kategorisasi *al-mashlahah*, yaitu: (1) kategorisasi *al-mashlahah* yang meliputi *al-mashlahah al-mu'tabarah*, *al-mashlahah al-mulghah*, dan *al-mashlahah al-mursalah*. (2) kategorisasi *al-mashlahah* yang mencakup *al-mashlahah al-dharariyat*, *al-mashlahah al-Hajiat*, dan *al-mashlahah al-Taahiniyat*. (3) kategorisasi *al-mashlahah* yang terdiri atas *al-mashlahah al-din*, *al-mashlahah al-nafs*, *al-mashlahah al-'aql*, *al-mashlahah al-nasl*, dan *al-mashlahah al-mal*.²⁵¹

Tata hukum Indonesia yang berkaitan dengan pengaturan produk halal dan perlindungan konsumen Muslim, menjadi menarik untuk dikaji jika dihubungkan dengan teori *al-mashlahah*, sebagai salah satu kerangka acuan legislasi hukum Islam. Ajaran Islam memerintahkan ummatnya untuk mengkonsumsi makanan yang *halalan* dan *thayyiban*, sebagaimana yang termaktub dalam *Al-Qur'an* dan Sunnah (*al-mashlahah al-mu'tabarah*), dan melarang untuk mengkonsumsi makanan yang diharamkan, sebagaimana termaktub dalam *Al-Qur'an* dan Sunnah (*al-mashlahah al-mulghah*). Memang sertifikasi dan labelisasi halal tidak terdapat baik di dalam *Al-Qur'an* maupun Sunnah, namun dapat dijadikan sebagai *al-mashlahah al-mursalah*, karena mengandung kemaslahatan (*al-mashlahah*), agar konsumen dapat langsung membuktikan kehalalan produk secara *visible*.

Adam Smith menyebutkan kedekatan hubungan antara produksi dan konsumsi sebagai berikut:

*“Consumption is the sole end and purpose of all production; The maxim is so perfectly self-evident, but in the mercantile system, the interest of the consumer is almost constantly sacrificed to that of the producer; and it seems to consider production, and not consumption, as the ultimate end and object of all industry and commerce.”*²⁵²

Perkembangan zaman dan teknologi telah menciptakan *mass production and mass consumption*,²⁵³ di mana hubungan antara konsumen dan produsen menjadi rumit. Kesulitan tersebut dapat dilihat dari ketidakmampuan konsumen untuk memvalidasi dan menguji serta membuktikan kehalalan produk yang beredar di pasar, walaupun setelah dikonsumsi. Hal ini terjadi karena secara teknis konsumen tidak memiliki alat, sarana, dan prasarana sendiri untuk memvalidasi kehalalan produk tersebut. Jelas bahwa ajaran Islam menegaskan perbedaan antara yang halal dan yang haram, serta tidak mencampuradukkan antara keduanya karena itu adalah *syubhat*, dan barang siapa yang melakukan perbuatan *syubhat*

²⁵⁰Muhammad Sa'id Ramdhan al-Buti, *Dhawabit al-Mashlahah fi al-Syari'ah al-Islamiyah*, *Op. Cit.*, h. 110-118.

²⁵¹Asmawi, *Teori Maslahat dan Relevansinya dengan Perundang-undangan Pidana Khusus di Indonesia*, *Op. Cit.*, h. 59

²⁵²Adam Smith, *An Inquiry the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Vol II, (Chicago: The University of Chicago Press, 1976), h. 179

²⁵³Inosentius Samsul, *Perlindungan Konsumen, Kemungkinan Penerapan Tanggung Jawab Mutlak*, *Op. Cit.*, h. 30

Peran negara dalam kehidupan ekonomi adalah satu kesatuan dengan peran negara dalam kesejahteraan.²⁶² Ibn Taimiyah sangat menghormati keadilan, sebagai sesuatu yang fundamental dan krusial dalam kehidupan bernegara. Tanpa prinsip keadilan, manusia tidak dapat mencapai kehidupan yang layak di dunia dan akhirat.²⁶³ Berdasarkan prinsip tersebut, maka harus dibentuk pemerintahan yang adil (*al-siyasyah al-'adillah*) yang lebih mengutamakan persoalan publik (*al-wilayah al-shalihah*),²⁶⁴ dan tentu saja persoalan produk halal menjadi persoalan publik.

Baqir Shadr berpandangan, bahwa seluruh kekuasaan dan wewenang yang komprehensif dan umum yang diberikan kepada negara untuk mengintervensi kehidupan ekonomi masyarakat, dipandang sebagai salah satu prinsip fundamental yang penting dalam sistem ekonomi Islam. Intervensi negara tidak terbatas pada sekedar mengadaptasi aturan hukum Islam yang permanen saja, namun juga untuk mengisi kekosongan yang ada dalam hukum Islam. Pada satu sisi, negara mendesak masyarakat agar dapat mengadaptasi elemen-elemen statis dalam hukum Islam. Sementara di sisi lain, negara merancang elemen-elemen dinamis guna mengisi kekosongan yang ada dalam hukum Islam, sesuai dengan kondisi yang ada.²⁶⁵

Regulasi dalam pengertian tradisional, merujuk pada peraturan negara (*state regulation*), yang didasarkan pada peran negara sebagai lembaga legitimate untuk menentukan regulasi dan penegakannya.²⁶⁶ Peraturan sebagai bentuk pengaruh negara, ditetapkan untuk kepentingan umum dan berlaku universal serta mengikat bagi semua individu, karena itu pula fungsi regulasi dimonopoli negara.²⁶⁷ Individu maupun *private organization* dapat berpartisipasi dalam proses

²⁶²Kegiatan ekonomi adalah bagian yang tidak terpisahkan dalam kehidupan. Bahkan, ekonomi dapat disebut sebagai nafasnya kehidupan, tanpanya maka kehidupan tidak akan berjalan, karena persoalan ekonomi sangat akrab dengan dan kesejahteraan. QS. Quraisy [106]: 4

²⁶³Ibn Taimiyah, *Al-Hisbah fi al-Islam*, (Kairo: Dar al-Sab, 1976), h. 95. Ibn Taimiyah, *Al-Siyasyah al-Syar'iyah fi Islah al-Ra'i wa Ra'iyah*, *Op. Cit.*, h. 178

²⁶⁴*Ibid*, h. 16. Plato menyebutkan, negara yang didirikan harus memiliki empat *cardinal virtues*, yaitu: kebijaksanaan, keberanian, disiplin, dan keadilan. Kebijakan terkait dengan pengetahuan terhadap peraturan; Keberanian berkaitan dengan organisasi dan kelembagaan negara (*auxiliaries*); Disiplin berkaitan erat dengan keharmonisan, keselarasan, dan keseimbangan antar golongan masyarakat serta kesepakatan bersama tentang siapa yang harus memerintah, dan; Keadilan adalah prinsip yang telah dimiliki seluruh manusia yang secara kodrati, dan tidak mengganggu orang lain. Plato, *The Republic*, Terjemahan Desmond Lee, (London: Penguin Classics Group, 1987), h. 196

²⁶⁵Muhammad Baqir al-Shadr, *Buku Induk ekonomi Islam, Iqtishaduna*, Terjemahan Yudi, (Jakarta: Zahra Publishing, 2008), h. 458

²⁶⁶Lihat misalnya pendapat Senn yang menyatakan, "*The framework of state regulation revolves around the debate on whether and how to regulate as well as possibilities to negotiate the forms of regulation among the groups of interest concerned.*" Myriam Senn, *Non-State Regulatory Regimes, Understanding Institutional Transformation*, (Berlin: Springer, 2011), h. 2

²⁶⁷Peran negara dalam memonopoli fungsi regulasi tersebut, berkaitan dengan negara sebagai organisasi politik masyarakat, yang bertujuan untuk menciptakan keteraturan, ketertiban, dan tatanan masyarakat (*order*). Untuk menciptakan *order* tersebut, negara membutuhkan kekuasaan (*force and power*), dimana kekuasaan tersebut dimonopoli oleh negara dan inilah yang disebut dengan *the state as power*, salah satunya adalah kekuasaan fungsi regulasi. Sebagaimana Hans kelsen menyebutkan, "*The identity of State and legal order is apparent from the fact that*

legislasi dalam bidang ekonomi, karena regulasi tentang ekonomi, meletakkan prinsip-prinsip ekonomi yang bertanggung jawab, serta memberikan kontribusi bagi kesejahteraan dan keamanan ekonomi penduduk.²⁶⁸

Peran negara dalam mengintervensi pasar melalui regulasi, dipandang penting untuk mengoreksi pasar atau untuk menyelamatkan pasar dari kegagalan (*market failure*). Myriam Senn menjelaskan, ketidakmampuan memprediksi sektor pasar sudah dipandang cukup untuk membenarkan intervensi regulasi, dengan asumsi bahwa intervensi regulasi tersebut melalui negara, dan berfungsi untuk perbaikan (*corrective*) pasar. Peraturan juga memainkan peran penting dan sebagai isu sentral pada aktivitas ekonomi, diantaranya; siapa yang diizinkan untuk memproduksi apa, di mana, bagaimana, kuantitas, kualitas, distribusi dan konsumsi. Pada gilirannya muncul beberapa pertanyaan, diantaranya; Haruskah seluruh proses produksi diserahkan kepada ekonomi swasta? Haruskah negara harus mengambil langkah-langkah tata kelola (*governance*) untuk menentukan dan menetapkan prosesnya?²⁶⁹

Teori kepentingan (kemanfaatan) publik (*public interests theory*) menjadi salah satu alasan intervensi negara dalam pembuatan regulasi, dalam arti bahwa *public interests* bukan lahir karena permintaan atau kepentingan khusus (*special interests*), tetapi lahir karena sentimen publik (*public sentiment*) dan didukung oleh *public interest organizations*. Dengan alasan adanya dukungan *public interest* tersebut, lembaga terkait diminta untuk membuat regulasi yang dimaksud. Sebagaimana *Black's Law Dictionary* mendefinisikan *public interests* adalah “*The general welfare of the public that warrants recognition and protection. Something in which the public as a whole has a stake; esp., an interest that justifies governmental regulation.*”²⁷⁰

Peran dari *public interest* dapat dilihat, misalnya, dari regulasi *Food and Drug Administration* (FDA) tentang produk tembakau. Pada awalnya, regulasi ini dipicu oleh petisi kelompok kepentingan publik (*public interest groups*) yang

even sociologists characterize the state as a “politically” organized society. Since society -as a unit- is constituted by organization, it is more correct to define the State as “political organization”. An organization is an order. But in what does the “political” character of this order lie? In the fact that is coercive order. The State is a political organization because it is an order regulating the use of force, because it monopolizes the use of force. This, however, as we have seen, is one of the essential characters of law. The State is a politically organized society because it is a community constituted by a coercive order, and this coercive order is the law.”
Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, (New York: Russel & Russel, 1961), 189-190

²⁶⁸Selain *state regulation*, Myriam Senn menjelaskan terdapat ruang untuk *private regulation* yang beroperasi secara independen, berdasarkan inisiatif *self-regulatory organizations* atau bekerja sama dengan negara dan memenuhi sejumlah tugas yang didelegasikan negara. *Self-regulation* dan *state regulation* merupakan dua perintah normatif yang berbeda. *State regulation* dilegitimasi oleh negara, karakteristik yang terkandung di dalamnya adalah otoritas negara berkaitan dengan aturan yang ditetapkan dan diadopsi, agar negara berlaku untuk semua warga negara, sedangkan *self-regulation* adalah *private regulation* yang ditetapkan dan diadopsi secara sukarela oleh para anggota, asosiasi atau *self-regulatory organizations* (SRO). Lihat dalam Myriam Senn, *Non-State Regulatory Regimes, Understanding Institutional Transformation*, *Op. Cit.*, h. 96-97

²⁶⁹*Ibid.*, h. 7

²⁷⁰Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, *Op. Cit.*, h. 1266

secara resmi meminta FDA untuk mempertimbangkan pembuatan peraturan tentang tembakau. Pada kasus tersebut, *Coalition on Smoking or Health* mengajukan permohonan kepada FDA untuk membuat regulasi tentang produk tembakau, agar konsumen tidak tertipu. Demikian juga dalam kasus *Environmental Protection Agency (EPA)*, yang digugat *public interest groups (American Lung Association)*, karena telah gagal memenuhi kewajibannya memperbaharui *National Ambient Air Quality Standards* menurut *Clean Air Act* tepat waktu, maka EPA diusulkan untuk membuat regulasi dengan batasan waktu yang ditetapkan.²⁷¹

Croley menjelaskan, bahwa dalam perspektif *public interest*, proses pengambilan keputusan untuk membuat regulasi sepenuhnya didasarkan pada kebijaksanaan untuk kemanfaatan (*utility*) dan kesejahteraan (*welfare*) masyarakat, serta bukan sebagai upaya untuk mengatur secara diam-diam (*to regulate in the dark*) guna menghindari keterbukaan.²⁷² Tujuan regulasi dalam *public interests theory* bukan untuk kepentingan yang sempit (*narrow interest*), atau kepentingan-kepentingan sosial yang dikemas untuk menguntungkan kelompok tertentu, yaitu regulasi yang mendukung konstituen yang lebih sempit.²⁷³ Tetapi untuk kepentingan masyarakat yang lebih luas, sebagaimana dalam kasus *Environmental Protection Agency (EPA)* dan *Food and Drug Administration (FDA)*.²⁷⁴

²⁷¹Sebagaimana Steven P. Croley menjelaskan tentang *public interests regulation* sebagai berikut, “Thus the studied agencies’ initiatives resulted not from special interest groups prompting the agencies to deliver favorable regulation to them, but rather in large part from the mobilization of broad-based interests. This fact not only contravenes the public choice theory’s predictions about the origins of regulatory initiatives, but also illustrates the weakness of the theory’s “interest group motivation claim”, according to which interests mobilize only to advance the economic interests of their members. The difficulty for the theory is that those groups that supported, or in a few of the cases advocated for, the agencies’ initiatives were not motivated to advance the economic interests of their members. To be sure, in each case public interest groups, public health advocates, environmental lawyers, and academicians met the opposition of interest groups seeking to advance their economic interests. Such groups were present too. But the point remains that agency initiatives triggered in part by broad-based organizations are at odds with the public choice theory’s model of interest group behavior”. Lihat Steven P. Croley, *Regulation and Public Interests, the Possibility of Good Regulatory Government*, (New Jersey: Princeton University Press, 2008), h. 241-243

²⁷²*Ibid*, h. 243

²⁷³*Ibid*, h. 159

²⁷⁴Pada kasus EPA misalnya, penerima manfaat peraturan tersebut adalah masyarakat luas, khususnya warga di negara-negara arah angin, pekerja di luar rumah, orang tua, anak-anak, dan penderita asma. Kepentingan tersebut diwakili oleh kelompok seperti *American Lung Association*, atlet dan selebriti, walaupun tidak terorganisir sepenuhnya. Demikian juga pada kasus FDA, penerima manfaat peraturan tersebut meliputi anak-anak, dan perokok potensial pada masa depan. Kepentingan tersebut diwakili oleh asosiasi medis yang juga tidak terorganisir dengan baik. Memang, kasus EPA dan FDA sangat penting dalam hal ini, mengingat bahwa manfaat utama regulasi tersebut ialah anak-anak dan generasi masa depan, namun mereka bukanlah pemilih (*voters*) pada pemilihan umum, bahkan apalagi pemilih terorganisir, yang bisa memberikan *reward* bagi legislator –atas peraturan yang menguntungkan– sebagaimana dimaksud dalam *public choice theory*. Pada kasus EPA dan FDA, *public interest groups* diantaranya ahli kesehatan, organisasi kesehatan masyarakat, peneliti akademis, dan beberapa pejabat negara mendukung EPA dan FDA. Pada sisi lain, kelompok industri sebagai kelompok penentang bersedia menanggung sebagian

Sebagaimana Myriam Senn, Anthony I. Ogus menjelaskan bahwa dasar pembenaran ekonomi dari regulasi, yaitu adanya kegagalan pasar (*market failure*). Dalam hal ini, kegagalan pasar merupakan bukti kuat (*prima facie*) untuk melakukan intervensi dengan regulasi demi kepentingan umum (*public interest*).²⁷⁵ Baldwi Robert dan Cave Martin,²⁷⁶ menjelaskan beberapa alasan intervensi negara untuk meregulasi aktivitas ekonomi, di antaranya; *externalities*,²⁷⁷ *information asymmetries*,²⁷⁸ *monopolistic situations*,²⁷⁹ dan *public service*.²⁸⁰ Demikian juga Anthony I. Ogus, menjelaskan bahwa beberapa alasan

besar biaya keberatan, seperti *National Association of Manufacturers, American Petroleum Institute* dan kelompok industri lainnya dimobilisasi untuk menentang mereka, yaitu menentang peraturan perlindungan lapisan dan partikuler ozon. Demikian juga dengan produsen rokok dan produsen pengiklanan, dimobilisasi melawan peraturan tembakau. *Ibid*, h. 249-250

²⁷⁵Anthony I. Ogus, *Regulation Legal Form and Economic Theory*, (Oregon: Hart Publishing, 2004), h. 30

²⁷⁶Baldwi Robert dan Cave Martin *Understanding Regulation, Theory, Strategy, and Practice*. Lihat dalam Myriam Senn, *Non-State Regulatory Regimes, Understanding Institutional Transformation, Op. Cit.*, h. 7-10

²⁷⁷Sebagaimana Lund menjelaskan, bahwa salah satu peran *welfare state* adalah untuk mengontrol faktor *externalities*. Brian Lund, *Understanding State Welfare: Social Justice or Social Exclusion*, (London: Sage Publications, 2002), h. 11. Eksternalitas (*Externalities*); atau dampak situasi tertentu, misalnya produksi barang yang berkaitan dengan polusi lingkungan. Seperti harga produk yang mengandung biaya kerusakan, yang disebabkan penggunaan bahan berpolusi. Jika produsen tidak mengambil tindakan dan inisiatif sendiri, maka negara memiliki alasan untuk menghilangkan polusi tersebut (faktor eksternal), dengan memberlakukan aturan yang melarang pencemaran tersebut dan memaksa produsen untuk menginternalisasikan faktor eksternalitas melalui regulasi. Myriam Senn, *Non-State Regulatory Regimes, Understanding Institutional Transformation, Op. Cit.*, h. 8.

²⁷⁸Kesenjangan Informasi (*Information Asymmetries*); tidak terbatas hanya pada sektor ekonomi tertentu saja, tetapi dapat menjadi alasan yang membenarkan tindakan intervensi regulasi di berbagai sektor. Salah satu alasan yang membenarkan regulasi asimetri informasi, yaitu informasi yang memungkinkan konsumen untuk mengevaluasi produk sebelum mereka membelinya, konsumen harus dalam posisi untuk objektif mengevaluasi alternatif produk. Memang penyediaan dan pemberian informasi produk akan meningkatkan biaya, produsen harus menginvestasikan uang untuk labelisasi kualitas produk secara serentak dan terus-menerus. Informasi yang minim tidak cukup untuk menilai kualitas produk, sedangkan secara khusus persepsi subyektif konsumen mempengaruhi pilihan terhadap produk. Regulasi ini dibutuhkan untuk melindungi konsumen, dan mengharuskan informasi yang rinci dan akurat agar informasi kualitas produk dapat diakses oleh konsumen. *Ibid*, h. 8-9

²⁷⁹Situasi Praktik Monopoli (*Monopolistic Situations*); Praktik monopoli maupun ditandai dengan tiga fakta berikut: (1) Hanya ada satu produsen dan penjual untuk seluruh produk industri. (b) Konsumen tidak memiliki alternatif apapun. (c) Menghambat atau membatasi orang lain atau pelaku usaha lain masuk ke pasar. Pada situasi ini, tidak ada persaingan dan perusahaan yang mendominasi pasar dapat menyalahgunakan kekuasaan, karena melalui pembatasan produksi, produsen dapat menaikkan harga, akibatnya konsumen dirugikan atas biaya tersebut. Pada posisi itu, negara memiliki alasan untuk mengintervensi pasar melalui regulasi anti monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, untuk menjamin bahwa pasar berjalan secara kompetitif. *Ibid*, h. 9

²⁸⁰Pelayanan Publik (*Public Service*); menjadi alasan keempat yang membenarkan regulasi demi kepentingan umum, serta untuk menjamin dan melindungi tingkat minimal pelayanan sosial pada sektor tertentu. Seperti penyediaan jasa transportasi umum, air, dan listrik baik di perdesaan maupun di perkotaan. Permintaan atas fasilitas jasa pelayanan publik tersebut bersifat siklus dan terus-menerus, dan bahkan sangat tinggi pada musim tertentu, seperti musim kemarau, musim hujan, musim liburan atau musim masuknya wisatawan. Tujuan dari regulasi dalam hal ini adalah untuk memastikan bahwa pelayanan publik berkelanjutan setiap saat, serta

intervensi negara untuk mengoreksi kegagalan pasar (*market failure*) melalui regulasi demi kepentingan publik (*public interest*) adalah; (1) *monopolies and natural monopolies*, (2) *public goods*, (3) *other externalities*, (4) *information deficits (information asymmetries) and bounded rationality*, (5) *coordination problems*, dan (6) *exceptional market conditions and macro-economic considerations*.²⁸¹

Penjelasan tersebut di atas, dapat diketahui bahwa *public interest theory* merupakan kemaslahatan, kepentingan dan kemanfaatan (*welfare, interest, dan utility*) publik yang harus mendapatkan pengakuan dan perlindungan dari negara. Pengakuan dan perlindungan atas *welfare, interest, dan utility* menjustifikasi intervensi negara melalui regulasi. Berkaitan dengan penelitian ini adalah kemaslahatan, kepentingan dan kemanfaatan mengkonsumsi produk halal bagi konsumen Muslim yang harus mendapat pengakuan dan perlindungan dari negara dalam bentuk regulasi. Berdasarkan pandangan Anthony I. Ogus dan Myriam Senn di atas, regulasi dalam bidang ekonomi tersebut (perlindungan konsumen Muslim untuk mendapatkan produk halal) berfungsi untuk mengoreksi kegagalan pasar (*market failure*) demi kepentingan dan kemaslahatan umum (*public interest*).

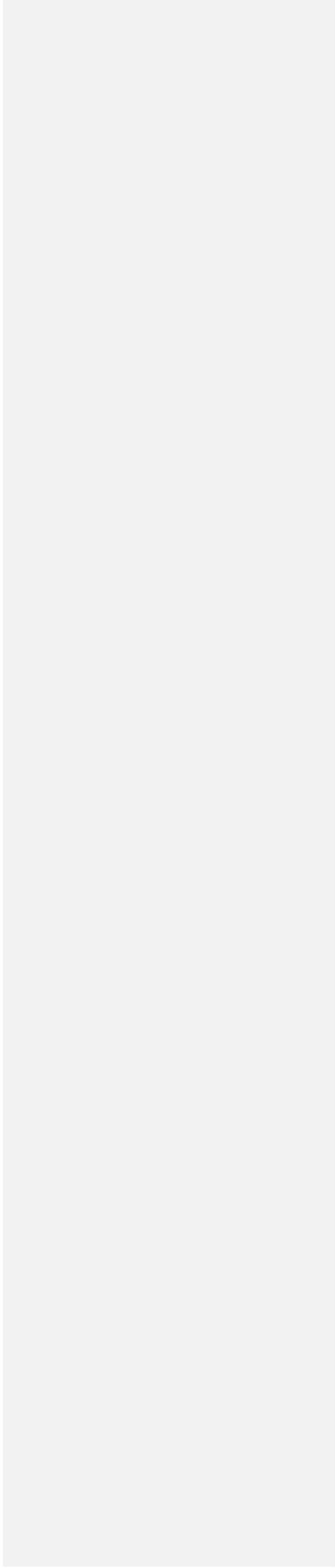
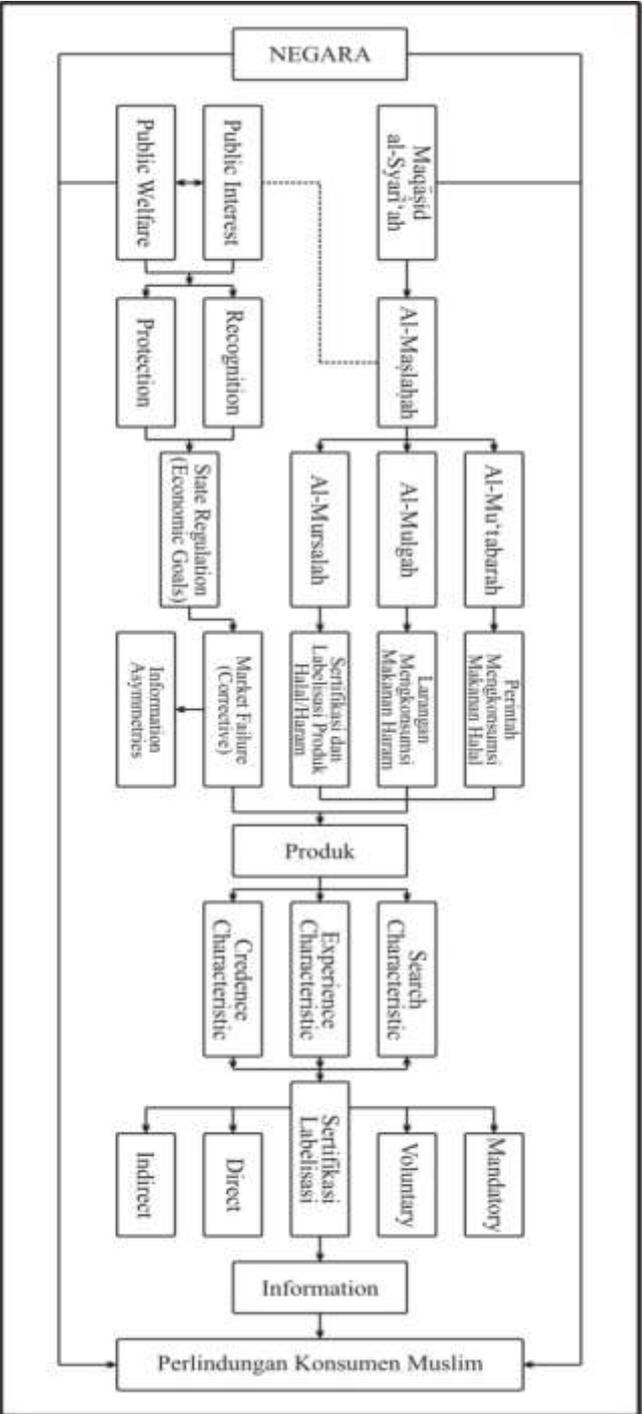
Sebagaimana telah dijelaskan oleh Anthony I. Ogus dan Myriam Senn, salah satu alasan yang menjustifikasi dan membenarkan intervensi negara melalui regulasi di bidang ekonomi adalah *information asymmetries*. Kaitannya dengan jaminan konsumen Muslim dalam mengkonsumsi produk halal, bahwa sertifikasi dan labelisasi halal menjadi *consumer information* agar tidak terjadi *misleading information* bagi konsumen Muslim. Sebagaimana diketahui, bahwa kesenjangan informasi (*information asymmetries*) terhadap kehalalan produk menyulitkan, bahkan tidak memungkinkan bagi konsumen untuk mengevaluasi kehalalan produk. Informasi yang minim terhadap kehalalan produk mempengaruhi objektifitas konsumen dalam memilih produk, maka regulasi tentang informasi yang rinci dan akurat tentang kehalalan produk dibutuhkan, agar kehalalan produk dapat diakses oleh konsumen.²⁸²

Gambar 1: Skema Teori *al-mashlahah* dan *Public Interests*

regulasi harga akan menghitung dan menetapkan harga sehingga semua biaya ditanggung pelayanan publik ditanggung. Bukan berarti alasan-alasan tersebut sudah mutlak dan tanpa ada alasan regulasi yang lainnya, namun banyak alasan regulasi lainnya seperti; *technological developments, windfall profits, rationalization, scarcity, dan rationing*. Seperti kasus perkembangan teknologi menunjukkan bahwa alasan regulasi berkembang seiring perjalanan waktu, dan alasan regulasi tersebut muncul tergantung pada isunya. *Ibid*, h. 9-10

²⁸¹ Anthony I. Ogus, *Regulation Legal Form and Economic Theory, Op. Cit.*, h. 30-46

²⁸² Sebagai perbandingan, Dungan menyebutkan bahwa hampir semua tindakan perlindungan konsumen dapat diatribusikan pada nilai *welfare consideration*. Lihat dalam Stephen Corones dan Philip H. Clarke, *Consumer Protection and Product Liability Law, Commentary and Materials, Op. Cit.*, h. 10-12. Gagasan *welfare consideration* sebagai dasar *welfare economics*, dapat dilihat dalam Amartya Sen, *On Ethics and Economics*, (Massachusetts: Blacwell Publishing, 2004), h. 51-55



Dengan demikian, penulis berpandangan bahwa teori *al-mashlahah* dan teori *public interest* sama-sama bersandarkan pada kesejahteraan (*welfare*) dan kemanfaatan (*utility*) untuk kepentingan publik. Karena itu pula keduanya dapat dikatakan memiliki makna yang sama, sebagaimana Azhar menjelaskan “*The word ‘mashlahah’ can be translated as public interest, and is a well established term in fiqh denoting the same... and it was on the basis of these that the Amaqashid al-syariah were constructed.*”²⁸³ Kendatipun demikian, keduanya memiliki perbedaan berdasarkan sumbernya, teori *al-mashlahah* bersandarkan pada ajaran agama dimana kesejahteraan dan kemanfaatan sejatinya berlandaskan pada keyakinan dan kepercayaan,²⁸⁴ sedangkan teori *public interest* bersandarkan pada nilai-nilai universal (fitrah) untuk kesejahteraan dan kemanfaatan manusia seluas luasnya.²⁸⁵

H. Teori *al-Ghunmu bi al-Ghurmi dan al-kharaj bi al-dhaman*²⁸⁶

Konsep dasar dalam perbankan syariah ialah konsep pembagian (*sharing*), baik keuntungan maupun kerugian (*profit and loss sharing*). Prinsip yang umum adalah siapa yang ingin mendapatkan hasil dari tabungannya, harus juga bersedia mengambil risiko. Bank syariah akan membagi juga kerugian perusahaan jika mereka menginginkan perolehan hasil dari modal mereka²⁸⁷. Hal ini selaras dengan kaidah fikih khusus di bidang muamalah atau transaksi yang berbunyi *al-kharaj bi al-dhaman* (hasil usaha muncul bersama biaya/hak mendapatkan hasil disebabkan oleh keharusan menanggung kerugian)²⁸⁸, dan senantiasa disambung dengan kaidah *al-ghunm bi al-ghurm* (profit muncul bersama risiko/risiko itu menyertai manfaat).

Asal kaedah ini adalah dari hadits berikut ini.

عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ رَجُلًا ابْتَاعَ غُلَامًا، فَأَقَامَ عِنْدَهُ مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ يُقِيمَ، ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا، فَخَاصَمَهُ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَرَدَّهُ عَلَيْهِ، فَقَالَ الرَّجُلُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ قَدْ اسْتَعْلَنَ غُلَامِي؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ).

“Dari sahabat ‘Aisyah *radhiyallahu ‘anha*, bahwasanya seorang lelaki membeli seorang budak laki-laki. Kemudian, budak tersebut tinggal bersamanya selama beberapa waktu. Suatu hari sang pembeli mendapatkan adanya cacat pada budak tersebut. Kemudian, pembeli mengadukan penjual budak kepada Nabi *shallallahu ‘alaihi wa sallam* dan Nabi-pun memutuskan agar budak tersebut

²⁸³Rauf A. Azhar, *Economics of an Islamic Economy*, (Leiden: Brill, 2010), h. 195

²⁸⁴Mohammad Hashim Kamali, *Shari’ah Law an Introduction, Op. Cit.*, h. 14-18

²⁸⁵*The greatest happiness of the greatest number*, lihat Jeremy Bentham, *The Principles of Moral and Legislation*, (New York: Prometheus Books, 1988), h. 5

²⁸⁶Teori ini digunakan oleh Tuti Anggraini dalam disertasinya, “*Strategi Implementasi akad Musyarakah Mutanaqishah pada Pembiayaan Kepemilikan Rumah di Bank Syariah Kota Medan*, UIN Sumatera Utara

²⁸⁷Muhammad, *Bank Syari’ah: Analisis Kekuatan, Peluang, Kelemahan dan Ancaman*, Yogyakarta: Ekonomia.2001, h, 35

²⁸⁸AbdulMudjib, *Kaidah-Kaidah Ilmu Fiqh (al-Qowa'idul Fiqhiyyah)*. Jakarta: Kalam Mulia.2001, h. 72

dikembalikan. Maka penjual berkata, ‘Ya Rasulullah! Sungguh ia telah mempekerjakan budakku?’ Rasulullah *shallallahu ‘alaihi wa sallam* bersabda, “Keuntungan adalah imbalan atas kerugian.”²⁸⁹

Salah satu kritik Islam terhadap praktek perbankan konvensional adalah dilanggarnya prinsip prinsip *al ghunmu bi al ghurmi* (profit muncul bersama resiko) dan *al-kharaj bi al-dhaman* (hasil usaha muncul bersama biaya). Dalam pembayaran bunga kredit dan pembayaran bunga deposito, tabungan dan giro, bank konvensional memberikan pinjaman dengan mensyaratkan pembayaran bunga yang besarnya tetap dan ditentukan terlebih dahulu di awal transaksi (*fixed and predetermined rate*). Sedangkan nasabah yang mendapatkan pinjaman tidak mendapatkan keuntungan yang *fixed* dan *predetermined* juga, karena dalam bisnis selalu ada kemungkinan rugi, impas atau untung yang besarnya tidak dapat ditentukan dari awal.

Kaidah *al-ghunm bi al-ghurm* dalam banyak literatur selalu bersandingan dengan kaidah *al-kharaj bi al-dhaman*. Kaidah *al-ghunm bi al-ghurm* maknanya adalah profit muncul bersama risiko atau risiko itu menyertai manfaat. Maksud dari kaidah *al-ghunm bi al-ghurm* ialah bahwa seseorang yang memanfaatkan sesuatu harus menanggung risiko. Sedangkan menurut ‘Umar Abdullah al-Kamil²⁹⁰, makna yang tersirat dari kaidah ini adalah bahwa barang siapa yang memperoleh manfaat dari sesuatu yang dimanfaatkannya maka ia harus bertanggung jawab atas *dharar* atau *ghurm* serta *dhaman* yang akan terjadi.

Menurut Veithzal Setiap bisnis sudah pasti akan berhadapan dengan berbagai risiko sehingga tidak ada suatu bisnis yang tiada risiko, tingkat risiko yang berbeda satu sama lain. Pemberian pembiayaan sudah pasti mengandung risiko, dan di sinilah peran *Account Officer* untuk memperkecil atau bahkan menghindari risiko dengan berbagai rambu yang dipersiapkan sebelumnya.²⁹¹

Syaikhul Islam Ibnu Taimiyah *rahimahullah* mengatakan,

الضَّمَانُ بِالْخَرَاجِ فَإِنَّمَا هُوَ فِيمَا اتَّفَقَ مَلِكًا وَبَيْدًا . وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمَلِكُ لِشَخْصٍ وَالْبَيْدُ لِآخَرَ ؛ فَقَدْ يَكُونُ الْخَرَاجُ لِلْمَالِكِ وَالضَّمَانُ عَلَى الْقَابِضِ

“Yang berani menanggung kerugian itulah yang berhak mendapatkan keuntungan, namun ini jika dia memiliki sekaligus memegang barang. Jika pemiliknya adalah orang lain dan yang memegang adalah orang lain, maka keuntungan bisa jadi menjadi hak si pemilik dan kerugian jadi tanggungan yang memegang.”²⁹²

²⁸⁹HR. Abu Daud no. 3510, An Nasai no. 4490, Tirmidzi no. 1285, Ibnu Majah no. 2243 dan Ahmad 6: 237. (Syaikh Al Albani mengatakan bahwa hadits ini *hasan*).

²⁹⁰Umar Abdullah al-Kamil, *al-Qawa'id al Fiqh al-Kubra wa Atharaha fi al-Mu'amalat al-Maliyah*, Jami;ah al- Azhar al-Syarif, Mesir

²⁹¹Veithzal Rivai dan Andria Permata Veithzal, *Islamic Financial Manajemen: Teori, Konsep dan Aplikasi: Panduan Praktis Untuk Lembaga Keuangan, Nasabah, Praktisi, dan Mahasiswa*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2008), hal. 213

²⁹²Taqiyuddid Abu al Abbas Ahmad bin Abd al-Halim bin Abd Salam Ibn Taimiyah al-Khurrasani, *Majmu' Al-Fatawa*, Dar al-Kutub Ilmiyah, Beirut Lebanon, 1987, h.421

Dusuki dan Smolo mengategorikan *al-Ghunmu bi al Ghurmi dan al-kharaj bi al-dhaman* sebagai risiko yang wajib ditanggung²⁹³. Menurut Rosly bahwa *al-Ghunmu bi al Ghurmi* di mana keuntungan yang diperoleh cukup untuk risiko yang ditanggung yaitu penjual harus menanggung risiko kerusakan atau depresiasi barang dagangan sebelum dikirim ke pembeli. Persyaratan menanggung risiko dari pihak penjual merupakan prasyarat untuk transaksi bisnis²⁹⁴.

Kata "*dhaman*" pada *al-kharaj bi al-dhaman*, dalam bahasa fikih, mengacu pada berbagai makna yang terkait satu sama lain. Ulama Maliki, Syafi'i, dan Hambali menggunakan kata *dhaman* untuk merujuk pada garansi (kafalah) dalam arti memenuhi kewajiban terhadap orang lain (pertanggungan). Sementara itu, Elgari menjelaskan bahwa ulama Hanafi mendefinisikan *dhaman* sebagai kewajiban untuk membayar ganti rugi atas kerusakan tersebut. Mayoritas sarjana fikih telah setuju untuk menggunakan bahasa ini dalam konteks menanggung risiko untuk pengembalian yang memadai. Dengan definisi ini, harus ada keseimbangan antara risiko dan manfaat transaksi²⁹⁵.

Al-Suwailem menunjukkan bahwa paparan risiko yang berlebihan tidak diinginkan karena ukuran kemungkinan kerugian sedemikian rupa sehingga, jika itu terjadi, konsekuensinya cenderung berbahaya secara sosial. Selain itu, definisi ini juga harus digunakan bersama dengan larangan mendapatkan keuntungan tanpa kewajiban (atau larangan riba seperti pembayaran dan penerimaan bunga) dan transaksi yang melibatkan bahaya (*gharar*). Ini terkait dengan aktivitas dasar memperoleh kekayaan tanpa undang-undang. Tidak ada pertumbuhan dalam realitas di mana kekayaan diciptakan. Diantaranya adalah risiko yang dilarang karena adanya unsur ketidakpastian yang ekstrim (*gharar fahish*)²⁹⁶. Al-Suwailem juga berpendapat bahwa termasuk dalam kategori ini adalah *gharar* yang diproduksi sebagai hasil dari perjudian (*maysir*) dan permainan zero-sum yang dilarang oleh hukum Islam²⁹⁷. Para ahli hukum sepakat bahwa *gharar fahish* dapat membatalkan kontrak, terutama *uqud mu`awadat*²⁹⁸. Contoh *gharar fahish* paling

²⁹³Dusuki, A. W., & Smolo, E. *Islamic hedging: Rationale, necessity and challenges*. In Proceeding International Seminar on Muamalat, Islamic Economics and Finance, (SMEKI' 09). Bangi: Universiti Kebangsaan Malaysia, 2009, h. 533-552

²⁹⁴Rosly, S. A., & Zaini, M. A. M. *Risk-return analysis of Islamic banks' investment deposits and shareholders' fund*. 2008, *Managerial Finance*, 34, 695-707. doi:10.1108/03074350810891010

²⁹⁵Elgari, M. A. *Credit risk in Islamic banking and finance*. *Islamic Economic Studies*, 10(2), 2003, h. 1-25.

²⁹⁶Al-Suwailem, S. *Risk in a turbulent world: Insights from Islamic finance*. In S. Archer & R. A. A. Karim (Eds.), *Islamic finance: The new regulatory challenge*, Singapore: John Wiley, 2013, h. 77-94

²⁹⁷Al-Suwailem, S. *Towards an objective measure of gharar*, *Islamic Economic Studies*, 7(1&2), 2000, h. 61-102

jelas yang saat ini dipraktikkan adalah perjudian dengan harga tertentu yang dibayarkan untuk hal yang tidak diketahui. Unsur ketidakpastian bisa membuat seseorang terkena risiko ilegal semacam itu.

²⁹⁸Mohd Razif, N. F., & Mohamad, S. *Risiko-risiko dalam kewangan semasa: penilaian daripada perspektif Islam [Risks in present finance: an assessment from Islamic perspectives]*. In International Conference on Management ICM. Penang, Malaysia: ICM, 2011, h. 373-387

BAB IV PENERAPAN TEORI HUKUM EKONOMI SYARIAH DI INDONESIA

Bab IV menjelaskan teori hukum ekonomi syariah yang pernah digunakan baik secara konseptual maupun praktis. Teori hukum yang digunakan secara konseptual adalah teori hukum yang digunakan dalam berbagai literatur terutama dalam bentuk karya ilmiah seperti tesis dan disertasi. Sedangkan teori hukum ekonomi yang digunakan secara praktis adalah teori yang digunakan hakim dalam memutuskan perkara ekonomi syariah di Pengadilan Agama di Indonesia. Setelah menjelaskan teori hukum ekonomi syariah di Indonesia, penulis menjelaskan pergeseran teori hukum ekonomi syariah di Indonesia.

A. Penetapan Teori-teori Hukum Ekonomi Syariah di Indonesia dalam Kajian Ilmiah

Adapun teori hukum ekonomi syariah yang berlaku di Indonesia sebagai berikut:

1. Teori Keadilan Sosial dalam masalah wakaf²⁹⁹

Konsep keadilan sosial menurut Sayyid Qutb dalam bukunya yang berjudul *al-'Adalah al-Ijtima'iyah fi al-Islam* (Keadilan Sosial dalam Islam), dipengaruhi oleh pemikiran dasar Islam mengenai kehidupan dan alam semesta yang berada dalam tujuan universal. Pandangan Islam terhadap kehidupan manusia menjadikan keadilan sosial sebagai keadilan kemanusiaan yang tidak berhenti pada persoalan materi dan ekonomi semata. Islam menunjukkan pandangan secara menyeluruh dan memiliki tujuan untuk merealisasi cita-cita kemanusiaan yang menyeluruh dari awal hingga akhir.³⁰⁰ Pembahasan keadilan sosial menurut Sayyid Qutb menyangkut semua persoalan kemanusiaan baik ekonomi, politik, maupun masalah sosial lainnya.

Penjelasan Sayyid Qutb mengenai keadilan sosial dalam Islam berdasarkan sumber utama hukum Islam yakni al-Qur'an dan Hadis. Pembahasan keadilan sosial sangat erat kaitannya dengan *maqāshid syari'ah* yang merupakan konsep penting dan fundamental dan menjadi pokok bahasan dalam filsafat hukum Islam. Konsep *maqāshid syari'ah* menegaskan bahwa tujuan diberlakukannya hukum Islam adalah untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia. Bahwa maslahat adalah

²⁹⁹ Teori hukum keadilan ini digunakan oleh Helza Nova Lita dalam disertasinya di Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

³⁰⁰ Dalam menjelaskan konsep keadilan sosial dalam Islam, Sayyid Qutb dalam bukunya *Al-'Adalah al-Ijtima'iyah fi al-Islam* yang diterjemahkan oleh John B. Hardie, *Social Justice in Islam, published by Islamic Publications International, New York, USA, 2000*, tidak lepas dari rujukan ketentuan Al-Qur'an dan Hadis sebagai sumber rujukan utama dalam hukum Islam. Qutb mengemukakan *The faith of Islam has a native universal philosophy which is to be sought only in its own theoretical sources : the Qur'an and the Traditions, the Life of its prophet and his everyday customs.*

tujuan syariah sehingga di mana terdapat kemaslahatan, maka disana terdapat hukum Allah.³⁰¹

Comment [x19]: Jenis font berbeda

Secara etimologis, *maqāshid syari'ah* berarti tujuan-tujuan syari'ah. Dalam hal ini, tujuan syari'ah adalah tujuan Allah dan Rasul-Nya dalam menetapkan hukum Islam.³⁰² Al-Syatibi memperkenalkan konsep *maqāshid syari'ah* atau tujuan-tujuan diberlakukannya hukum Islam yang berorientasi kepada kemaslahatan umat.³⁰³ Al-Syatibi membagi *maqāshid syari'ah* menjadi 3 (tiga) bagian; *darūriyah* (primer), *hajiyyat* (sekunder), dan *tahsiniyyat* (tersier). *Mashlahāh* yang primer meliputi perlindungan terhadap agama (*hifdz al-din*), perlindungan terhadap jiwa (*hifdz al-nafs*), perlindungan terhadap akal pikiran (*hifdz al-aql*), perlindungan terhadap keturunan (*hifdz al-nasl*), dan perlindungan terhadap harta kekayaan (*hifdz al-mal*).³⁰⁴

Salah satu hukum ekonomi syariah adalah wakaf. Wakaf sangat erat kaitannya untuk meningkatkan kemaslahatan manusia. Hal ini erat kaitannya dengan tujuan syari'ah Islam adalah untuk kemaslahatan manusia. *al-Mashlahāh* sebagai dalil hukum mengandung arti bahwa landasan dan tolok ukur dalam menetapkan hukum. Jumhur ulama berpendapat bahwa setiap hukum yang ditetapkan oleh *nash* atau *ijma'* didasarkan atas hikmah dalam bentuk meraih manfaat atau kemaslahatan dan menghindarkan *mafsadah* (*muḍarat*).³⁰⁵

Lembaga wakaf sebagai salah satu pilar ekonomi Islam sangat erat kaitannya dengan masalah sosial ekonomi masyarakat.³⁰⁶ Wakaf merupakan salah satu upaya untuk mewujudkan keadilan ekonomi menurut Islam. Keadilan ekonomi merupakan salah satu bagian dari pembahasan keadilan sosial menurut pandangan Sayyid Qutb. Upaya untuk mewujudkan keadilan ekonomi melalui wakaf ini dihubungkan dengan pandangan Sayyid Qutb mengenai asas-asas Islam untuk menegakkan keadilan meliputi:³⁰⁷

1. Kebebasan jiwa yang mutlak.
2. Prinsip persamaan kemanusiaan yang sempurna.

³⁰¹ Muhammad Sa'id Ramdan al-Buti, *Dawabit al-Mashlahāhah fi as-Syari'ah al-Islamiyah*, (Beirut: Mu'assasah ar-Risalah, 1977), hlm.12.

³⁰² Muhammad Syafii Antonio dan Tim Tazkia, *Pengembangan Hukum Ensiklopedi Leadership&Manajemen Muhammad SAW, The Super Leader Super Manager*, (Jakarta: Tazkia Publishing, 2012), hlm.101.

³⁰³ Syahrul Anwar, *Ilmu Fiqh & Ushul Fiqh*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2010), hlm. 78-79.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Ali Hasbullah dalam Abd. Rahman Dahlan, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: Amzah, Cetakan Kedua, 2011), hlm. 206.

³⁰⁶ Kementerian Departemen Agama RI, *Paradigma Baru Wakaf di Indonesia*, *op.cit*, hlm. 10.

³⁰⁷ Sayyid Qutb, *Keadilan Sosial dalam Islam*, diterjemahkan dari *al-'Adalah al-Ijtima'iyyah fil-Islam*, penerjemah Afif Mohammad (Bandung: Penerbit Pustaka Perpustakaan Salman Institut Teknologi Bandung, 1404 H - 1984 M), hlm.43.

3. Jaminan sosial yang kuat.

Pertama, pondasi pertama yang dibangun dalam Islam untuk menciptakan keadilan sosial menurut Sayyid Qutb yakni adanya kebebasan jiwa yang mutlak;³⁰⁸ dimulai dengan melakukan pembebasan jiwa dari segala bentuk peribadatan dan ketundukan kepada siapapun selain Allah.³⁰⁹ Dalam kaitannya dengan konsep harta yang diwakafkan, penekanan al-Qur'an di atas sekaligus menunjukkan konsep kepemilikan harta dalam Islam. Seorang muslim yang jiwanya tunduk pada ketentuan syariat Allah memandang bahwa harta yang dimilikinya di dunia ini sesuai ketentuan al-Qur'an adalah milik Allah dan akan kembali kepada Allah, sedangkan manusia hanya diberikan hak untuk memanfaatkannya. Hak pemanfaatan ini dimiliki oleh setiap individu yang dapat bebas menggunakan dan memindahkannya dari tangan ke tangan lainnya. Namun kebebasan ini dibatasi oleh adanya keharusan memenuhi kepemilikan kolektif yang berdasarkan prinsip persamaan antara manusia.

Dalam Islam, hak-hak individual untuk memiliki kekayaan diakui namun juga harus memiliki peranan sosial. Wakaf merupakan salah satu bentuk distribusi ekonomi dalam Islam guna mewujudkan keadilan ekonomi dalam masyarakat yang dikehendaki Islam. Melalui wakaf, pemanfaatan harta kekayaan dapat digunakan untuk memenuhi kebutuhan-kebutuhan ekonomi masyarakat yang tidak mampu sehingga tidak terjadi ketimpangan sosial ekonomi yang terlalu tinggi dalam masyarakat.

Kedua, penghormatan dan penghargaan terhadap persamaan semua manusia. Terkait dengan asas kedua untuk mewujudkan keadilan sosial menurut Sayyid Qutb, merupakan wujud implementasi dari asas yang pertama, yakni kebebasan jiwa untuk mengikuti suara hati melaksanakan nilai-nilai Islam secara menyeluruh dan konkrit. Kebebasan jiwa ini membebaskan manusia dari tekanan-tekanan dan ketergantungan selain kepada Allah SWT, dan menundukan hawa nafsu dan ketamakannya yang akan melahirkan kesadaran penghormatan dan persamaan kepada sesama manusia. Pondasi kedua keadilan sosial menurut Islam dari Sayyid Qutb mengenai persamaan kemanusiaan, dikaitkan dengan konsep wakaf dalam Islam, khususnya terkait dengan nilai persamaan atau keadilan ekonomi yang harus diterapkan pada semua manusia tanpa perbedaan.

Dalam bidang ekonomi, keadilan ini harus diterapkan di semua bidang, dalam proses produksi, distribusi, maupun konsumsi. Keadilan di sini juga berarti kebijaksanaan

³⁰⁸ kebebasan jiwa yang mutlak untuk mewujudkan keadilan sosial yang sempurna tidak mungkin dapat terwujud dan terjamin pelaksanaan dan kelestariannya, sepanjang tidak dikaitkan dengan persoalan-persoalan bathin, yakni dengan memberikan hak kepada setiap individu dan masyarakat. Islam memulai dengan melakukan pembebasan jiwa dari segala bentuk peribadatan dan ketundukan kepada siapapun selain Allah. Lihat Q.S. al-Ikhlâs [112]:1-4., Q.S. al-Imrân [3]:64, Q.S. al-Imrân [3]: 144, Q.S. al-Isrâ [17]:74-75, Q.S. al-Jinn [72]:20-22, Q.S. al-Maidah [5]:17, Q.S. az-Zukhruf [43]:59, Q.S. al-Maidah [5]:116-118.

³⁰⁹ Sayyid Qutb, *op.cit.*, hlm. 45.

mengalokasikan sejumlah hasil kegiatan ekonomi tertentu bagi orang tidak mampu memasuki pasar, melalui zakat, infaq, sedekah atau wakaf. terutama kepada orang-orang miskin setiap kesempatan terbuka yang tidak ditentukan, baik jenis, jumlah, maupun waktunya (Q.S surat al-Baqarah [2]:110, al-Baqarah [2]:195, dan berbagai *Hadis* nabi).³¹⁰

Ketiga, Jaminan Sosial; kehidupan tidak mungkin dapat ditegakkan bila setiap anggota masyarakat ingin menikmati kebebasan mutlak tanpa batas dan arah tertentu. Adanya jaminan sosial merupakan salah satu asas dalam mewujudkan keadilan sosial dalam Islam menurut Sayyid Qutb. Adanya Jaminan sosial sebagai bentuk kesadaran masyarakat secara kolektif bahwa tidak semua manusia mampu bersaing secara normal seperti manusia lainnya, khususnya dalam bidang ekonomi, karena hal-hal yang secara alami yang membuat mereka tidak mampu bersaing secara normal sebagaimana manusia pada umumnya.

Sesuai dengan nilai-nilai universal dalam Islam, bahwa Keadilan sosial islam dalam bidang ekonomi mendorong adanya pencapaian kesejahteraan secara individu dan juga mendorong kesejahteraan umum/sosial. Pondasi ketiga keadilan sosial menurut Islam dari Sayyid Qutb mengenai adanya jaminan sosial, dikaitkan dengan konsep wakaf dalam Islam, bahwa dalam Islam adanya kewajiban bagi sesama anggota masyarakat ikut memelihara dan bertanggung jawab atas anggota masyarakat lainnya, terutama mereka yang termasuk golongan ekonomi lemah. Hal ini terkait dengan adanya kewajiban zakat bagi kekayaan individu jika telah sampai nisabnya, termasuk memberikan sedekah dalam bentuk wakaf.

Konsep “keadilan sosial” menurut Teori dalam Hukum Islam, melalui wakaf, adalah terkait dengan adanya keadilan distribusi³¹¹ kekayaan dari golongan ekonomi kuat kepada golongan ekonomi lemah melalui mekanisme wakaf, sehingga kekayaan tidak hanya berputar pada golongan ekonomi kuat semata. Dalam bidang ekonomi Islam, hal ini menurut Sayyid Qutb sesuai dalam dengan nilai-nilai universal dalam Islam yang bersumber pada ketentuan *al-Qur’an*, bahwa Keadilan sosial Islam dalam bidang ekonomi mendorong adanya pencapaian kesejahteraan secara berimbang, sehingga upaya pencapaian

³¹⁰ Mohammad Daud Ali, *Sistem Ekonomi Islam, Zakat dan Wakaf*, (Jakarta: Universitas Indonesia UI Press, Jakarta, 1988), hlm. 8.

³¹¹ Keadilan distribusi adalah keadilan yang membagi kesejahteraan umum kepada setiap warga negara sesuai dengan jasa dan kebutuhan masing-masing. Dalam keadilan distribusi, distribusi kekayaan dan pendapatan didasarkan atas norma-norma keadilan yang secara universal dapat diterima. Dalam Islam, mewajibkan kelompok yang kaya untuk menyantuni dan membantu mereka yang lemah secara ekonomi. Sehingga dengan cara demikian, setiap warga negara dapat mencapai kesejahteraan dasar atau setidaknya taraf minimum sebagai manusia. (Zaki Fuad Chalil, *Pemerataan Distribusi Kekayaan dalam Ekonomi Islam*, (Jakarta: Erlangga, 2009), hlm. 383.

kesejahteraan individu juga mendorong kesejahteraan umum/sosial.³¹² Hal ini juga terkait dengan standarisasi tujuan syari'ah Islam adalah untuk kemaslahatan manusia, keseimbangan lahir-batin, dunia dan akhirat.

Berdasarkan ketentuan *al-Qur'an* jelas tidak menghendaki adanya ketimpangan dalam masyarakat khususnya dalam kepemilikan harta.³¹³ Singkatnya, *al-Qur'an* mendukung apa yang dikenal dengan keadilan distribusi dengan menekankan dua hal. Pertama, harta kekayaan tidak boleh berkisar diantara segelintir orang saja.³¹⁴ Kedua, bahwa didalam harta kekayaan orang-orang kaya terdapat hak-hak kaum tidak mampu atau orang miskin, baik untuk orang miskin yang meminta maupun orang miskin yang tidak meminta.³¹⁵ Atas dasar itu, *al-Qur'an* memerintahkan (kepada Nabi) untuk memungut zakat dari harta orang-orang kaya untuk didistribusikan kepada mereka yang berhak menerimanya (*mustahiq*).³¹⁶

Pentingnya pengembangan wakaf sebagai institusi dalam Islam dalam upaya mewujudkan kemaslahatan serta legitimasinya dapat disimpulkan dari banyaknya ayat *al-Qur'an* yang secara implisit menyebutnya. Sebagaimana dapat dilihat pada ketentuan *al-Qur'an* Surat Ali-Imran [3]:92 yang menyebutkan : "Kamu sekali-kali tidak sampai kepada kebajikan (yang sempurna) sebelum kamu

³¹² Upaya pencapaian kesejahteraan baik secara individu maupun sosial dalam ekonomi Islam juga termasuk diantara 15 (lima belas) prinsip-prinsip fundamental ekonomi Islam yang dikemukakan oleh Scheherazade S. Rehman didasarkan pada Rehman-Askari berdasarkan *Economic Islamicity Index*" yakni diantaranya prinsip *Equal economic opportunities for all members of society; Aims giving to charity, Poverty prevention and reduction, Economic freedom, Personal property rights and sanctity of contracts, Job creation for all that can and want to work and equal availability of employment, Equal availability of education, General economic prosperity, Basic needs fulfillment of food, shelter, clothing and rest, Taxation to meet the unfulfilled needs of society and to address social issues , generally;Appropriate management of natural and depletable resources to benefit all members of current and future generations, Abolition of corrupt practices, Establishment of a supportive financial system and financial practices that include the abolition of interest, The effectiveness of the state in achieving the above.* Lihat Rehman & Askari, Scheherazade S. Rehman "lization of Islamic Finance Law" Rehman & Askari, Scheherazade S. Rehman "Lization of Islamic Finance Law" *Wisconsin International Law Journal*, (Winter 2008): 628-630.

³¹³ Amelia Fauzia, *loc.cit.* Allah mengecam tindakan eksploitasi kaum lemah (para budak dan kuli-kuli, orang-orang yang tidak bersuku), serta berbagai kecurangan dalam praktik-praktik perdagangan dan keuangan. *Al-Qur'an* mencela suatu keadaan dimana sikap kikir yang keterlaluhan, kemewahan, dan mementingkan diri sendiri, berdampingan secara mencolok dalam masyarakat dengan kemiskinan dan ketidakberdayaan. Lihat Q.S.: at-Takasur [102]:1-4, Q.S. al-Humazah [104]: 1-7.

³¹⁴ *Ibid.* Lihat juga Q.S. al-Hasyr [59]:7.

³¹⁵ *Ibid.* Dan pada mereka terdapat hak orang miskin yang meminta-minta dan orang miskin yang tidak meminta-minta (QS: az-Zariyat [51]:19).Seorang yang benar-benar ingin bersedekah akan berupaya mencari orang-orang yang masuk dalam kelompok kedua.Lihat penafsiran ayat ini dalam the Holy Qur'an,catatan kaki nomor 5000, hlm.1612.

³¹⁶ *Ibid.* lihat Q.S. at-Taubah [9]:103.

menafkahkan sebagian harta yang kamu cintai, dan apa saja yang kamu nafkahkan, maka sesungguhnya Allah mengetahui".³¹⁷

Demikian juga Nabi Muhammad SAW juga telah bersabda dalam *Hadis* yang diriwayatkan oleh HR.Muslim : "Apabila anak Adam (manusia) meninggal dunia, maka putuslah amalnya, kecuali tiga perkara amal jariyah, ilmu yang bermanfaat, dan do'a anak shaleh yang mendo'akan orang tuanya".

Dalam *Hadis* ini menurut para ulama wakaf dikategorikan sebagai amal jariyah.³¹⁸

Comment [x20]: Jenis atau size font berubah

Sebagai konsep sosial yang memiliki dimensi ibadah, wakaf juga disebut amal shadaqah jariyah, dimana pahala yang didapat oleh wakif (orang yang mewakafkan harta) akan selalu mengalir selama harta tersebut masih ada dan bermanfaat. Untuk itu harta yang telah diikrarkan untuk diwakafkan, maka sejak itu harta tersebut terlepas dari kepemilikan wakif dan kemanfaatannya menjadi hak-hak penerima wakaf.³¹⁹ Dengan demikian harta wakaf tersebut menjadi amanat Allah kepada orang atau badan hukum (yang berstatus sebagai nazhir) untuk mengurus dan mengelolanya.³²⁰

Prinsip wakaf sebagaimana dinyatakan oleh Nabi Muhammad Saw ketika memberikan arahan kepada Umar bin Khatab ra, yang ingin menyerahkan sebidang tanahnya di Khaibar untuk kepentingan sabilillah, beliau bersabda dalam *Hadis* riwayat Al-Bukhori dan Muslim dari sumber sanad Abdullah bin Umar: "Dari Ibnu Umar ra. Berkata, bahwa sahabat Umar r.a 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 apakah yang engkau perintahkan kepadaku? Rasulullah menjawab : Bila kamu suka, kamu tahan (pokoknya) tanah itu, dan kamu sedekahkan (hasilnya). Kemudian Umar melakukan shadaqah, tidak dijual, tidak dihibahkan, tidak juga diwariskan. Berkata Ibnu Umar : Umar menyedekahkannya kepada orang-orang fakir, kaum kerabat, budak belian, sabilillah, ibnu sabil, dan tamu. Dan tidak mengapa atau tidak dilarang menguasai tanah wakaf itu (pengurusnya) makan

³¹⁷ Lihat juga Q.S. al-Baqarah [2]: 261 "Perumpamaan (Nafkah yang dikeluarkan oleh orang-orang yang menafkahkan hartanya di jalan Allah, adalah serupa dengan dengan sebutir benih yang menumbuhkan tujuh butir, pada tiap-tiap butir menumbuhkan seratus biji. Allah melipatgandakan (ganjaran) bagi siapa saja yang Dia kehendaki. Dan Allah Maha Kuasa (karuniaNya) Lagi Maha Mengetahui". Kemudian Q.S. al-Hajj [22]: 77 "Perbuatlah kebajikan, supaya kamu mendapat kemenangan" (Q.S. al-Hajj [22] : 77).

³¹⁸ M.A.Manan, *Sertifikat Wakaf Tunai Sebuah Inovasi Instrumen Keuangan Islam*, (Depok: Ciber bekerjasama dengan PKTTI-UI, 2001), hlm. 31.

³¹⁹ Kementerian Agama RI, *Fiqih Wakaf*, (Jakarta: Direktorat Jenderal Bimas Islam dan Penyelenggaraan Haji, 2003), hlm. 65.

³²⁰ *Ibid.*

dari hasilnya dengan cara yang baik (sepantasnya) atau makan dengan tidak maksud menumpuk harta” (HR. Muslim).

Dalam Hadis di atas makna tahanlah barang pokoknya dan sedekahkan hasilnya (*Habbis ašlahā, wasabbil šamrataha*), ada dua prinsip yang membingkai *tasyri' wakaf*, yakni : prinsip keabadian (*ta'bidul ašli*) dan prinsip kemanfaatan (*tasbilul manfāh*).³²¹

Prinsip keabadian (*ta'bidul ašli*) dan prinsip kemanfaatan (*tasbilul manfāh*) yang melekat pada wakaf, mengandung pula konsekuensi untuk melindungi benda-benda wakaf berkaitan dengan status kepemilikan dan kemanfaatannya. Prinsip keabadian benda wakaf mengarahkan wakaf menjadi aset publik. Aset publik adalah kekayaan yang menjadi hak milik semua orang atau segolongan manusia, dan hak pemanfaatannya dapat dinikmati oleh mereka semua tanpa monopoli atau eksploitasi secara sepihak untuk kepentingan pribadi.³²²

Kepemilikan harta dalam Islam menurut pandangan al-Maududi (1985) sebagaimana dikutip Imam Suhadi, harus disertai dengan tanggung jawab moral. Artinya segala sesuatu (harta benda) yang dimiliki oleh seseorang atau sebuah lembaga, secara moral harus diyakini secara teologis bahwa ada sebagian dari harta tersebut menjadi hak bagi pihak lain, yaitu untuk kesejahteraan sesama yang secara ekonomi kurang atau tidak mampu, seperti fakir miskin, yatim piatu, manula, anak-anak terlantar, dan fasilitas sosial.³²³

Solidaritas sosial dalam prinsip wakaf, untuk memanfaatkan harta bagi kemaslahatan umat, juga erat dengan pandangan Abdurrahman Raden Aji Haqqi dalam bukunya yang berjudul “*The Philosophy of Islamic Law of Transactions*”. Beliau mengemukakan mengenai solidaritas sosial dalam transaksi ekonomi dalam Islam sebagai berikut:

“Transactions, according to Islam, are system for a happy life on the basis needs of the people. Islam has laid down principles for each, thus, the rule and methods have been enunciated relating to people, state affairs, etc. Such principle provide a kind of social solidarity. There is freedom and right to work, to own property and to enjoy other property rights. Nevertheless, these principle are bound by the larger interests of the community in Islam. In fact, the right of private ownership in the shari’ah is owned by God, man is to enjoy its benefits, in other words his tittle is limited to the benefits accruing on the property, but the legal tittle vest in God. The exercise of this right is circumscribed by the larger interest of the

³²¹ Tholhah Hasan, “Istibdal Harta Benda Wakaf”, dalam *Al-Awqaf Jurnal Wakaf dan Ekonomi Islam, Badan Wakaf Indonesia*, (Volume II, Nomor 3, Agustus 2009): 3.

³²² Husain Husain Syahatah, *Perlindungan Aset Publik dalam Perspektif Hukum Islam*, diterjemahkan M. Zainal Arifin, (Jakarta: Amzah, 2005), hlm. 6.

³²³ Fiqih Wakaf, *op.cit*, hlm. 63.

*community and, thus, the principle of social solidarity prohibit exploitation under which the economic system of the shariah exist.*³²⁴

Wakaf merupakan salah satu bentuk distribusi ekonomi yang sangat potensial dikembangkan. Muhammad Anas Zarqa mengemukakan bahwa *“Awqaf transfers wealth from private ownership to a beneficial social collective ownership.”*³²⁵ Dengan pendistribusian kekayaan melalui wakaf dapat digunakan untuk melakukan berbagai kegiatan aktivitas ekonomi dan sosial sehingga distribusi kesejahteraan ekonomi dapat dinikmati masyarakat luas dan tidak bertumpu pada kelompok tertentu saja. Hal ini dikarenakan bahwa peruntukan wakaf tidak semata-mata dapat digunakan untuk tujuan ibadah dan sosial semata seperti pembiayaan kesehatan dan pendidikan, tetapi juga dapat dipergunakan untuk pemberdayaan ekonomi umat, serta dapat dilakukan oleh siapa saja, tanpa dibatasi oleh batasan nisab harta sebagaimana zakat.

Menurut M.Syafi'i Antonio, pada dasarnya Islam memiliki dua sistem distribusi utama, yakni distribusi secara komersial dan mengikuti mekanisme pasar, serta sistem distribusi yang bertumpu pada aspek keadilan sosial masyarakat.³²⁶ Sistem distribusi pertama, bersifat komersial, berlangsung melalui proses ekonomi. Adapun sistem yang kedua, berdimensi sosial, yaitu Islam menciptakannya untuk memastikan keseimbangan pendapatan dalam masyarakat. Mengingat tidak semua orang mampu terlibat dalam proses ekonomi, karena kondisi dirinya yang secara alamiah tidak dapat bekerja secara optimal seperti manusia pada umumnya, misalnya kondisi tubuhnya yang cacat, atau anak yatim piatu yang masih kecil yang belum mampu memenuhi kebutuhan hidupnya secara wajar. Untuk itu ajaran Islam memastikan distribusi bagi mereka dalam bentuk zakat, infak, dan sedekah (wakaf).³²⁷

Dalam sejarah Islam, juga menunjukkan Nabi Muhammad SAW adalah seorang pedagang. Transaksi perdagangan yang dilakukan dalam sejarah perkembangan Islam senantiasa dilandasi oleh nilai-nilai Islam. Dalam konsep kepemilikan harta dalam Islam, segala sesuatu adalah milik Tuhan (Allah), manusia hanyalah sebagai pemegang amanah sementara.³²⁸ Demikian pula dalam status harta yang telah diwakafkan memiliki akibat hukum, yaitu ditarik

³²⁴Abdurrahman Raden Aji Haqqi, *The Philosophy of Islamic Law of Transactions*, Firts Published, (Kuala Lumpur: International Islamic University Malaysia, Univision Press SDN BHD 473080-W, 1999), hlm. 38.

³²⁵Muhammad Anas Zarqa dalam Munawar Iqbal, *“Distributive Justice and Need Fulfilment in Islamic Economy- Islamic Economic Series-13”*, First Published, (Leicester,UK: published by International Institute of Islamic Economics, International Islamic University Islamabad and The Islamic Foundation, revised Edition, 1986), hlm. 183.

³²⁶M. Syafi'i Antonio dalam Euis Amalia, *Keadilan Distribusi dalam Ekonomi Islam, Penguatan Peran LKM dan UKM di Indonesia*, (Jakarta: PT.Raja Grafindo Persada, 2009), hlm. 119.

³²⁷*Ibid.*

³²⁸Ali Adnan Ibrahim, *“The Rise of Customary Businesses in International Financial Markets : An Introduction to Islamic Finance and The The Challenges of International Integration”*, *American University International Law Review*, (2008) : 674.

dari lalu lintas peredaran hukum yang seterusnya menjadi milik Allah, yang dikelola oleh perorangan atau lembaga nazhir, sedangkan manfaat bendanya digunakan untuk kepentingan umum.³²⁹

Memahami keadilan sosial dalam Islam, tentu tidak terlepas dari sumber utama hukum Islam yang berdasarkan pada al-Qur'an dan Hadith. Secara epistemologis, keadilan sosial dalam pandangan Islam jelas didasarkan pada nilai-nilai Islam baik yang terkandung pada kedua sumber utama hukum Islam tersebut.³³⁰ Sebagaimana wacana keadilan sosial pada umumnya, wacana dalam Islam pun tidaklah tunggal.³³¹ Tidak ada satu teks yang dapat dijadikan rujukan satu-satunya yang dapat diklaim sebagai pandangan Islam mengenai keadilan sosial. Teks-teks yang sudah ada merupakan interpretasi pemikir-pemikir muslim terhadap ayat-ayat al-Qur'an maupun hadist.³³²

Menurut Sayyid Qutb, upaya menciptakan keadilan merupakan wujud mengimplementasikan nilai-nilai Islam secara menyeluruh dan konkrit. Hal ini dimulai dari individu manusia itu sendiri, dengan membebaskan dirinya mengikuti suara hati, tidak terkukung oleh keinginan nafsu semata. Dari kebebasan mengikuti suara hati akan muncul rasa penghormatan dan penghargaan terhadap persamaan semua manusia, yang juga pada akhirnya diwujudkan dalam munculnya rasa tanggung sosial yang tinggi dalam masyarakat. Munculnya rasa tanggung jawab sosial ini sekaligus menciptakan jaminan sosial dalam masyarakat. Jaminan sosial ini terwujud sebagai bentuk kesadaran masyarakat secara kolektif bahwa tidak semua manusia mampu bersaing secara normal seperti manusia lainnya, khususnya dalam bidang ekonomi, karena hal-hal yang secara alami yang membuat mereka tidak mampu bersaing secara normal sebagaimana manusia pada umumnya.

Formulasi keadilan sosial yang dikemukakan oleh Sayid Qutb adalah dalam tatanan negara yang aturan publiknya bersumber pada hukum agama yang bersumber pada wahyu. Formulasi keadilan sosial ini tentu akan berbeda dengan pandangan negara-negara sekuler yang mengacu pada pemikiran manusia semata tidak mengkaitkan dengan masalah agama. Sementara di Indonesia sendiri, merujuk pada sila pertama Pancasila sebagai dasar negara Republik Indonesia, Ketuhanan Yang Maha Esa, Sistem keadilan sosial dan keadilan Ekonomi Indonesia menekankan *moral Pancasila* yang menjunjung tinggi asas keadilan sosial dan keadilan ekonomi seperti halnya sistem ekonomi Islam. Tujuan Sistem Ekonomi Pancasila maupun sistem ekonomi Islam adalah keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia yang diwujudkan melalui dasar-dasar kemanusiaan dengan cara-cara yang nasionalistik dan demokratis. Dikaitkan dengan pandangan Ibn Khaldun, pandangan keadilan sosial dan keadilan ekonomi Indonesia yang berdasarkan pancasila ini masuk dalam

³²⁹ Fikih Wakaf, *op.cit*, hlm. 65.

³³⁰ Andy agung Prihatna, *dkk, Op.Cit*, hlm. 13

³³¹ *Ibid.*

³³² *Ibid.*

kategori tatanan negara yang mendasarkan tatanan publik merupakan campuran hukum agama dan sekuler.

Salah satu yang dicontohkan oleh Sayid Qutb dalam pondasi keadilan sosial untuk mengatasi ketimpangan terhadap kelompok ekonomi lemah adalah adanya jaminan sosial bagi mereka. Lembaga jaminan sosial ini diwujudkan dalam bentuk zakat. Islam mewajibkan zakat sebagai salah satu pilar rukun iman atas kepemilikan kekayaan yang didistribusikan kepada fakir miskin. Disamping itu juga dapat dikembangkan distribusi dalam bentuk sadaqah jariah lainnya termasuk wakaf. Ketentuan zakat, maupun wakaf ini dapat dikuatkan dengan hukum negara dan dorongan masyarakat secara kolektif untuk melaksanakannya.

Sebagai implementasi keadilan sosial dalam Islam, menurut Sayyid Qutb dalam Islam mendorong adanya pencapaian kesejahteraan secara individu dan juga mendorong kesejahteraan umum/sosial. Hal ini sesuai dengan salah satu implementasi makna adil yang berasal dari bahasa Arab “*adl*” yakni membuat seimbang atau menyeimbangkan atau dalam keadaan seimbang. Dalam kaitannya dengan keadilan ekonomi, diharapkan tidak adanya ketimpangan ekonomi yang terlalu jauh antar sesama anggota masyarakat. Untuk itu dalam Islam, adanya kewajiban sosial bagi individu yang memiliki kelebihan hartanya jika telah sampai hisabnya untuk berzakat.

Wakaf sebagai salah satu kekuatan ekonomi Islam, tidak hanya mengandung semangat impelentasi keimanan semata tapi juga mengandung aspek sosial yang sangat tinggi. Dalam sejarahnya, wakaf telah banyak memegang peranan penting dalam kegiatan-kegiatan ibadah ritual, sosial, ekonomi, dan maupun kebudayaan. Sejarah wakaf pertama dalam Islam yang dilakukan oleh Umar dengan mewakafkan tanahnya di Khaibar, mengandung makna bahwa wakaf tidak sekedar diam, namun juga harus dikembangkan agar hasilnya maksimal. Hal ini menunjukkan bahwa secara aspek ekonomi, wakaf harus dikembangkan secara produktif.

Wakaf sebagai salah satu pola distribusi dalam ajaran Islam dalam upaya menciptakan keadilan sosial, khususnya keadilan ekononomi, memiliki potensi yang sangat luas untuk dikembangkan, karena wakaf dapat dilakukan oleh banyak pihak, tidak dibatasi oleh status seseorang, kaya atau miskin, maupun tanpa harus dibatasi ikatan karena faktor keluarga.

Wakaf merupakan salah satu filantropi dalam ajaran Islam disamping zakat dan sedekah. Wakaf sebagai bentuk instrumen ekonomi Islam yang unik yang mendasarkan fungsinya pada unsur kebajikan (*birr*), kebaikan (*ihsan*), dan persaudaraan (*ukhuwah*).³³³ Tujuan wakaf atau penerima wakaf yang tidak dibatasi sebagaimana penerima zakat,

³³³ Abdul Azis dan Mariyah Ulfa, *Kapita Selekta Ekonomi Islam Kontemporer*, (Bandung: Alfabeta, cetakan Kesatu, April 2010), hlm. 65.

dapat merupakan pelengkap untuk memperluas kemanfaatan sosial yang lebih luas sepanjang untuk kebaikan dan mendekatkan diri kepada Allah SWT.

Secara teoritik, dalam Islam, tujuan diberlakukannya wakaf bisa dipastikan adalah untuk merealisasikan keadilan sosial.³³⁴ Paling tidak keadilan ekonomi, kesehatan, dan pendidikan.³³⁵ Karena ketiga hal ini merupakan kebutuhan mendasar bagi tercapainya kelayakan hidup manusia pada umumnya. Tercukupinya kebutuhan dasar ekonomi, kesehatan yang menunjang, dan bekal pendidikan yang baik, merupakan modal untuk mencapai kehidupan yang baik bagi manusia secara pribadi, yang pada akhirnya diharapkan terbentuk masyarakat yang sejahtera.

Sebagai ibadah yang berdimensi sosial, wakaf mempunyai filosofi dan hikmah yang sangat rasional bermanfaat bagi kehidupan umat. Manfaat ini sudah terbukti dalam sejarah umat Islam, sejak awal sampai kini. Hal tersebut memang sangat tergantung kepada kemampuan umat sendiri untuk mengaktualisasikan filosofi dan hikmah wakaf dalam kehidupan umat. Karena besarnya manfaat wakaf ini, maka wakaf tidak cukup hanya dipahami sebatas aturan atau hukumnya saja, tetapi juga filosofi dan hikmahnya, sehingga pengumpulan harta wakaf dan pendaayagunaannya bisa dilakukan seoptimal mungkin.³³⁶

Dalam sejarah peradaban Islam, wakaf banyak digunakan untuk amal sosial atau kepentingan umum, sebagaimana dilakukan oleh sahabat 'Umar ibn Khathab. Beliau memberikan hasil kebunnya kepada fakir miskin, Ibnu Sabil, Sabilillah, para tamu, dan hamba sahaya (budak) yang sedang berusaha menebus dirinya. Wakaf ini ditujukan kepada umum, dengan tidak membatasi penggunaannya, yang mencakup semua aspek untuk kepentingan dan kesejahteraan umat manusia pada umumnya. Kepentingan umum itu kini bisa berupa jaminan sosial, pendidikan, kesehatan, dan lain-lain. Hal tersebut merupakan salah satu segi dari bentuk-bentuk penggunaan wakaf membelanjakan atau memanfaatkan harta di jalan Allah SWT melalui pintu wakaf. Dengan demikian, dilihat dari segi manfaat pengelolaannya, wakaf sangat berjasa besar dalam membangun berbagai sarana untuk kepentingan umum demi kesejahteraan umat.³³⁷

³³⁴ Sukron Kamil, "Wakaf untuk Keadilan Sosial antara Teori dan Praktik", (Jakarta: Jurnal Al-Awqaf Jurnal Wakaf dan Ekonomi, Badan Wakaf Indonesia, Volume IV, Nomor 04, Januari 2011), hlm. 65

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ Masykuri Abdullah, *Filosofi dan Hikmah Wakaf*, http://bwi.or.id/index.php?option=com_content&view=article&id=356%3Afilosofi-dan-hikmah-wakaf&catid=27%3Aopini&Itemid=137&lang=ar, diakses 05 Juli 2012.

³³⁷ *Ibid.*

Besarnya manfaat wakaf bagi kesejahteraan umat menjadi salah satu dasar pertimbangan Pemerintah Republik Indonesia untuk memperkuat kedudukan lembaga wakaf dengan disyehkannya Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf. Lembaga wakaf sebagai pranata keagamaan yang memiliki potensi dan manfaat ekonomi perlu dikelola secara efektif dan efisien untuk kepentingan ibadah dan untuk memajukan kesejahteraan umum.

Tujuan wakaf untuk keadilan sosial disebutkan dalam ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 bahwa Wakaf berfungsi mewujudkan potensi dan manfaat ekonomis harta benda untuk kepentingan ibadah dan untuk memajukan kesejahteraan umum. Ketentuan ini juga dipertegas dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 bahwa dalam rangka mencapai tujuan dan fungsi wakaf 1 harta benda wakaf hanya dapat diperuntukan bagi:

- a. sarana dan kegiatan ibadah;
- b. sarana dan kegiatan pendidikan serta kesehatan;
- c. bantuan kepada fakir miskin anak terlantar, yatim piatu, bea siswa;
- d. kemajuan dan peningkatan ekonomi umat; dan/atau
- e. Kemajuan kesejahteraan umum lainnya yang tidak bertentangan dengan syariah dan peraturan perundang-undangan.

Dalam aturan UU Wakaf ini mencerminkan upaya untuk menciptakan terwujudnya keseimbangan dalam masyarakat sebagai wujud implementasi keadilan sosial dalam Islam. Tujuan diberlakukannya UU Wakaf ini sangat sejalan dengan prinsip hukum ekonomi Indonesia. Pasal 34 UUD 1945 berbicara tentang kesejahteraan sosial. Tujuan negara Indonesia yang termaktub dalam Undang-Undang dasar 1945 alinea ke-4 diantaranya adalah terwujudnya kesejahteraan umum, salah satunya adalah dengan terwujudnya kesejahteraan dalam bidang perekonomian yang menjadi salah satu sektor terpenting dalam pembangunan nasional. Kita dapat merujuk pada pasal 33 ayat (1) UUD 1945 :³³⁸

- a. Ayat (1) yakni perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasarkan atas asas kekeluargaan. Hal ini menunjukkan bahwa perekonomian disusun artinya tidak dibiarkan tersusun sendiri secara bebas (diatur oleh pasar). Susunan yang dimaksudkan adalah “usaha bersama” (berdasar suatu mutualisme yang menunjukkan perbedaannya dari usaha swasta yang didorong oleh *self interest*. Asas kekeluargaan (*brotherhood*) sebagai pernyataan adanya tanggung jawab bersama untuk menjamin kepentingan, kemajuan, dan kemakmuran bersama.
- b. Ayat (2) berbunyi “cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara”. Perkataan “yang penting bagi negara” dapat ditafsirkan dengan tanggung jawab negara yaitu untuk melindungi bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan

³³⁸ Elli Ruslina, *Dasar Perekonomian Indonesia dalam Penyimpangan Mandat Konstitusi UUD Negara Tahun 1945*, (Yogyakarta: Total Media, 2013), hlm. 46-48.

kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasar kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

- c. Ayat (3) berbunyi “Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara untuk kemakmuran rakyat”. Hal ini menegaskan bahwa posisi rakyat yang utama. Hal ini demokrasi ekonomi memperoleh justifikasinya, bahwa kepentingan masyarakat lebih utama dari kepentingan orang perorangan.
- d. Ayat (4) berbunyi “Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional. Makna kata “efisiensi berkeadilan” maka kepentingan orang seorang yang diwakilinya berubah menjadi social preference yang merupakan suatu transformasi ekonomi dari sistem ekonomi berdasarkan asas perseorangan menjadi sistem ekonomi berdasar kebersamaan dan asas kekeluargaan.

Berdasarkan pengertian yang terkandung dalam Pasal 33 UUD 1945 diatas, maka Pasal 33 tersebut mengandung makna yang sangat esensial yaitu tercermin adanya demokrasi ekonomi, yang memiliki makna demokrasi ekonomi di Indonesia. Dalam hal ini demokrasi sosial yang berdasarkan atas kebersamaan bukan demokrasi liberal berdasarkan individualisme.³³⁹

Kemudian, pasal 34 UUD 1945 juga berbicara tentang kebijakan perekonomian negara yang dimaksudkan untuk kesejahteraan umum, yang berbunyi “fakir miskin dan anak-anak terlantar dipelihara oleh negara”. Pemeliharaan disini menunjukkan peran aktif pemerintah dalam memberikan perlindungan kepada warga negaranya, khususnya kepada kelompok yang lemah atau termarginalkan secara ekonomi karena daya kemampuan mereka yang tidak mampu bersaing secara wajar. Hal ini juga dapat dimaksudkan bahwa negara memberikan jaminan sosial bagi kelompok-kelompok tersebut. Dalam upaya untuk melaksanakan tugas pemerintah untuk meningkatkan kesejahteraan sosial, peran masyarakat juga sangat diharapkan untuk mewujudkannya. Wakaf yang pada dasarnya bertujuan untuk mewujudkan keadilan sosial pada umumnya, terutama untuk meningkatkan kesejahteraan ekonomi secara khusus sangat bersinergi untuk mencapai tujuan negara dalam rangka menciptakan kesejahteraan sosial bagi masyarakatnya.

2. Teori Hukum Zariah Legal Movement³⁴⁰

³³⁹ *Ibid*, hlm. 54.

³⁴⁰ Teori Hukum Zariah Legal Movement, dicetuskan Mustapa Khamal Rokan dalam disertasinya yang berjudul: Optimalisasi Pengaturan Pasar dalam Rangka Menjaga Pasar Tradisional di Indonesia dalam Perspektif Hukum Islam di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (UI) tahun 2015.

Hukum bersifat dinamis dan terus bergerak untuk mencapai tujuannya. Hal ini disebabkan kondisi, situasi dan tempat dimana hukum dilakukan selalu saja berubah. Oleh karena itulah, ungkapan yang dikenal adalah perubahan hukum dengan perubahan waktu, tempat dan kondisi. Oleh karena itu, karakter hukum yang selalu melihat perubahan menjadikan hukum harus dapat menutup peluang untuk terjadinya keburukan dan membuka peluang untuk menciptakan kebaikan. Teori hukum inilah yang disebut dengan *zariyah* dalam khazanah ushul fikih.

Tulisan ini akan menjelaskan teori hukum *zariyah* yang dinamakan dengan *zariyah legal movement* dari sejarah, konsep serta implementasinya dalam isu hukum yang berkembang. Adapun isu hukum yang diambil adalah isuh hukum tentang hukum pasar di Indonesia. Kontestasi pasar modern dan pasar tradisional di Indonesia membutuhkan hukum yang bergerak dinamis untuk menyelesaikan isu hukum ini. Mewujudkan tujuan dalam melakukan transformasi sesuatu kepada kebaikan (*mashlahat*)³⁴¹ dan menghindari dari keburukan (*mafsadât*) membutuhkan teori hukum yang terus bergerak. Salah satu teori penggalan hukum (*Ushûl al-fiqh*) untuk mencapai tujuan hukum (*maqâshid syarîah*) adalah teori *zarî'ah*.

Teori hukum *al-zarî'ah* (الذريعة)³⁴² adalah salah satu teori hukum yang digunakan dan dikembangkan para ahli hukum Islam (*fuqahâ'*) untuk menyelesaikan kasus-kasus hukum. Konsep *sadd al-zarî'ah* pertama kali dicetuskan dan paling banyak digunakan oleh Imâm Mâlik sebagai dasar penetapan hukum, kemudian diikuti oleh para murid dan pengikutnya dalam mazhab Mâlikiyah.³⁴³ Secara umum kedudukan *zarî'ah* sebagai dasar hukum dapat dibagi dalam dua (2) kelompok, pertama, ulama yang menjadikan *zarî'ah* sebagai dasar hujjah yakni Imâm Mâlik dan Imâm Aḥmad dan secara umum Imâm Al-

³⁴¹ Terma *Mashlahah* sebagaimana yang diformulasi oleh Asmawi dapat diartikan dalam beberapa bentuk, yakni *mashlahah* sebagai prinsip, terjemahan dari kata *al-ashl*, *al-qâidah*, dan *mabda'*. *Mashlahah* berarti sumber atau dalil hukum (*source*, *al-mashdar*, *al-dalîl*). *Mashlahat* juga diartikan sebagai doktrin (*doctrine*, *al-dhâbith*). *Mashlahah* juga dapat berarti konsep (*concept*, *al-fikrah*), metode (*method*, *al-fikrah*), *Mashlahah* juga disebut dengan teori, (*theory*, *al-nazhariyah*). Lihat, Asmawi, *Teori Maslahat dan Relevansinya dengan Perundang-undangan Pidana Khusus di Indonesia*, Cet. I, (Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Kementerian Agama RI, 2010), hlm. 33-34.

³⁴² *Zarî'ah* sebagai kajian *ushl al-Fiqh* dibahas oleh banyak para ulama, dan diantara ulama yang membahas *zarî'ah* secara khusus seperti Muḥammad Hisyâm al-Burhâni, *Sadd al-zarî'ah fi al-Syarî'ah al-Islâmiyah*, (Damaskus: Dâr al-Fikr, 1406 H/1975 M). Lihat juga Su'ûd Ibn Malluh Sulthân al-'Anzi, *Sadd al-Zarâ'i 'inda Ibn Qayyim al-Jauziyah Wa aṣâruhu fi Ikhtiyâratuhu al-Fiqhiyyah*, Cet. I, (Amman: Dar al-Atsariyah, 1428 H/2007 M). Lihat juga Wahbah al-Zuhailî, *al-Zarâ'i fi Siyâsah li Syar'iyyati wa al-Fiqh al-Islâmî*, Juz I, (Suriyah: Dâr al-Maktabi, 1419 H/1999 M)

³⁴³ Abî Ishâq al-Syâthibî, *al-Muwâfaqat fi Ushûl al-Syarî'ah*, Juz III, (Beirût: Dâr al-Ma'rifah, 1975), hlm. 42.

Syâthibî. Kedua, *sadd zarî'ah* digunakan sebagai dasar hukum pada hal-hal tertentu saja, yang banyak dilakukan oleh Imâm Al-Syâfi'î dan Imâm Abu Hanîfah.³⁴⁴

Secara bahasa, *al-zarî'ah* (الذريعة) adalah kata benda isim bentuk tunggal yang berarti "jalan", "sarana" atau "perantara" (pen-).³⁴⁵ Sedangkan menurut istilah ulama ush al-fiqh, *zarî'ah* adalah "segala hal yang bisa mengantarkan dan menjadi jalan kepada sesuatu yang dilarang oleh syara'".³⁴⁶ Teori *zarî'ah* adalah perantara (*wasâil*) untuk mencapai tujuan hukum (*maqâshid*). Hukum perantara (*wasâil*) sama dengan hukum tujuan (*maqâshid*), hanya saja tingkat *wasâil* lebih rendah dari tingkat *maqâshid*.³⁴⁷ Selain itu, hukum *wasâil* sangat ditentukan oleh *maqâshid*, sebab *wasâil* tidak berubah hukumnya tanpa *maqâshid*.³⁴⁸ Oleh karena itu hubungan antara *maqâshid* dan *wasâil* bersifat fungsional, keberadaan *wasâil* untuk menjalankan fungsi yang mengantarkan kepada tercapainya *maqâshid*. Sifat hubungan yang fungsional melahirkan konsekuensi yuridis, yakni hukum *wasâil* mengikuti hukum *maqâshid*, apabila *al-maqâshid* berstatus haram, maka *wasâil* juga haram, sebaliknya apabila *maqâshid* berstatus wajib maka *wasâil* juga wajib demikian dan seterusnya.³⁴⁹

Comment [x21]: Jenis atau size font berbeda

Tujuan hukum Islam (*maqâshid al-syarî'ah*) adalah mewujudkan kemaslahatan umat manusia. Mashlahah berarti kebaikan dan kemanfaatan³⁵⁰ bagi alam semesta. Untuk mewujudkan kemaslahatan bagi manusia hukum Islam seyogyanya dapat merespons perkembangan dan perubahan sosial yang terjadi dalam realitas masyarakat³⁵¹ baik dengan dasar hukum yang terdapat dalam *nash* (*nash al-manshûshah*) maupun tidak (*ghair al-manshûshah*). Tujuan hukum Islam untuk mewujudkan kemaslahatan manusia dalam lima (5) hal pokok yakni menjaga agama (*hifzh al-dîn*), menjaga kehidupan (*hifzh al-nafs*), menjaga intelektualitas (*hifzh al-'aql*), menjaga keturunan (*hifzh al-nasl*), menjaga kepemilikan (*hifzh al-mâl*). Kelima hal pokok tujuan hukum di atas dapat dikembangkan menjadi perlindungan atas kehormatan (*hifzh al-'ird*), pemenuhan kontrak, kesejahteraan sosial (*takâful*), kebebasan (*al-hurriyah*), martabat

³⁴⁴ Nasrun Haroen, *Ushul Fiqh-I*, (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1997), hlm. 169. Lihat juga, Muhammad Abû Zahrah, *Ushûl a-Fiqh*, (tt: Dâr al-Fikr al-'Azâli, 1377 H/1985 M), hlm. 287

³⁴⁵ Muhammad bin Mukarram bin Manzhur al-Afriqi al-Mishri, *Lisân al-'Arab*, Juz III, (Beirût: Dâr Shadir, tt), hlm. 207.

³⁴⁶ Wahbah al-Zuhaili, *Ushûl al-Fiqh al-Islamî*, Juz II, (Beirut: Daar al Fikr, 1406 H/1986 M), hlm. 873.

³⁴⁷ Imâm al-Qarâfi Syihâb al-Dîn Abî 'Abbâs Ahmad bin Idrîs al-Mishrî al-Malikî, *Al-Furûq*, Juz II, (Beirût: Alam al-Kutub, t.t.), hlm. 33

³⁴⁸ Lihat juga, Musthâfâ Dib al-Buga, *Âsar al-Adillah al-Mukhatalafihâ (Mashâdir al-Tasyrî' al-Tabi'iyah fi al-Fiqh al-Islâmî)*, (Damaskus: Dâr al-Imâm al-Bukhârî, tt), hlm. 556.

³⁴⁹ Muhammad Abû Zahrah, *Ushûl a-Fiqh*, (tt: Dâr al-Fikr al-'Azâli, 1377 H/1985 M), hlm. 290.

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ Muhammad Khalid Mas'ud, *Filsafat Hukum Islam dan Perubahan Sosial*, Terj Yudian W. Asmin (Surabaya: Al-Ikhlâs, 1995), hlm. 23-24. Untuk merespons perubahan sosial, hukum Islam tidak bisa kaku dan lamban dalam menghadapi perubahan hukum Islam. Lihat, Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia* Cet. I, (Yogyakarta: LKiS, 2004), hlm. 201.

manusia, persaudaraan sesama manusia. Khusus dalam bidang ekonomi bahwa salah satu tujuan hukum adalah pembangunan ekonomi,³⁵² termasuk diantaranya adalah melakukan perlindungan dan pemberdayaan kepada kelompok-kelompok rentan diantaranya adalah pelaku usaha lemah/kecil.

Sasaran teori hukum *al-zarī'ah* (الزريعة) untuk mewujudkan kemaslahatan manusia (*maqâshid syarīah*)³⁵³ dilakukan melalui (2) dua sisi yakni pertama dengan cara menutup (*sadd*), memproteksi segala sesuatu (*washīlah*) yang dapat mendatangkan kerusakan (*mafsadât*) sehingga dapat mewujudkan tujuan hukum (*maqâshid syarīah*) yang disebut dengan (*sadd al-zarī'ah*). Sedangkan sisi yang kedua adalah dengan cara membuka (*fath*), seperti mendampingi, membantu, memberdayakan dan semua jalan atau perantara (*washīlah*) untuk mewujudkan tujuan hukum (*maqâshid syarīah*) yang disebut dengan (*fath al-zarī'ah*).

Sadd al-zarī'ah adalah metode pengambilan hukum (*istinbâth al-hukm*) dengan cara menutup semua perantara (*washīlah*) sekalipun perantara tersebut boleh (baca: halal) dilakukan, tetapi dengan mengerjakan perantara (*washīlah*) tersebut dikhawatirkan atau kuat dugaan dapat berakibat kemudharatan/perbuatan yang haram yang bertentangan dengan tujuan hukum. Penggunaan teori *sadd al-zarī'ah* bersifat pencegahan untuk memelihara *maqâshid al-syarī'ah* yakni merealisasikan kemaslahatan bagi manusia.³⁵⁴ Dalam *Usûl al-fiqh* jika tujuan hukum (*maqâshid*) tidak terwujud kecuali dengan perantara yang dapat membawa kepada *maqâshid* tersebut, maka perantara dan sebab tersebut mengikut kepada hukum *maqâshid*. Dengan kata lain, apabila Allah mengharamkan sesuatu, maka menempuh jalan dan perantara tersebut hukumnya haram. Demikian juga perbuatan yang membawa ke arah *mubah* (boleh) hukumnya adalah *mubah*, perbuatan yang menjadi perantara atas terjadinya perbuatan wajib adalah wajib.

³⁵² Mohammad Hasyim Kamali memperluas struktur *maqâshid syarīah* yakni perlindungan hak-hak kebebasan dasar, pembangunan ekonomi, penelitian dan pengembangan teknologi dan pengetahuan, serta eksistensi bersama yang damai antar bangsa. Lihat Mohammad Hasyim Kamali, *Membumikan Syarīah: Pergulatan Mengaktualkan Islam*, (Bandung: Mizan, 2013), hlm. 168.

³⁵³ Memahami *maqâshid al-syarīah* adalah instrumen fundamen dalam menetapkan hukum Islam, bahkan Al-Juwaini mengatakan seseorang tidak dapat dikatakan mampu menetapkan hukum dalam Islam sebelum ia memahami benar tujuan Allah mengeluarkan perintah dan larangannya. Lihat Imâm Ḥaramainî abû al-Ma'âlî 'Abd al-Mâlik bin 'Abd Allâh al-Juwainî, *Al-Burhân fî Ushûl al-Fiqh*, (Kairo: Dâr Al-Anshâr, 1400), hlm. 295.

³⁵⁴ Ahmad Muḥammad al-Mughnî dalam *Majallât Majma' al-Fiqh al-Islâmî*, Al-Daurât al-Tâsi'at (Abu Dabi: Munzhimât al-Mu'tamar al-Islâmî, 1996), hlm. 531-532. Lihat juga Al-Qurthûbi, *Al-Jâmi' li Ahkâm al-Qurân*, Juz II, (Kairo, Dâr al-Ḥadîs, 1994), hlm. 58. Senada dengan Qarâfi, Syaokani dan Syâtibi menyebutkan bahwa *al-zarī'ah* adalah masalah atau perkara yang pada lahirnya dibolehkan namun akan mengantarkan kepada perbuatan yang dilarang (*al-mahzhûr*). Lihat Muḥammad bin 'Alî al-Syaukânî, *Irsyâd al-Fuḥûl fi Tahqîq al-Haqq min 'Ilm al-Ushûl*, (Beirût: Dâr al-Kutub al-'Ilmiyah, 1994), hlm. 295. Dengan kata lain, menolak sesuatu yang boleh (*jâiz*) agar tidak mengantarkan kepada sesuatu yang dilarang (*mamnû'*). Lihat Ibrahim bin Mûsa al-Lakhmi al-Gharnathi al-Mâlikî (al-Syâthibî), *al-Muwâfaqât fi Ushûl al-Fiqh*, juz III, (Beirût: Dâr al-Ma'rifah, tt.), hlm. 257-258.

Fath al-zarī'ah adalah metode pengambilan hukum (*istinbâth al-hukm*) dengan cara membuka semua perantara (*washīlah*) untuk mewujudkan kemaslahatan umat. Dua bentuk *fath al-zarī'ah* yang paling menonjol adalah memotivasi dan memberdayakan. Setiap upaya memotivasi/membuka peluang atau memberdayakan sesuatu untuk mewujudkan kemaslahatan manusia hukumnya adalah sebagaimana tujuan hukum (*maqâshid*). Dengan demikian, menetapkan hukum atas suatu perbuatan tertentu yang pada dasarnya diperbolehkan baik dalam bentuk membolehkan (*ibâhah*), menganjurkan maupun mewajibkan (*ijâb*) karena perbuatan tersebut bisa menjadi sarana terjadinya perbuatan lain yang memang telah dianjurkan atau diperintahkan. Teori ini berdasarkan kaedah.

مَا لَا يَتِمُّ الْوَجِبُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ³⁵⁵.

[Sesuatu kewajiban tidak sempurna dilaksanakan tanpa suatu hal tertentu, maka hal tertentu itu pun wajib pula untuk dilaksanakan]

Selain *sadd al-zarī'ah* dan *fath al-zarī'ah*, teori *zarī'ah* juga melakukan *Jam'u al-zarī'ah* yakni metode pengambilan hukum (*istinbâth al-hukm*) dengan cara menggabungkan semua perantara (*washīlah*) untuk mewujudkan kemaslahatan umat. Dua bentuk *jam'u zarī'ah* yang paling menonjol adalah kolaborasi perantara (*washīlah*) untuk mencapai tujuan hukum (*maqâshid al-syarīah*).

Oleh karena itu, teori hukum *zarī'ah* bersifat aktif untuk digunakan sebagai instrumen hukum untuk mewujudkan tujuan hukum (*maqâshid*). Perubahan sosial, ekonomi, politik, geografi dan struktur masyarakat mengharuskan hukum bersifat aktif untuk menutup segala kemungkinan yang dapat merusak tujuan hukum dan membuka segala kemungkinan yang dapat mewujudkan tujuan hukum sehingga terkadang tidak hanya bertugas menutup (*sadd*) atau membuka (*fath*) tetapi juga melakukan kolaborasi sehingga teori ini disebut dengan *zarī'ah legal movement*.³⁵⁶

Adapun cara kerja teori *zarī'ah legal movement* adalah merumuskan hukum-hukum yang terdapat pada nash (*nash al-manshûshah*) sebagai dalil dan merumuskan hukum yang tidak terdapat pada nash (*nash ghair manshûshah*) dengan cara kerja yang

³⁵⁵ Muḥammad bin Bahadur bin 'Abd allâh al-Zarkasyî, *al-Baḥr al-Muḥîth*, Juz 7, (Beirût: Dâr al-Kutub al-'Ilmiyyah, tt), hlm. 358. Lihat juga, Fathî al-Darârainî, *al-Nazhariyyât al-Fiqhiyyah*, Cet. IV, (Damaskus: Mansyurât Jam'ah Damsiyq, 1417 H/1997 M), hlm. 7. Dalam kaidah lain yang mirip:

كل ما لا يتوصل إلى المطلوب إلا به فهو مطلوب
yang dituntut, kecuali dengannya Maka sesuatu itu dituntut adanya"

³⁵⁶ Membicarakan *zarī'ah* sebagai pisau atau teori untuk menemukan hukum (*istinbâth*) para ulama ushul (*fiqh*) pada umumnya lebih membicarakannya sebagai penutup *washīlah* (perantara) perbuatan yang dikhawatirkan menjadi perbuatan yang dilarang atau yang disebut dengan *sadd zarī'ah*. Dalam literatur *ushûl al-fiqh*, metode *istinbâth al-hukm* (teori pengambilan hukum Islam) yang ditemukan adalah teori *sadd-zarī'ah*.

sama. *Zarī'ah legal movement* adalah sarana untuk menggerakkan perbuatan yang mungkin saja tidak terdapat perintah secara langsung oleh Allah sebagai pembuat hukum (*syâri'*) melalui nash maupun hadits Nabi Muhammad Saw. dengan tujuan mewujudkan kemaslahatan. Pada saat yang sama *zarī'ah legal movement* berfungsi sebagai alat untuk mencegah suatu kerusakan walaupun hukum perbuatan tersebut tidak haram tetapi dengan melakukan perbuatan tersebut dapat menyebabkan perbuatan yang dilarang yakni terjadi kerusakan (*ihtiyâth li al-fasâd*). Dengan demikian, yang dilihat adalah akibat dari perbuatan, bukan melihat kepada motif dan niat si pelaku. Jika akibat atau dampak dari suatu perbuatan adalah sesuatu yang dilarang atau *mafsadah*, maka perbuatan itu harus dicegah. Sebaliknya, jika suatu perbuatan diduga kuat akan menjadi sarana terjadinya tujuan syarīah (*mashlahah*), maka perbuatan tersebut adalah kewajiban yang diperintahkan. Hal ini sesuai dengan kaidah:

إِنَّمَا وَجِدْتُ الْمَصْلَحَةَ فَتَمَّ شَرَعُ اللَّهِ³⁵⁷

“Dimana terdapat kemaslahatan (kebaikan) maka terdapat syariat Allah”.

Teori *zarī'ah legal movement* sesuai sekaligus memperkuat karakter adaptif hukum Islam terhadap perubahan kondisi. Untuk mewujudkan tujuan hukum (*maqâshid syarīah*) hukum Islam mempunyai tiga karakter dalam berinteraksi dengan sistem hukum lain yakni. Pertama, merubah. Hukum Islam melakukan perubahan hukum yang telah ada sebelumnya jika bertentangan dengan tujuan hukum dan syariat Islam. Kedua, menerima. Hukum Islam melakukan penerimaan terhadap hukum yang telah ada sebelumnya jika tidak bertentangan dengan syarīah Islam. Ketiga, modifikasi. Hukum Islam melakukan modifikasi terhadap hukum yang telah ada sebelumnya.

Comment [x22]: Jenis atau size font berbeda. Sebaiknya disesuaikan

Penggunaan *sadd al-zarī'ah* dalam konteks hukum pasar dapat dilihat dari larangan Nabi Muhammad Saw. terhadap perbuatan monopoli seperti *talâq rukbân*, *ihtikâr ta'alluq* dan seterusnya. Larangan-larangan atas praktik monopoli adalah cara untuk menutup perantara (*sadd al-zarī'ah*) yang dapat menghalangi pencapaian tujuan hukum (*maqâshid syarīah*). Praktik monopoli adalah perbuatan yang dapat menyebabkan kesulitan masyarakat (baca: pelaku usaha, konsumen) termasuk pelaku usaha kecil/lemah. Pengujian terhadap hasil dapat dilihat dari ketersingkirannya pelaku usaha kecil/lemah dari pasar, bahkan secara lebih luas berdampak terhadap masyarakat berupa kesenjangan sosial, peningkatan pengangguran, kemiskinan dan selanjutnya berdampak terhadap masalah-masalah sosial lainnya seperti pencurian, perampokan serta tindakan kriminal lainnya. Hukum Islam melarang persaingan usaha yang berdasarkan atas orientasi keuntungan semata yang dapat merusak kehidupan masyarakat secara luas.³⁵⁸

³⁵⁷ Zakariyyâ Al-Barri, *Mashâdir al-Ahkâm al-Islâmiyyah*, (Mesir: Dâr al-Ittihâd al-'Arabi, 1975), hlm. 19. Lihat juga Muḥammad Sa'îd Ramadhân al-Buti, *Dawâbith al-Mashlahah fi al-Syarīah al-Islâmiyyah*, (Beirût: Muassasah al-Risâlah, 1977), hlm. 12.

³⁵⁸ Zulkifli Hasan, *Islamic Perspective on The Competition Law and Policy*, <http://zulkiflihasan.files.wordpress.com/2008/07/islam-and-competition-policy.pdf>, hlm. 7

Mencegah kerusakan kehidupan masyarakat lebih didahulukan daripada memperoleh kesejahteraan bagi sekelompok orang. Hal ini sesuai dengan kaidah:

درء المفسد مقدم على جلب المصلح³⁵⁹

“Menghindarkan kerusakan lebih diutamakan dari mengambil kebaikan”

Penggunaan teori *sadd al-zari'ah* dalam hukum bisnis secara umum dan hukum anti-monopoli secara khusus telah dinukilkan oleh Ibn Qayyim Al-Jauziyah:

“...justice is the very essence of Shari'ah and that it is its main objective. Any action directed towards the securing of justice will get the approval of the Shari'ah and will become imperative. Price control or, for that matter, interference by state in private property was advocated by Ibn Taimiyah and Ibn al-Qayyim on consideration of justice. It is also the requirement of justice that everyone should have equal opportunity to produce and to engage in business, and that none should be allowed to create monopoly and deny others the right to produce or trade and this is why Ibn al-Qayyim has opposed these practices.”³⁶⁰

Pada saat bersamaan, semua hal yang berkaitan dengan motivasi, pemberdayaan, pendampingan (*fath al-zari'ah*) untuk merealisasikan tujuan hukum (*maqashid syariah*) wajib dilakukan. Dalam konteks pasar ritel di Indonesia, upaya perlindungan, pemberdayaan, pendampingan pasar tradisional bertujuan menjaga keseimbangan persaingan dengan pasar modern. Hal ini dapat dilihat bagaimana Nabi Muhammad Saw. membuat kebijakan hukum pasar di Madinah. Beberapa bentuk perlindungan Pasar Madinah adalah pembebasan pasar dari pajak, pengaturan zonasi pasar, pembuatan infrastruktur pasar serta pemberdayaan para pelaku pasar.

Teori ini berdasar pada tujuan Islam yang bukan berdasarkan keutamaan materi tetapi berdasarkan kemanusiaan dan kehidupan yang baik dengan menekankan persaudaraan dan keadilan sosial ekonomi.³⁶¹ Dalam konteks perdagangan, pasar sebagai tempat berinteraksi pelaku pasar dilakukan dengan menghormati kebutuhan manusia untuk saling melindungi dan saling tolong menolong³⁶² dalam rangka menegakkan keadilan sosial sehingga tercipta hidup yang baik dan sejahtera (*hâyah thayyibah*).³⁶³

³⁵⁹Alî Ahmad Al-Nadzwi, *Al-Qawâ'id Al-Fiqhiyyah*, Cet. I, (Damaskus: Dâr Al-Qalam, 1986), hlm. 170.

³⁶⁰Abdul 'Azhim Islahi, *Economic Thought of Ibn Qayyim*, (Jeddah: International Centre for Research in Islamic Economics, King Abdulaziz University, 2009), hlm. 16.

³⁶¹ M. Umar Chapra dalam Gillian Rice, *Islamic Ethic and Implication on Business*, (Springer: Journal of Business Ethics, Vol. 18, No. 4 (Feb., 1999), hlm. 346.

³⁶²QS. Al-Mâidah: 2.

³⁶³QS. Al-Nahl: 97.

Para ahli hukum mengatakan bahwa manusia adalah *al-insân madaniyyun bi al-thabi'î* (manusia adalah makhluk sosial dan ber peradaban yang saling membutuhkan).³⁶⁴ Keberadaan manusia yang saling membutuhkan meniscayakan ikatan persaudaraan dan kemanusiaan diantara sesama. Oleh karena itu pasar adalah sebuah entitas manusia yang melakukan transaksi bisnis dalam kebersamaan, bukan sebaliknya saling menguasai dan menyingkirkan. Pembentukan pasar yang berdasarkan saling tolong menolong menghendaki terjadinya kesejahteraan bersama dan sirkulatif untuk menghindari kesejahteraan pada segelintir orang.³⁶⁵

Kegiatan pasar yang berdasarkan saling tolong menolong sesuai dengan konstitusi Republik Indonesia. Pasal 33 UUD 1945 menggunakan istilah tolong menolong dengan asas kekeluargaan dalam kegiatan ekonomi.³⁶⁶ Asas kekeluargaan menyatakan penegasan atas penyusunan sistem ekonomi di Indonesia adalah atas usaha bersama yang berdasarkan atas rasa saling tolong menolong tanpa mencederai satu dengan yang lain. Layaknya seperti sebuah keluarga, jika satu pelaku usaha mengalami kesulitan, kerugian dan bahkan kematian, maka hal yang sama akan dirasakan oleh pelaku usaha yang lain. Sistem ekonomi dalam konstitusi disebut dengan ekonomi koperasi yakni ekonomi saling tolong menolong dan menghendaki kemakmuran bersama anggota yang saling tolong menolong (berkoperasi). Sistem ekonomi Indonesia tidak menghendaki kemakmuran hanya pada sebagian orang yang kuat modal, manajemen dan moderen tetapi sistem ekonomi Indonesia menghendaki kemakmuran semua orang termasuk orang-orang yang terpinggirkan.

Pembangunan ekonomi di Indonesia harus dapat diperoleh semua pihak terutama hak-hak masyarakat yang lemah.³⁶⁷ Jaminan hukum terhadap kelompok

³⁶⁴ 'Abd al-Rahmân bin Khaldûn, *Muqaddimah*, Cet. I, (Mesir: Dâr al-Ghad al-Jadîd, 1423 H/2007 M), hlm. 53. Dalam kalimat lain disebutkan bahwa *al-Insân kâinun ijtimâ'iyun bi al-thabi'î*. Lihat al-Rahmân bin Khaldûn, *Muqaddimah*, catatan kaki nomor: 1.

³⁶⁵ QS. al-Hasyr: 7. Sirkulasi kesejahteraan dalam level makro adalah melalui instrumen zakat, infak sedekah, wakaf dan sebagainya. Bahkan prinsip sirkulasi kesejahteraan dapat dipaksa oleh negara melalui instrumen zakat, stagnasi pembayaran zakat adalah penghambatan sirkulasi kekayaan diantara sesama.

³⁶⁶ Dalam sejarah perjalanan Moh. Hatta sebagai penggagas Pasal 33 UUD 1945, bahwa kalimat tolong menolong adalah sendi yang ketiga yang ditulis Hatta dalam pamphlet yang berjudul "Menuju Indonesia Merdeka. Dalam pencariannya, salah satu tulisan yang mengungkapkan konsistensi komitmen Bung Hatta terhadap ekonomi kerakyatan adalah pamphlet yang disusunnya untuk Pendidikan Nasional Indonesia (PNI Baru) pada tahun 1932. Dalam pamphlet yang berjudul "Menuju Indonesia Merdeka" tersebut, Bung Hatta mengupas secara panjang lebar mengenai pengertian kerakyatan, demokrasi, dan arti penting demokrasi ekonomi sebagai salah satu pilar model demokrasi sosial yang cocok bagi Indonesia merdeka. Revrison Baswir, *Ekonomi Kerakyatan Ekonomi Rakyat dan Koperasi Sebagai Sokoguru Perekonomian Nasional*, www.gemari.or.id/file/buku/diskusinusantara5revrisonbaswir.pdf.

³⁶⁷ Meminjam istilah Jakob pembangunan berbasis atas hak (*right based development*) yang meniscayakan keikutsertaan seluruh masyarakat termasuk di dalamnya kelompok masyarakat rentan (*vulnerable*), kekurangan (*disadvantage*) atau kelompok terpinggir (*excluded group*). Lihat Jakob Kirkeman Boesen And Tomas Martin, *Applying A Right-Based Approach (An*

Comment [x23]: Jenis atau size font berubah. Agar disesuaikan

rentan adalah salah satu konsentrasi misi hukum Islam. Perintah penjaminan terhadap kelompok rentan disejajarkan Allah Swt. dengan mengesakan diri-Nya,³⁶⁸ dan perwujudan Iman dan Takwa seseorang.³⁶⁹ Masudul Alam Choudhury mengatakan:

“In the case where the rich and poor are shown to enjoy their God-given opportunities (Rizq), the Our'an talks of the two groups connecting with each other in solidarity. Such a participation can happen when basic needs abound and dynamically evolve by the force of the Shuratic Process.”³⁷⁰

Asas tolong menolong menafikan pasar dalam persaingan secara bebas. Saling menjamin diwujudkan dengan saling melindungi dan saling bertanggungjawab. Sedangkan saling tolong dalam dosa adalah meninggalkan apa yang diperintahkan Allah untuk dikerjakan.³⁷¹ Dalam konteks perdagangan prinsip saling menjamin dan bertanggungjawab antar sesama pedagang disebut dengan *takâful al-tujjâr*.³⁷² Saling menjamin diantara pelaku pasar (*takâful al-tujjâr*) adalah penjaminan yang dilakukan oleh pedagang (yang lebih kuat) dengan pedagang lainnya (yang lebih lemah) dengan cara menutup (*sadd al-zari'ah*) segala bentuk yang dapat membuat pedagang kecil/lemah merugi dan bahkan mati serta membuka (*fath al-zari'ah*) segala bentuk yang dapat menjaga keberadaan pasar kecil atau kolaborasi perantara-perantara yang ada.

Dalam konteks keberadaan pasar modern pada pasar ritel di Indonesia dapat dianalisis dari (2) dua hal yakni melalui analisis aspek persaingan usaha dan

Inspirational Guide For Civil Society), (Copenhagen: The Danish Institut For Human Right, 2007), hlm. 17. Hal ini sesuai dengan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 2010 tentang Percepatan Pelaksanaan Prioritas Pembangunan Nasional Tahun 2010 memfokuskan pembangunan yang berkeadilan yang meliputi pembangunan *pro poor*, keadilan untuk semua (*justice for all*) serta pencapaian tujuan pembangunan milenium (*Milenium Development Goal-MDGs*). Program pembangunan keadilan untuk semua (*justice for all*) salah satu aspek yang mendapat prioritas adalah program keadilan bagi kelompok miskin dan terpinggirkan. Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 2010 tentang Percepatan Pelaksanaan Prioritas Pembangunan Nasional Tahun 2010 bagian kedua huruf (f).

³⁶⁸ “Sembahlah Allah dan janganlah kamu mempersekutukan-Nya dengan sesuatupun. dan berbuat baiklah kepada dua orang ibu-bapak, karib-kerabat, anak-anak yatim, orang-orang miskin, tetangga yang dekat dan tetangga yang jauh, dan teman sejawat, ibnu sabil dan hamba sahayamu. Lihat QS. al-Nisâ: 36

³⁶⁹ “Dan pada harta-harta mereka ada hak untuk orang miskin yang meminta dan orang miskin yang tidak mendapatkan bagian.” Lihat QS. al-Zâriât: 19. Demikian juga menurut Surah al-Mâ’ûn bahwa ukuran benar atau tidaknya shalat seseorang dapat dilihat dari sikap keberpihakan kepada orang kelompok-kelompok rentan (*vulnerable*), seperti anak yatim, orang miskin dan sumber-sumber kemakmuran. Lihat QS. al-Mâ’ûn: 5-6). Lihat juga Surah al-Muddassir ayat 42-44: “Apakah yang memasukkan kamu ke dalam neraka Saqar, mereka menjawab: “Kami dahulu tidak termasuk orang yang mengerjakan shalat dan kami tidak pula memberi makan orang miskin.

³⁷⁰ Masudul Alam Choudhury, *Regulation in the Islamic Political Economy: Comparative Perspectives*, J.KAU: Islamic Econ., Vol. 12, hlm. 21-51, (1420 A.H / 2000 A.D), hlm. 29.

³⁷¹ Al-Iman Abul Fida Ismail Ibnu Kasir Ad-Dimasyqi, *Tafsir Ibn Kasir*, Juz 6, Cet. Pertama, (Bandung: Sinar Baru Algensindo, 2000), hlm. 173.

³⁷² *Al-Tujjâr* adalah jamak dari *tâjir* yang berarti para pedagang atau entitas pedagang

hukum pasar berdasarkan saling menjamin (*takâful al-tujjâri*). Analisis aspek persaingan berguna untuk memastikan bahwa pendirian atau keberadaan pasar odern tidak berada pada posisi menentukan sehingga dapat mengatur harga dan merugikan konsumen. Selain itu, analisis aspek persaingan memastikan bahwa keberadaan pasar modern tidak membuat pelaku usaha pasar tradisional menjadi terpinggirkan. Pelaku usaha pasar modern harus dapat menjamin keberadaan pasar tradisional. Selain berdasarkan bentuk kebersamaan, hal ini adalah bentuk dari pertanggungjawaban perusahaan bagi badan usaha yang non-koperasi untuk meredam sosok kapitalisme.³⁷³

Sistem saling menjamin dilakukan dengan melakukan upaya untuk membuat pedagang kecil dapat berdaya melakukan kegiatan perdagangan (*fath al-zarî'ah*) secara normal sehingga mendapatkan kebaikan/kemaslahatan bersama. Pengalokasian sumber daya pedagang besar kepada pedagang kecil adalah alat untuk mencapai tujuan hukum (*maqâshid syarî'ah*) yakni mewujudkan kesejahteraan dan kebaikan bersama.³⁷⁴ Adapun yang termasuk dalam upaya pencegahan (*sadd al-zarî'ah*) adalah segala hal yang dapat menimbulkan dampak negatif terhadap pasar tradisional yakni perizinan, zona (tempat), jam buka, klasifikasi jenis produk dan sebagainya. Sedangkan yang termasuk dalam upaya pemberdayaan (*fath al-zarî'ah*) adalah pemberian modal, insentif pajak, pelatihan manajemen sebagainya.

Comment [x24]: Perhatian size font

Penciptaan pilihan-pilihan untuk mencegah segala bentuk yang dapat membawa kepada keburukan adalah alat untuk melakukan perubahan secara efektif dalam konteks dan kondisi perubahan masyarakat yang berlangsung. Kreativitas dituntut untuk menemukan atau membuat pilihan-pilihan yang sesuai dengan tujuan hukum (*maqâshid syarî'ah*).³⁷⁵ Rumusan regulasi yang baik adalah regulasi yang mampu membuka semua kemungkinan solusi perantara (*fath al-zarî'ah*) yang berkaitan untuk membawa kemaslahatan dan menutup segala kemungkinan (*sadd al-zarî'ah*) yang dapat merusak tujuan hukum, serta menyatukan perantara-perantara untuk mewujudkan tujuan hukum.

Teori dzariah legal movement dikombinasikan dengan teori peran negara terhadap pasar, Secara umum peran negara adalah melakukan kebaikan dan

Comment [x25]: Istilah asing

³⁷³ Sri Edi Swasono memperluas makna koperasi berdasar kebersamaan dengan Triple-Co yakni *Co-ownership* (pemilikan bersama), *Co-determination* (ikut menentukan, *medezeggenschap*) dan *Co-responsibility* (ikut bertanggungjawab). Lihat Sri Edi Swasono, *Indonesia dan Doktrin Kesejahteraan Sosial*, (Jakarta: Prakarsa, 2010), hlm. 92.

³⁷⁴ Pendekatan model ini terinspirasi oleh pendekatan (*maqâshid syarî'ah*) dalam keuangan (*finance*) yang dibuat oleh Mohamad Akram Laldin and Hafas Furqani yang mengatakan "That approach is justified as finance's subject matter is basically how to allocate resources from surplus sectors (capital providers) to deficit sectors (capital users) so that wealth is smoothly circulated and human welfare is realized. Lihat Mohamad Akram Laldin dan Hafas Furqani, *Developing Islamic finance in the framework of maqasid al-Shari'ah Understanding the ends (maqasid) and the means (wasa'il)*, *International Journal of Islamic and Middle Eastern Finance and Management*, Vol. 6 No. 4, 2013, hlm. 281.

³⁷⁵ *Ibid.* hlm. 283.

mencegah kemungkaran (*amr ma'rûf wa al-nahyu 'an al-munkar*).³⁷⁶ *Ma'rûf* berarti segala bentuk kebaikan atau sesuatu yang menghantarkan kepada kebaikan baik yang diperintahkan oleh Allah maupun kebaikan berdasarkan kesepakatan manusia yang bertujuan mewujudkan tujuan hukum (*maqâshid syarîah*). Sedangkan *munkar* adalah segala sesuatu yang dilarang Allah maupun sesuatu yang menghantar kepada kerusakan yang dilarang Allah. Oleh karena itu cakupan *ma'rûf* dan *munkar* sangat luas dan sesuai dengan situasi dan kondisi serta dalam segala bidang.

Dalam hal ekonomi, *ma'rûf* dapat berarti pemberdayaan, pendampingan, insentif, pengurangan dan peniadaan pajak, dorongan kerjasama, promosi dan segala hal yang bersifat kebaikan atau yang menghantar kepada kebaikan. Sedangkan hal yang *munkar* dapat berarti kemiskinan, ketersingkiran, kehilangan kesempatan berusaha, pengangguran, ketidaknyamanan dan segala hal yang bersifat buruk (kerusakan) maupun yang dapat menghantarkan kepada kerusakan (*mafsadât*).

Penerapan *amar ma'rûf nahyu munkar* yang bertujuan mencapai mashlahah sebagai tujuan syarîah (*maqâshid syarîah*) diperlukan kekuasaan penguasa (*sulthân*).³⁷⁷ Penguasa mempunyai hak untuk melakukan pembaharuan hukum sesuai dengan problema yang dihadapi.³⁷⁸ Negara adalah institusi yang sangat dibutuhkan (*wajibat*) untuk mengatur segala kebutuhan masyarakat,³⁷⁹ termasuk kebutuhan ekonomi. Pemerintah memiliki hak ikut campur dan membatasi kebebasan individu untuk menjaga kepentingan publik yang lebih besar. Peran negara dalam kehidupan ekonomi adalah melakukan kebijakan yang membawa kebaikan dan kesejahteraan bagi warganya. Hal ini berdasarkan kaidah "تَصَرُّفُ الْإِمَامِ عَلَى الرَّعِيَّةِ مُنَوِّطٌ بِالْمَصْلَحَةِ" [Kebijakan pemimpin kepada rakyatnya bergantung kepada kebaikan].³⁸⁰

Secara umum bentuk-bentuk peran negara dalam perekonomian, pertama, tanggungjawab hukum demi kesejahteraan masyarakat. Kesejahteraan rakyat dapat diwujudkan dengan menghapuskan semua hal yang mendatangkan kesulitan ekonomi, memberi kemudahan pada akses pengembangan ekonomi kepada seluruh lapisan rakyat

³⁷⁶ Ibn Taimiyah, *Al-Siyâsah al-Syar'iyah fi Ishlâh al-Ra'i wa Ra'iyah*, (Kairo: Al-Shab, 1971), hlm. 89.

³⁷⁷ 'Alî Al-Mâwardî bin Muḥammad Al-Bashrî, *Al-Aḥkâm al-Sulthâniyyah*, (Mesir: Musthâfâ al-Babi al-Halabi, 1973), hlm. 4.

³⁷⁸ Sayyid Qutb, *Keadilan Sosial Dalam Islam*, Cet. 1, (Bandung: Pustaka, 1984), hlm. 136-137. Lihat juga, Palmawati Tahir, *Zakat dan Negara (Studi tentang prospek zakat dalam meningkatkan kesejahteraan masyarakat dengan berlakunya UU No. 38 Tahun 1999 Tentang Pengelolaan Zakat)*, (FHUI: Disertasi, 2004), hlm. 38.

³⁷⁹ A. A. Islahi, *Konsep Ekonomi Ibn Taimiyah*, Terjemahan, (Surabaya: PT. Bina Ilmu, 1997), hlm. 215.

³⁸⁰ Jalâl al-Dîn al-'Abd al-Rahmân al-Suyûthî, *al-Asybah wa al-Nazhîr fi Qawâ'id wa Furû'i Fiqh al-Syâfi'i*, (Beirût: Dâr al-Kitâb al-Ilmiyyah, 911 H), hlm. 121

dan menciptakan kemakmuran.³⁸¹ Kedua, peran negara menegakkan prinsip-prinsip keadilan. Negara wajib mengatur dengan adil dan berusaha keras untuk mencurahkan tenaga dan pikiran untuk membentuk pemerintahan yang adil serta mengutamakan persoalan publik.³⁸² Keadilan ekonomi dan sosial diwujudkan dengan memenuhi setiap kebutuhan pokok atas sandang, pangan, papan, kesehatan dan pendidikan, pengawasan atas harga, penetapan upah kerja dan penyediaan lapangan kerja, intervensi (bila dibutuhkan), pelarangan atas perdagangan yang berdasarkan riba.³⁸³

Berdasarkan perintah Al-Quran untuk menyuruh kepada kebaikan dan mencegah kemungkaran (*amar ma'rûf nahyu munkar*) yang diformulasi oleh Ibn Taymiyyah dalam teori peran negara dalam *al-Hisbah*, peran negara dalam melihat fenomena pasar tradisional dan pasar modern dapat diformulasi menjadi peran negara *Sadd wa Fath* dalam rangka mewujudkan tujuan hukum (*maqâshid syarîah*).

Peran negara "Sadd wa Fath" secara operasional dapat berbentuk negara sebagai penekan, negara sebagai penarik dan negara sebagai pendorong kerjasama. Peran negara "Sadd wa Fath" sesuai dengan teori hukum *Zarî'ah Legal Movement*, dimana hukum Islam bersifat gerak-aktif dalam melihat fenomena yang berkembang dengan melakukan halangan semua bentuk yang menghalangi tujuan hukum (*sadd al-zarî'ah*), mendorong semua bentuk yang dapat mencapai tujuan hukum (*fath al-zarî'ah*). Pada saat teori hukum bekerja sebagai penutup (*sadd al-zarî'ah*), peran negara berposisi sebagai penekan, pada saat teori hukum berkerja sebagai pembuka (*fath al-zarî'ah*), peran negara berposisi sebagai penarik, dan pada saat teori hukum bekerja secara aktif (*zarî'ah legal movement*), peran negara adalah sebagai penyeimbang/kolaborator (*jam'u zari'ah*).

Dalam hal persoalan pasar ritel, peran negara sebagai penekan adalah memberikan batasan kebebasan terhadap pasar modern dalam hal tempat, zonasi, harga, merk dan sebagainya. Peran negara sebagai penarik adalah melakukan upaya pemberdayaan, pemberian fasilitas, pendampingan, pelatihan. Sedangkan peran negara sebagai pendorong kerjasama adalah peran negara untuk melakukan sinerjisitas antara kedua jenis pasar seperti kerjasama dalam pemasaran, kerjasama dalam penggunaan merk, kerjasama lokasi dan sebagainya. Ketiga peran negara tersebut dalam rangka mewujudkan titik keseimbangan.

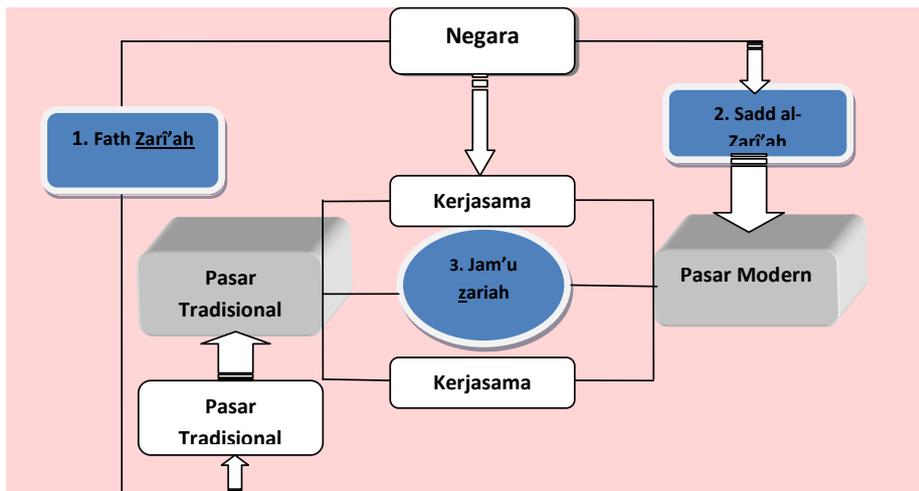
³⁸¹ [Sesungguhnya kamu tidak akan kelaparan di dalamnya dan tidak akan telanjang, dan sesungguhnya kamu tidak akan merasa dahaga dan tidak (pula) akan ditimpa panas matahari di dalamnya]"QS. Thâhâ: 118-119

³⁸² Taqî al-Dîn Abû al-'Abbâs Ahmad bin Taymiyyah, *al-Siyâsah al-Syar'iyah fî Islâh al-Ra'î, wa al-Râ'iyah, Op-Cit*, hlm. 16.

³⁸³ A. A. Islahi, *Konsep Ekonomi Ibn Taimiyah, Op-Cit*, hlm. 224.

Bagan

Peran Negara *Sadd wa Fath*: Penekan, Penarik, Penyimbang
dan Hubungannya dengan Teori Hukum *Zari'ah Legal Movement*



- Keterangan:
1. Negara Sebagai *Fath* (Penarik)
 2. Negara Sebagai *Sadd* (Penekan)
 3. Negara Sebagai *Jam'u* (Pengkolaborasi)

Dalam konteks pasar modern dan pasar tradisional, peran negara sebagai *Sadd* (penekan) berarti melakukan proteksi semua hal yang dapat membuat ketidakadilan pasar (*sadd al-zari'ah*) dalam bentuk pembatasan izin pasar modern, pembatasan perizinan pada wilayah atau zona tertentu, pembatasan menjual produk tertentu, pembatasan harga tertentu. Sedangkan peran negara sebagai *Fath* (penarik) semua bentuk bantuan atau pemberdayaan seperti melakukan peran pemberdayaan bagi pelaku usaha kecil, peran revitalisasi infrastruktur, peran pendampingan dalam kegiatan usaha dan sebagainya. Adapun peran negara sebagai penarik adalah seperti perbaikan dan pembangunan infrastruktur bagi pasar tradisional, pemberian dana insentif, pemberian lokasi atau zona yang strategis dan sebagainya. Sedangkan peran negara sebagai penyeimbang adalah posisi awal (*original position*) dari peran negara yakni menjaga keadilan pasar secara umum.

Comment [x26]: Perhatian size font

3. Teori *Mashlahah*³⁸⁴

Dalam bahasa Arab, kata "*mashlahah*" (bentuk jamaknya *al-mashalih*) adalah sinonim dari kata "manfaat" dan antonim dari kata *mafsadah* (kerusakan).³⁸⁵ Dalam pengertian lain, *mashlahah* artinya mendatangkan manfaat dan menjauhkan bahaya, berdasarkan kepada tujuan syariat.³⁸⁶

Mashlahah dalam *ushul al-fiqh* diidentifikasi dengan bermacam sebutan, antara lain sebagai prinsip (*principle, al-asl, al-qa'idah, al-mabda'*), sumber atau dalil hukum (*source, al-masdar, al-dalil*), doktrin (*doctrine, al-dabit*), konsep (*concept, al-fikrah*), metode (*method, al-thariqah*), dan teori (*theory, al-nazhariyyah*).³⁸⁷

Para ahli hukum Islam memiliki berbagai pendapat tentang pengertian *mashlahah*. Al-Ghazali berpendapat bahwa "*mashlahah* adalah sesuatu yang mendatangkan kemanfaatan dan menjauhkan bahaya."³⁸⁸ Maksud al-Ghazali bukanlah untuk tujuan manusia, tetapi *mashlahah* adalah memelihara tujuan syariah, yaitu memelihara agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta.³⁸⁹ Sebagaimana al-Ghazali, Al-Khawarizmi mengartikan *mashlahah* sebagai perlindungan terhadap tujuan syariah dengan menjauhkan dari kerusakan.³⁹⁰ Syatibi³⁹¹ mengatakan bahwa syariah bertujuan

³⁸⁴ Teori ini digunakan oleh Wirdyaningsih dalam disertasinya di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (UI) tahun 2017

³⁸⁵ Yusuf Hamid 'Alim, *al-Maqashid al-'Ammah li al-Syari'ah al-Islamiyyah*, (Riyad: Dar al-'Alami li al-Kutub al-Islamiyah, 1994), hlm. 134, Imran Ahsan Khan Nyazee, *Islamic Jurisprudence (Usul al Fiqh)*, New Delhi: Adam Publisher, 2006), hlm. 195.

³⁸⁶ Khalid Ramadan Hasan, *Mu'jam Ushul al-Fiqh*, (Kairo: Darul Raudah, s.a.), hlm. 268.

³⁸⁷ Asmawi, *Teori Maslahat dan Relevansinya Dengan Perundang-undangan Pidana Khusus di Indonesia*, (Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Kementerian Agama, 2010), hlm. 33-34.

³⁸⁸ Nama lengkapnya adalah Abu Hamid Muhammad bin Ahmad al-Ghazali al-Thusi al-Syafii. Lahir di kota Thus, Iran tahun 450 H/1058 M dan wafat 505 H/1111 M. Seorang filosof dan teolog muslim Persia yang juga ahli fikih pengikut mazhab Syafii. Pernah menjadi guru besar di Madrasah Nizhamiyah, sebuah universitas yang didirikan oleh perdana menteri, di Baghdad, Irak pada tahun 484 H. (Lihat Sirajuddin Zar, *Filsafat Islam, Filosof, dan Filsafatnya*, (Jakarta: Rajagrafindo, 2004), hlm. 155-158.)

³⁸⁹ Abu Hamid al-Ghazali, *al-Mustasfa min 'Ilmi al-Ushul*, juz 2, (Beirut: Dar al-Kutub al-Islamiyyah, 1993), hlm. 481. Lihat juga Imam Ahsan Khan Nyazee, *Theories of Islamic Law*, (New Delhi: Adam Publishers & Distributors, 1996), hlm. 213.

³⁹⁰ 'Alim, *al-Maqashid al-'Ammah li al-Syari'ah al-Islamiyyah*, hlm. 135.

³⁹¹ Al-Syathibi adalah ulama besar dari Granada, Spanyol. Tidak diketahui tahun kelahirannya. Adapun wafat pada tahun 790 H/1388 M.

untuk menciptakan kemaslahatan bagi manusia di dunia dan akhirat, serta mencegah kerusakan atas mereka.³⁹² 'Izz al-Din bin Abdul Salam berpendapat bahwa *mashlahah* dan *mafsadah* sering dimaksudkan dengan baik dan buruk, manfaat dan *mudharat*, bagus dan jelek, bermanfaat dan bagus sebab semua *mashlahah* itu baik, sedangkan *mafsadah* itu semuanya buruk, membahayakan dan tidak baik untuk manusia.³⁹³ Ahmad Raisuni³⁹⁴ mengemukakan bahwa *mashlahah* adalah setiap sesuatu yang di dalamnya terdapat kebaikan dan manfaat bagi manusia secara umum maupun secara pribadi.³⁹⁵ Abu Zahrah³⁹⁶ berpendapat bahwa *mashlahah* sejatinya adalah merujuk kepada penjagaan terhadap 5 (lima) perkara: agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta. *Mashlahah* merupakan pedoman dalam pembentukan hukum Islam.³⁹⁷

Menurut Najmuddin al-Thufi³⁹⁸ sebagaimana dikutip oleh Ahmad Raisuni, jika terjadi pertentangan antara *mashlahah* dan *nash* (sumber hukum Alquran dan Hadis), wajib mendahulukan *mashlahah* dalam memutuskan perkara.³⁹⁹ Hal ini dilakukan dalam perkara muamalat dan adat kebiasaan manusia, bukan perkara ibadah.⁴⁰⁰ Menurut Ahmad Raisuni, pendapat al-Thufi ini memiliki kelemahan sebab ia tidak menunjukkan contoh adanya pertentangan antara *mashlahah* dan *nash* yang menguatkan pendapatnya.⁴⁰¹

Al-Izz bin Abd al-Salam mengemukakan kaidah untuk mengetahui *mashlahah* dan *mafsadah* (keburukan; bahaya). Menurutnya, jika ingin mengetahui suatu perkara mengandung *mashlahah* atau *mafsadah*, hendaklah ia berpedoman kepada akalinya. Syariah tidak menolak hasil penalaran akal untuk menjadi suatu kesimpulan hukum. Hukum yang dihasilkan dari penalaran akal tidak akan bertentangan

³⁹² Abu Ishak al-Syatibi, *al-Muwafaqat*, juz 2, (Kairo: Darul Ibnu 'Affan), hlm. 9

³⁹³ 'Alim, *al-Maqashid al-'Ammah li al-Syari'ah al-Islamiyyah*, hal. 136. Lihat juga Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia: Tinjauan dari Aspek Metodologis, Legalisasi, dan Yuridprudensi*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2007), hlm. 261.

³⁹⁴ Guru besar Ushul Fikih dan Maqashid Syariah di Fakultas Adab dan Humaniora Universitas Muhammad al-Khamsi di Rabat, Maroko dan anggota Majelis Ulama Maroko.

³⁹⁵ Ahmad Raisuni, *al-Ijtihad: al-Nash, al-Waqi', al-Mashlahah*. Cet-1. (Damaskus: Dar al-Fikr, 2000), hlm. 34.

³⁹⁶ Guru Besar Ushul Fikih di Fakultas Hukum Universitas Kairo, Mesir.

³⁹⁷ Muhammad Abu Zahrah, *Ushul al-Fiqh*, (Kairo: Darul Fikri al-Arabi, t.t.), hlm. 366.

³⁹⁸ Nama lengkapnya adalah Sulaiman bin Qawi Abdul Karim bin Said bin al-Shafi, seorang ahli fikih dan ushul fikih pengikut mazhab Hanbali. Lahir tahun 675 H dan wafat tahun 716 H.

³⁹⁹ Al-Thufi mengambil contoh ketika Nabi Muhammad menyampaikan keinginannya kepada Aisyah untuk merubah posisi Kakbah seperti pada masa Nabi Ibrahim. Namun, hal ini tidak dilakukan disebabkan kekhawatiran nabi akan keimanan kaum muslimin yang belum kuat. Lihat Najmuddin al-Thufi, *Risalah fi Ri'ayah al-Mashlahah*, (Kairo: Maktabah al-Misriyyah, 1993), hlm. 36.

⁴⁰⁰ Raisuni, *al-Ijtihad: al-Nash, al-Waqi', al-Mashlahah*, hlm. 37.

⁴⁰¹ *Ibid.*, hlm. 38.

dengan tujuan syariah, kecuali Allah menetapkannya secara pasti untuk memperoleh kemaslahatan dan menjauhi kerusakan.⁴⁰²

Abdul Wahab al-Khallaf⁴⁰³ memberikan batasan-batasan terhadap perkara yang masuk kategorimashlahah. Menurutnya, suatu perkara dianggap *mashlahah* jika memenuhi persyaratan sebagai berikut.⁴⁰⁴

1. Suatu perkara harus ditetapkan sebagai *mashlahah* yang nyata dan bukan dugaan semata melalui metode kajian yang mendalam.
2. *Mashlahah* haruslah bersifat global untuk kepentingan banyak orang, bukan *mashlahah* yang menyangkut individu atau memenuhi unsur kemaslahatan dan menjauhi bahaya bagi sebahagian besar masyarakat saja.
3. *Mashlahah* yang nyata dan berlaku umum tidak boleh bertentangan dengan ketentuan hukum yang telah diatur dalam *nash* dan ijmak.

Mashlahah syari' merupakan *mashlahah* yang digali dari sumber hukum Islam. *Mashlahah syari'* memiliki keistimewaan dibandingkan dengan *mashlahah* dalam pengertian umum hasil pemikiran manusia yaitu, "Sandaran atau pedoman *mashlahah* selalu bersumber kepada petunjuk syara', bukan semata-mata berdasarkan akal manusia." Akal manusia tidak sempurna, bersifat relatif dan subjektif, dan dibatasi oleh waktu dan tempat serta dipengaruhi oleh lingkungan dan dorongan hawa nafsu. Pengertian baik dan buruk dalam pengertian syariah tidak terbatas untuk kepentingan dunia saja, tetapi juga untuk kepentingan akhirat. Begitu pula bukan hanya kepentingan sementara, tetapi berlaku sepanjang masa. *Mashlahah* dalam arti syara' tidak terbatas pada rasa enak dan rasa tidak enak dalam artian fisik jasmani saja, tetapi juga enak dan tidak enak dalam artian mental spiritual atau secara rohani.⁴⁰⁵ Teori ini dapat dilaksanakan ketika manusia dalam keterbatasannya menghadapi sengketa maka prinsip *mashlahah* dapat diterapkan ketika melaksanakan *Ishlah*. Konsep perdamaian dengan pendekatan *mashlahah* secara syara' dapat menyelesaikan permasalahan dengan pendekatan jasmani dan rohani, cara ini juga dikenal dengan *win-win solution* seperti dalam konsep mediasi.

Menurut Shatibi berdasarkan segi kekuatannya sebagai dasar hukum dalam menetapkan hukum, *mashlahah* terbagi menjadi 3 (tiga) macam, yaitu sebagai berikut.⁴⁰⁶

⁴⁰² 'Alim, *al-Maqashid al-'Ammah li al-Syari'ah al-Islamiyyah*, hlm. 137.

⁴⁰³ Guru besar Ushul Fikih di Universitas Al-Azhar, Kairo, Mesir.

⁴⁰⁴ Abd al-Wahab al-Khallaf, *Mashadir al-Tasyri' al-Islami Fi Ma La Nassa Fih*, (Kuwait: Dar al-Qalam, 1993), hlm. 99.

⁴⁰⁵ 'Alim, *al-Maqashid al-'Ammah li al-Syari'ah al-Islamiyyah*, hlm. 140.

⁴⁰⁶ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh*, jilid 2, (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 2001), hlm. 327. Sebagaimana dikutip dari Zein, *Arbitrase dalam Syariat Islam*, hlm. 234-237, lihat juga Asafri Jaya Bakri, *Konsep Maqoshid Syariah Menurut Al-Shatibi*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 1996),

1. *al-Mashlahah al-dharuriyyah* adalah kemaslahatan yang sangat dibutuhkan manusia dalam menjalani kehidupannya seperti larangan murtad (keluar dari agama Islam) untuk memelihara agama, larangan membunuh untuk memelihara jiwa, larangan minum-minuman keras untuk memelihara akal, larangan berzina untuk menjaga keturunan, dan larangan mencuri untuk memelihara harta.
2. *al-Mashlahah al-hajiyah* adalah kemaslahatan yang tingkat kebutuhan hidup manusia kepadanya tidak berada pada tingkat sangat dibutuhkan (*dharuri*). Bentuk kemaslahatannya tidak secara langsung bagi pemenuhan kebutuhan tingkat *dharuri*, tetapi memberikan kemudahan bagi pemenuhan kebutuhan hidup manusia. Contohnya antara lain menuntut ilmu agama untuk tegaknya agama, makan untuk kelangsungan hidup, mengasah otak untuk sempurnanya akal, melakukan jual beli untuk mendapatkan harta.
3. *al-Mashlahah al-tahsiniyyah*⁴⁰⁷ adalah kemaslahatan yang kebutuhan manusia kepadanya tidak sampai tingkat *dharurim* dan *haji*. Kebutuhan tingkat ini perlu dipenuhi dalam rangka memberi kesempurnaan dan keindahan bagi hidup manusia.

Berdasarkan dari segi keserasian dengan akal manusia dengan tujuan syariah dalam menetapkan hukum, para ulama Fikih membagi *mashlahah* menjadi 3 (tiga) macam, yaitu sebagai berikut.⁴⁰⁸

1. *al-Mashlahah al-mu'tabarah* adalah kemaslahatan yang ada petunjuknya dari syariah, baik secara langsung maupun tidak langsung, yang memberikan petunjuk pada adanya kemaslahatan dan menjadi alasan dalam menetapkan hukum. Dari langsung dan tidak langsungnya petunjuk dalil terhadap *mashlahah* tersebut dibagi menjadi 2 (dua), yaitu sebagai berikut.⁴⁰⁹
 - a. *Munasib mu'atsir*, yaitu ada petunjuk langsung dari Pembuat Hukum (Allah) dalam bentuk *nash* atau *ijma* yang menetapkan bahwa *mashlahah* itu dijadikan alasan dalam menetapkan hukum. Contohnya adalah larangan mendekati perempuan yang sedang

Syarifuddin, *Ushul Fiqh Jilid 1- 2*, hlm. 222-229, Ahmad Al Mursi Husain Jauhar, *Maqashid Syariah*, diterjemahkan oleh Khimawati, (Jakarta: Sinar Grafika Amzah, 2010) dan Khallaf, *Trias Politika Dalam Islam*, hlm. 295-300.

⁴⁰⁷ Al-Ghazali menggunakan pula istilah *tazyiniyah* yang artinya "sesuatu yang mempercantik/memperindah" disamping istilah *tahsiniyyah* yang artinya "sesuatu yang menjadikan lebih baik". Lihat Al-Ghazali, *al-Mustasyfa min 'Ilmi al-Ushul*, hlm. 481.

⁴⁰⁸ Wahbah al-Zuhaili, *Ushul al-Fiqh al-Islami*, (Bairut: Daar al-Fikri, 1986), hlm. 752-754. 'Imad 'Ali Jum'ah, *Ushul al-Fiqh*, (Bahrain: Maktabah al-Faruq, 1429), hlm. 93. Abdul Karim bin Ali bin Muhammad al-Namlati, *Al-Jami' al-Masail Ushul al-Fiqhiyyah*, (Riyadh: Maktabah Rusydi, 1420), hlm. 386. Ahmad Sa'id Hawa, *al-Madkhal ila Mazhab al-Imam Abi Hanifah al-Nu'man*, (Jeddah: Daar al-Andalus, 2002), hlm. 220-223. Abdul Karim bin Ali bin Muhammad al-Namlati, *'Ilm Ushul al-Fiqh al-Muqaran.*, hlm. 1003-1004., Syarifuddin, *Ushul Fiqh jilid 2*, hlm. 329.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

- haid (menyetubuhinya; menggaulinya) dengan alasan haid itu adalah penyakit.
- b. *Munasib mula'im*, yaitu tidak ada petunjuk langsung dari nash atau ijma tentang *mashlahah* yang menjadi objek kajian, namun secara tidak langsung ada. Contohnya adalah perwalian ayah terhadap anak gadisnya dengan alasan anak gadisnya itu “belum dewasa”. Belum dewasa ini menjadi alasan bagi hukum yang serupa, yaitu perwalian dalam harta milik anak kecil.
2. *Mashlahah mulghah* adalah kemaslahatan yang ditolak. Akal menganggap *mashlahah* ini baik, tetapi syariah menolaknya. Contohnya syariah menetapkan hukum bagi seseorang yang bersetubuh dengan isterinya di siang hari bulan Ramadhan dengan pilihan memerdekakan budak atau berpuasa 2 (dua) bulan berturut-turut. Bagi seorang raja atau orang kaya, akal manusia berpendapat bahwa hukuman berpuasa 2 (dua) bulan berturut-turut adalah paling tepat, sebab jika memerdekakan budak adalah perkara ringan bagi mereka. Namun, syariah menolak hal ini.
 3. *Mashlahah mursalah (istishlah)* adalah kemaslahatan yang dipandang baik oleh akal, sejalan dengan tujuan syariah dalam menetapkan hukum, namun tidak ada petunjuk nash dan ijma yang menjelaskan dan/atau menolaknya.

Al-mashlahah mursalah dikenal juga dengan *istishlah*,⁴¹⁰ yang secara eksplisit memang tidak terdapat dalam Alquran dan Hadis karena belum pernah terjadi sebelumnya. Imam Malik mengembangkan teori ini dan memberikan syarat dalam penggunaannya, yaitu:⁴¹¹

 - a. harus bersifat *reasonable (ma'qul)* dan relevan (*munasib*),
 - b. harus sejalan dengan syari'at dan tidak boleh bertentangan dengan salah satu sumbernya,
 - c. kepentingan harus bersifat mendesak dan esensial (*dharuriyyat*), dan
 - d. penggunaannya untuk kepentingan umum.

Menurut Al-Ghazali berdasarkan cakupan dan ruang lingkup kandungannya, *mashlahah* dibagi menjadi 2 (dua) macam.⁴¹²

⁴¹⁰ Mohammad Hashim Kamali, *Shari'ah Law an Introduction*, hlm. 49.

⁴¹¹ Mustafa Ahmad al-Zarqa, *Hukum Islam dan Perubahan Sosial*, Terjemahan Ade Dedi Rohayana, (Jakarta: Riora Cipta, 2000), hlm. 37-39. Hashim Kamali menyebutkan: “*The following condition must be fulfilled in order to validate reliance on maslahah mursalah. These conditions are designed so as to ensure that maslahah does not become an instrument of arbitrary desire or individual bias in legislation*”; Lihat Mohammad Hashim Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, hlm. 273-275. Lihat juga Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories, an Introduction to Sunni Ushul al-Fiqh*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), hlm. 112.

⁴¹² Agustianto Mingka, *Maqasid Syariah: Dalam Ekonomi dan Keuangan Syariah*, (Jakarta: Ikatan Ahli Ekonomi Islam, 2013), hlm. 51.

1. *Mashlahah 'ammah* adalah kemaslahatan umum yang menyangkut kepentingan orang banyak. Kemaslahatan umum ini tidak berarti untuk semua kepentingan orang, tetapi bisa berbentuk kepentingan mayoritas umat/kelompok.
2. *Mashlahah khassah* adalah kemaslahatan pribadi seperti kemaslahatan yang berkaitan dengan pemutusan hubungan perkawinan seseorang yang dinyatakan hilang (*mafqud*).

Berdasarkan dari segi berubah atau tetapnya, *mashlahah* dibagi menjadi 2 (dua) macam, yaitu sebagai berikut.⁴¹³

1. *Mashlahah tsabitah* adalah kemaslahatan yang bersifat tetap, tidak berubah sampai akhir zaman. Misalnya kewajiban shalat lima waktu, puasa Ramadan, zakat, haji, larangan durhaka kepada orang tua, haramnya riba, zina, korupsi, dan sebagainya.
2. *Mashlahah mutaghayyirah* adalah kemaslahatan yang berubah-ubah sesuai dengan perubahan tempat, waktu, dan subjek hukum. Misalnya intervensi harga, jaminan dalam *mudharabah*, dan sebagainya.

Mashlahah diartikan sebagai sesuatu yang baik dan dapat diterima oleh akal sehat. Setiap suruhan Allah dapat dipahami oleh akal bahwa Allah menyuruh karena mengandung kemaslahatan untuk manusia baik dijelaskan sendiri alasannya oleh Allah maupun tidak dijelaskan.⁴¹⁴ Guna menjamin objektivitas penentuan *mashlahah*, haruslah ada rujukan pertimbangan kepentingan publik yang terlepas dari kenyamanan dan kegunaan relatif individu.⁴¹⁵ Hal ini sejalan dengan penjelasan al-Syathibi, syariah bersifat abadi dan tidak kenal zaman maka kepentingan yang hendak ditegakkan juga harus obyektif dan universal, tidak relatif dan subyektif. Pendekatan ini dapat digunakan dalam ketika mediator sebagai pihak ketiga yang netral memfasilitasi para pihak yang bersengketa untuk menyelesaikan masalahnya.

Melihat dari tujuan hukum Islam mewujudkan kemaslahatan, dirumuskan kaidah yang menolak bahaya dan menghilangkan kesulitan. Untuk mewujudkan kemaslahatan ada tiga belas kaidah fikih yang dapat digunakan. Ketigabelas kaedah fikih ini menjadi acuan mediator ketika membahas sengketa untuk menghasilkan kesepakatan yang dapat diterima oleh para pihak dan tidak melanggar peraturan secara umum dan syariat. *Pertama*, kaidah segala urusan sesuai dengan tujuannya,⁴¹⁶ *kedua*, kesulitan mendatangkan kemudahan,⁴¹⁷ *Ketiga*, menghilangkan kesulitan⁴¹⁸ *keempat*, Terkadang sesuatu yang *necessary* menjadi *necessity*.⁴¹⁹ *Kelima*, adat menjadi

⁴¹³ *Ibid.*, hlm. 52.

⁴¹⁴ Syarifuddin, *Ushul Fiqh Jilid 1- 2*, hlm. 220.

⁴¹⁵ M. Hashim Kamali, *Membumikan Syariah, Pergulatan Mengaktualkan Islam*, (Bandung: Mizan, 2013), hlm. 46.

⁴¹⁶ الأمر بمقاصدها (*al-umur bi maqashidiha*)

⁴¹⁷ المشقة تجلب التيسير (*al-masyaqqah tajlib al-taisir*)

⁴¹⁸ الضرر يزال (*al-d'arar yuzal*)

⁴¹⁹ الحاجة تقتض منزلة الضرورة (*al-hajah qad tanzil manzilah al-darurah*)

hukum.⁴²⁰ *Keenam*, Jika bercampur antara yang halal dengan yang haram maka dimenangkan yang haram.⁴²¹ *Ketujuh*, Perlakuan atau kebijakan pemerintah bermuara kepada kemaslahatan rakyat.⁴²² *Kedelapan*, Keluar dari perbedaan itu lebih diutamakan.⁴²³ *Kesembilan*, rela atas sesuatu berarti rela atas apa yang akan muncul darinya.⁴²⁴ *Kesepuluh*, Apa yang diharamkan memakainya diharamkan pula mengambilnya.⁴²⁵ *Kesebelas*, Apa yang diharamkan mengambilnya maka diharamkan pula memberikannya.⁴²⁶ *Keduabelas*, Segala sesuatu yang mudah tidak hilang karena kesulitan.⁴²⁷ *Ketigabelas*, Sesuatu yang tidak bisa dibagi, maka mengambil sebagiannya berarti mengambil seluruhnya dan meninggalkan sebagiannya berarti meninggalkan seluruhnya.⁴²⁸

Dengan tercapainya *maqashid al-syari'ah*, menurut asumsi para ulama maka kehidupan yang benar, baik, indah dan maslahat akan terwujud dalam kebaikan dunia dan akhirat. Menurut Djazuli berdasarkan keperluan pribadi dan keluarga asumsi tersebut dapat dibenarkan. Namun dilihat dari pertimbangan bahwa manusia hidup bermasyarakat hal ini perlu dipikirkan lebih lanjut.⁴²⁹ Ibnu Khaldun menyatakan bahwa kebersamaan manusia adalah hal yang pokok dalam memenuhi hajat hidup mereka.⁴³⁰ Dari segi ini berkembang aspek kebudayaan manusia di dalam bidang sosial, politik, ekonomi, dan sains. Dalam hal ini bila merujuk kepada Alquran dan Sunnah maka konsep umat menjadi penting bagi kehidupan bersama yang memiliki kaitan erat dengan aspek ekonomi, politik, dan sosial budaya suatu bangsa ataupun dunia internasional.⁴³¹ Tujuan inilah yang diharapkan terealisasi ketika terjadi kesepakatan dalam sengketa bisnis khususnya pada perbankan syariah di Indonesia.

⁴²⁰ العادة المحكمة (*al-'adat al-muhakkamah*)

⁴²¹ اذا اجتمع الحلال والحرام على الحرام (*iza ijta'ma'a al-halal wa al-haram ghuhiba al-haram*)

⁴²² تصرف الإمام على رعيته منوطاً بالمصلحة (*tasharruf al-imam 'ala al-ra'iyyah manutun bi al-mashlahah*)

⁴²³ الخروج من الخلاف مستحب (*al-khuru' min al-khilaf mustah}ab*)

⁴²⁴ الرضاء بشئ ندي لم يتو لدمنه (*al-rid}a bi syaiin yadullu bi ma tawallada minhu*)

⁴²⁵ ما حر ما استعماله حر ما حرامه (*ma haruma isti'maluhu haruma ittikhazuhu*)

⁴²⁶ ما حر ما أخذ حر ما عطائه (*ma haruma akhzuhu haruma i'tauhu*)

⁴²⁷ الميسور لا يسقط المأثور (*al-maisur la yusqad bi al-ma'tsur*)

⁴²⁸ ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضها اختيار كل هو اسقاط بعضها كاسقاط كله (*ma la yuqbal al-tab'id fakhtiyar ba'd}ihi kakhtiyari kullihi wa isqatu ba'd}ihi ka isqati kullihi*) Muhammad Atho' Mudzar, "Revitalisasi Maqashid al-Syariah Dalam Pengembangan Ekonomi Syariah di Indonesia", h.5. Makalah disampaikan pada seminar Nasional pada tanggal 13-14 dengan tema "Revitalisasi Maqashid Syariah Dalam Sistem Ekonomi dan Keuangan Syariah yang Mampu Berdaya Saing Tinggi di Pentas Nasional, Regional dan Global, di UIN Syarif Hidayatullah, Jakarta. Baca juga Muhammad Yasin, *al-Fawaid al-Janiyyah*, (ttp: Dar al-Mahjah al-Baidha', 2008). Lihat Jalaluddin al-Suyuthi, *al-Asybah wa al-Naza'ir fi al-Furu'*, (Semarang: Toha Putra, s.a).

⁴²⁹ Djazuli, *Fiqh Siyasa, Implementasi Kemashlahatan Ummat dalam rambu-rambu syariah*, hlm. 394.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ *Ibid.*, hlm 397.

Hakikat atau tujuan awal pemberlakuan syariat adalah untuk merealisasikan kemaslahatan manusia. Ismail Muhammad Syah menyebutkan bahwa secara global, tujuan *syara'* dalam menetapkan hukum-hukumnya ialah untuk kemaslahatan umat manusia seluruhnya, yaitu kemaslahatan di dunia yang sementara dan kemaslahatan di dunia yang kekal kelak (akhirat).⁴³² Menjaga kepentingan ummat (*hifzh al-ummah*) menjadi landasan filosofis bagi *fiqh al-siyasah*. *Fiqh siyasah* ini diperkenalkan oleh KH. Ali Yafie di Indonesia dengan fikih sosial yang intinya untuk merealisasikan kemaslahatan umum.⁴³³ Dengan adanya kesadaran *hifzh al ummah* kita dapat menetralsir pecahnya umat karena perbedaan pendapat yang tajam.⁴³⁴

Jika dalam hukum Islam kita mengenal *mashlahah al-ma>liyah*, maka dalam teori barat tentang teori analisis ekonomi atas hukum (*Economic Analysis of Law*) merupakan cara bagaimana kepentingan ataupun maslahat-maslahat ekonomi tersebut dapat direalisasikan. Teori ini menerapkan prinsip-prinsip ekonomi sebagai pilihan-pilihan rasional untuk menganalisa persoalan hukum.⁴³⁵ Teori ini lahir dari pandangan filosofis *utilitarianisme* Bentham.⁴³⁶ Namun ada perbedaan-perbedaan mendasar secara filosofis antara utilitarianisme Bentham dengan konsep *mashlahah* dalam hukum Islam. Dalam teori maslahat, tidak boleh kepentingan yang lebih tinggi misalnya agama dikalahkan oleh kepentingan yang lebih rendah misalnya keturunan ataupun harta. Hallaq mengistilahkan teori *mashlahah* ini sebagai *utilitarianisme religius*.⁴³⁷ Pendekatan ini penulis bandingkan dalam penyelesaian sengketa melalui *Ishlah* dan mediasi pada perbankan syariah.

Teori *mashlahah* menurut Mas'ud sama dengan teori keadilan sosial dalam istilah filsafat hukum.⁴³⁸ Di samping itu, teori keadilan juga menjadi landasan utama dalam filsafat hukum Islam, khususnya dalam pembahasan *maqashid al-syari'ah* yang menegaskan bahwa hukum Islam disyariatkan untuk mewujudkan dan memelihara

⁴³² Ismail Muhammad Syah dkk., *Filsafat Hukum Islam*, (Jakarta: Bumi Aksara, 1991) hlm. 65-66.

⁴³³ Lihat Ali Yafie, *Menggagas Fiqih Sosial Dari Soal Lingkungan Hidup, Asuransi Hingga Ukhuwah* (Bandung: Mizan, 1994), Sebagaimana dikutip dari Djazuli, *Ibid*. hlm. 398.

⁴³⁴ Djazuli, *Fiqh Siyasah Implementasi Kemashlahatan Ummat dalam rambu-rambu syariah*, hlm. 406-407.

⁴³⁵ Lihat Richard A. Posner and Kenneth E. Scott, *Economic of Corporation Law and Securities Regulation*, Fifth Edition (Boston and Toronto: Little, Brown & Company, 1980).

⁴³⁶ M.D.A Freeman, *Lloyds Introduction to Jurisprudence*, Ed.7, (London: Sweet & Maxwell LTD 2001), hlm. 200-202.

⁴³⁷ Wael B. Hallaq, *Sejarah Teori Hukum Islam, Pengantar untuk Ushul Fiqh Mazhab Sunni, (A History of Islamic Legal Theories)*, diterjemahkan oleh Kusnadingrat, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2000), hlm. 318.

⁴³⁸ Masdar F. Mas'udi, "Meletakkan Kembali Maslahat Sebagai Acuan Syariah," *Jurnal Ilmu dan Kebudayaan Ulumul Qur'an No.3, Vol. VI Th. 1995*, hlm. 97.

masalah umat manusia⁴³⁹ Dalam prinsip *maqashid al-syari'ah*, hal penting yang harus diperhatikan adalah solusi yang disepakati tidak boleh menyimpang dari tujuan hukum Islam.

Sepanjang eksistensi penyelesaian sengketa tersebut mampu menjamin bagi tercapainya tujuan-tujuan hukum syara', maka kemashlahatan menjadi tujuan akhir. Prinsip *mashlahah* ini tampaknya masih relevan untuk menjawab segala persoalan hukum di masa depan, termasuk tentang penyelesaian sengketa di perbankan syariah baik di luar maupun di dalam Pengadilan dengan cara damai melalui proses mediasi.

4. Teori Musyawarah untuk mencapai kesepakatan

Pada tataran yang lebih aplikatif penelitian ini diperdalam dengan teori musyawarah untuk mencapai kesepakatan. Perkataan musyawarah dalam bahasa Arab berasal dari kata dasar *syawara-yasya-wiru-musyawaratan* atau *syura*, yang artinya tanda, petunjuk, nasihat, pertimbangan. Kata musyawarah di Indonesia disandingkan dengan kata mufakat yang berasal dari bahasa Arab. Istilah ini berasal dari kata *itifaq muwafaqah* yang berarti memberikan persetujuan atau kesepakatan. Istilah ini sering digunakan dalam hukum ketatanegaraan di Indonesia berupa suara yang terbanyak yang dapat dilakukan melalui pemungutan suara atau konsensus bulat.⁴⁴⁰

Syura adalah seseorang meminta pendapat orang lain atas suatu perkara. Pada umumnya, setiap individu meminta nasehat atau petunjuk terhadap suatu perkara yang dihadapinya. Berbeda dengan pemegang kekuasaan seperti penguasa dan hakim. Mereka dimintakan pendapatnya terhadap kemaslahatan orang lain. Permintaan pendapat (*syura*) kepada hakim merupakan perkara-perkara yang mengandung unsur kemaslahatan bagi orang lain.⁴⁴¹

Islam memandang musyawarah sebagai salah satu hal yang amat penting bagi kehidupan insani, kehidupan berumah tangga, kehidupan bermuamalah bahkan kehidupan berbangsa dan bernegara. Ini terbukti dari perhatian Alquran dan Hadis yang memerintahkan atau menganjurkan umat pemeluknya agar bermusyawarah dalam memecah berbagai persoalan yang mereka hadapi.⁴⁴² Oleh karena itu penulis

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ Nurcholis Madjid, *Islam Agama Kemanusiaan: Membangun Tradisi dan Visi baru Islam di Indonesia*, (Jakarta: Paramadina, 1995), hlm 194 dan M.Quraish Shihab, *Wawasan Alquran*, (Bandung: Mizan, 1996), hlm. 361.

⁴⁴¹ Abdul Hamid Ismail al-Anshari, *al-Syura wa Atsaruh fi al-Dimuqratiyyah: Dirasah Muqaranah*, (Beirut: Maktabah al-Misriyah, s.a), hlm. 49.

⁴⁴² Lihat *Alquran*, diterjemahkan oleh Tim Departemen Agama Republik Indonesia, Q.S al-Baqarah: 233 dan Q.S. *al-Thalaq*: 6, menjelaskan bahwa suami isteri harus bermusyawarah dalam menyelesaikan urusan rumah tangganya misal ketika akan menyapih anak dari menyusu

menganggap teori ini dapat digunakan untuk menerapkan *Ishlah* dalam proses penyelesaian sengketa pada perbankan syariah.

Dasar hukum *syura* dalam Alquran adalah firman Allah.

QS: *al-Syura* (42): 38

“Dan (bagi) orang yang menerima (mematuhi) seruan Tuhannya dan mendirikan salat, sedang urusan mereka (diputuskan) dengan musyawarah antara mereka; dan mereka menafkahkan sebagian rezeki yang Kami berikan kepada mereka.”⁴⁴³

Ayat tersebut di atas menunjukkan bahwa Allah menjelaskan karakteristik orang-orang yang beriman dan memuji mereka. Dan memerintah *syura* dalam memutuskan perkara antara mereka. Penyebutan kata *syura* menunjukkan keharusan dan ketetapan.⁴⁴⁴

Ibnu Taimiyah berpendapat bahwa pemimpin tidak mempunyai pilihan lain kecuali musyawarah karena Allah sendiri telah memerintahkan nabi-Nya untuk bermusyawarah. Nabi Muhammad SAW bersabda; “kalau aku diperbolehkan menunjuk seseorang untuk menjadi khalifah tanpa musyawarah, niscaya akan kutunjuk Abdullah bin Mas’ud.”⁴⁴⁵ Dengan demikian, *syura* merupakan karakteristik khusus Islam yang harus dilaksanakan oleh orang-orang yang beriman, baik di saat belum terbentuk suatu negara seperti saat Nabi Muhammad di Mekah, maupun saat menjadi suatu negara (*dawlah*) di Madinah. Kedudukan *syura* dalam memutuskan suatu perkara yang bersifat kemaslahatan umum sama halnya dengan kewajiban salat.⁴⁴⁶

Alquran memang tidak menjelaskan bagaimana bentuk *syura* yang dianjurkannya. Hal ini untuk memberikan kesempatan kepada setiap masyarakat menyusun bentuk *syura* yang mereka inginkan sesuai dengan perkembangan dan ciri masyarakat masing-masing. Turunnya ayat yang menjelaskan tentang *syura* pada periode Mekkah, menunjukkan bahwa musyawarah adalah anjuran Alquran dalam

ibunya. QS. *Ali ‘Imran*: 159, menjelaskan bahwa orang yang bermusyawarah harus menyiapkan mental untuk selalu memberi maaf. QS. *al-Syura*: 38 menganjurkan agar dalam setiap urusan diselesaikan dengan bermusyawarah.

⁴⁴³ *Alquran*, diterjemahkan oleh Tim Departemen Agama Republik Indonesia, Surat *al-Syura* (42): 38.

⁴⁴⁴ al-Anshari, *al-Syura wa Atsaraha fi al-Dimuqratiyyah*, hlm. 52.

⁴⁴⁵ *al-Siyasah al-Syar’iyah*, hlm. 75 sebagaimana dikutip dari A. Rahman I. Doi, *Penjelasan Lengkap Hukum-Hukum Allah (Syariah) [Syariah The Islamic Law]*. Diterjemahkan oleh Zaimudin dan Rusydi Sulaiman. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada 2002, hlm 27.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

segala waktu dan berbagai persoalan yang belum ditemukan petunjuk Allah di dalamnya.⁴⁴⁷

Musyawahar penting untuk memutuskan perkara yang menyangkut dua orang atau lebih, mencegah manusia bertindak sewenang-wenang, dan membagi tanggung jawab besar terhadap perkara yang berkenaan kepentingan orang lain.⁴⁴⁸ Al-Wa'iy menambahkan bahwa musyawarah merupakan salah satu alat yang mampu mempersatukan sekelompok orang atau umat dan sebagai salah satu sarana untuk menghimpun atau mencari pendapat yang lebih dan baik. Adapun bagaimana sistem permusyawaratan itu harus dilakukan, baik Alquran maupun Hadis tidak memberikan penjelasan secara tegas. Oleh karena itu soal sistem permusyawaratan diserahkan sepenuhnya kepada umat sesuai dengan cara yang mereka anggap baik.⁴⁴⁹

Untuk melaksanakan sistem musyawarah dalam berbagai hal, terdapat lima syarat, sebagai berikut.⁴⁵⁰

1. Orang yang berhak dan memiliki kepentingan, harus mempunyai kebebasan penuh untuk menyatakan pendapatnya dan harus senantiasa mengetahui tentang prosedur dan proses pelaksanaannya.
2. Orang yang memikul tanggung jawab mengelola dan menyelesaikan masalah harus ditunjuk berdasarkan kesepakatan dan diterima masyarakat secara umum.
3. Para pendamping atau penasihat memperoleh kepercayaan masyarakat dan mampu membuktikannya.
4. Orang-orang yang memberikan pandangan harus sesuai dengan ilmu dan kesadaran nuraninya dengan kebebasan.
5. Saran atau keputusan kelompok yang diperoleh dengan suara bulat atau mayoritas harus diterima dan disetujui pemimpin tanpa syarat.

Azhary berpendapat bahwa musyawarah dapat diartikan sebagai suatu forum tukar-menukar pikiran, gagasan ataupun ide, termasuk saran-saran yang diajukan dalam memecahkan sesuatu masalah sebelum tiba pada suatu pengambilan keputusan. Dilihat dari sudut kenegaraan,⁴⁵¹ maka musyawarah adalah suatu prinsip konstitusional dalam nomokrasi Islam yang wajib dilaksanakan dalam suatu pemerintahan dengan tujuan untuk mencegah lahirnya keputusan yang merugikan kepentingan umum atau rakyat.

⁴⁴⁷ Wahbah al-Zuhaili, *al-Tafsir al-Munir fi al-'Aqidah wa al-Syari'ah wa al-Manhaj*, Juz 25, (Damaskus: Dar al-Fikr al-Mu'asir, 1418 H), hlm. 20-22.

⁴⁴⁸ Doi, *Penjelasan Lengkap Hukum-Hukum Allah*, hlm. 28-29.

⁴⁴⁹ Hasan Hanafi, *Rekonsiliasi dan Persiapan Hidup Bermasyarakat Secara Damai*, Ed. Iqbal, *Islam dan Perdamaian*, hlm. 33.

⁴⁵⁰ Doi, *Penjelasan Lengkap Hukum-Hukum Allah*., hlm. 30-31.

⁴⁵¹ Sistem pemerintahan *khilafah islamiyyah* berdasarkan *Syura* (musyawarah) pernah diterapkan pada masa *al-khulafa' al-rasyidun* ketika mereka memimpin umat Islam di beberapa kawasan. Lihat Mujar Ibnu Syarif dan Khamami Zada, *Fiqh Siyasah*, (Jakarta: Erlangga, 2008), hlm. 206-208.

Sebagai suatu prinsip konstitusional, maka dalam demokrasi Islam musyawarah berfungsi sebagai “rem” atau pencegah kekuasaan yang absolut dari seorang penguasa atau kepala negara.⁴⁵²

Para ulama berbeda pendapat mengenai obyek yang menjadi kajian dari permusyawaratan itu sendiri. Sebagian dari mereka berpendapat bahwa musyawarah yang dianjurkan atau diperintahkan dalam Islam itu khusus dalam masalah-masalah keduniawian dan tidak untuk soal-soal keagamaan. Sementara sebagian yang lain berpendirian bahwa disamping masalah-masalah keduniawian, musyawarah juga dapat dilakukan dalam soal-soal keagamaan sejauh yang tidak jelaskan oleh wahyu (Alquran dan Hadis). Namun satu hal yang telah disepakati bersama oleh para ulama ialah bahwa musyawarah tidak dibenarkan untuk membahas masalah-masalah yang ketentuannya secara tegas dan jelas telah ditentukan oleh Alquran dan Sunnah.⁴⁵³

Kata *syura* berasal dari kata *syura, masyurah* (memberikan pendapat), *al-istisyarah* (meminta pendapat) yang bersifat fakultatif menjadi *syura* yang bersifat wajib.⁴⁵⁴ Kata *syura* artinya adalah mengambil dan mengeluarkan pendapat yang terbaik dengan menghadapkan satu pendapat dengan pendapat yang lain. Al-Syawi membedakan antara *syura* dalam arti umum yang mencakup segala musyawarah dan tukar pendapat yang tidak harus ditetapi dan *syura* dalam arti sempit berupa keputusan yang harus ditetapi sebagai hasil keputusan jamaah.⁴⁵⁵

Menurut istilah fikih, *syura* adalah meminta pendapat orang lain atau umat mengenai suatu urusan. Kata musyawarah juga umum diartikan dengan perundingan atau tukar pikiran. Masing-masing orang yang berunding dimintai atau diharapkan mengeluarkan atau mengemukakan pendapatnya tentang suatu masalah yang dibicarakan dalam perundingan itu. *Syura* dalam fikih termasuk dalam pembahasan *furu'* (cabang), yaitu hukum-hukum *syara'* yang mengatur hubungan antar pribadi atau antara mereka dengan kekuasaan-kekuasaan yang bersifat umum.⁴⁵⁶ Secara hukum, *syura* berarti mencari kebenaran melalui kesungguhan dan kerja keras, komitmen terhadap *manhaj* Allah dengan tujuan meningkatkan ketakwaan.⁴⁵⁷

⁴⁵² Azhary, *Islam, Hukum Islam dan Eksistensi*, hlm. 112.

⁴⁵³ Habib Ahmad al-Kiranawi, *Muqaddimah l'la' al-Sunan Fawa'id fi 'Ulum al-Fiqh*, (Pakistan: IDarah al-Qur'an wa al-'Ulum al-Islamiyah, s.a), hlm. 200. Lihat juga Muhammad Fakhri al-Din al-Razi, *Tafsir Fakhr al-Razi*, Juz 9, (Beirut: Dar al-Fikr, s.a), hlm. 68-69.

⁴⁵⁴ Asy Syawi, *Syura Bukan Demokrasi. [Fiqhusy Syura Wal Isytisyarat]*. Diterjemahkan oleh Djamaluddin Z.S. (Jakarta: Gema Insani Press, 1997), hlm 15.

⁴⁵⁵ *Ibid.* hlm. 16.

⁴⁵⁶ *Ibid.* hlm. 61.

⁴⁵⁷ Al-Wa'iy, “Syuro, Keperluan, Cara Melaksanakan, dan Jangkauannya dalam Usrah”, <http://dakwah.info/fikrah-dakwah/syura-keperluan-cara-melaksanakan-dan-jangkauannya-dalam-usrah>, diakses 19 Februari 2017.

Menurut Choudhury dalam kelembagaan Islam perlu melibatkan formalisasi teknis untuk pengambilan keputusan yang dimusyawarahkan dan pembentukan pengetahuan dalam pengambilan keputusan tersebut yang disebut proses syura dan ijtihad. Pengetahuan yang dihasilkan dalam bentuk keputusan ditransmisikan ke tatanan sosial ekonomi sesuai dengan ajaran syariah. Di sini, proses ijtihad mengalami perbaikan, perubahan, atau penegasan. Interaksi fungsi pengetahuan merumuskan proses *shuratic*, karakteristik penting yang merupakan perlakuan terhadap etika dan moral yang berkaitan dengan isu-isu spesifik yang dihadapi dalam interaksi kebijakan politis. Masalah pembentukan konsensus sosial terhadap resolusi konflik sosial diambil dalam model pilihan sosial interaktif yang sama.⁴⁵⁸

Al-Syawi berpendapat bahwa apabila telah bulat dalam memutuskan sesuatu, setelah hal itu dimusyawarahkan, serta dipertanggungjawabkan kebenarannya, maka para pihak harus ber-*iltizam* (berkomitmen) atas ketetapan tersebut. Inilah yang membuat para pihak sebagai sumber kekuasaan hukum.⁴⁵⁹ Ash Shiddieqy mendefinisikan *iltizam* sebagai keharusan mengerjakan sesuatu atau tidak mengerjakan sesuatu untuk kemaslahatan orang lain.⁴⁶⁰ Dalam akad *mu'awadah* (saling menerima dan melepaskan) hak dan iltizam berlaku pada masing-masing pihak. Maka dengan demikian kesepakatan hasil musyawarah, dapat dikatakan *iltizam* yang harus dilaksanakan oleh para pihak. *Iltizam* berlaku untuk siapa saja yang diharuskan.

Substansi hak sebagai *taklif* atau keharusan yang terbebankan pada pihak lain dari sisi penerima dinamakan hak, sedang pelaku disebut *iltizam*. Secara bahasa, *iltizam* bermakna keharusan atau kewajiban. Sedangkan secara istilah adalah akibat (ikatan) hukum yang mengharuskan pihak lain berbuat memberikan sesuatu, atau melakukan suatu perbuatan atau tidak berbuat sesuatu.⁴⁶¹

Iltizam saat ini sering dipakai untuk kedua belah pihak sebagai perikatan secara keseluruhan.⁴⁶² Sehingga *iltizam* dapat juga digunakan pada akad *Ishlah*. Masing-masing pihak dinamakan *multazim* (orang yang diharuskan untuk memenuhi hak) dan juga *multazim lahu* (seseorang yang harus dipenuhi haknya). *Iltizam* adakalanya berlaku atas

⁴⁵⁸ Mausudul Alam Choudhury, "Conflict Resolution and Social Consensus Formation in Islamic Social Choice and Welfare Menu", *International Journal of Social Economics*, (Bradford, Vol.20, Iss 1, 1993, hlm. 64.

⁴⁵⁹ As Syawi, *Syura Bukan Demokrasi*, hlm. 17.

⁴⁶⁰ Tengku Muhammad Hasbi Ash Shiddieqy, *Pengantar Fiqh Mu'amalah* (Semarang: Pustaka Rizki Putra, 2009), hlm. 52. Lihat juga. Fathurrahman Djamil, *Penerapan Hukum Perjanjian dalam Transaksi di Lembaga Keuangan Syariah*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2012), hlm. 9-10 dan Gemala Dewi, Wirnyaningih dan Yeni Salma Barlinti. *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*. Cet.4. (Jakarta: Kencana Prenada Media, 2013), hlm. 83-84.

⁴⁶¹ Ash Shiddieqy, *Pengantar Fiqh Mu'amalah*, hlm. 52.

⁴⁶² Djamil, *Filsafat Hukum Islam*, hlm. 10, sebagaimana dikutip dari al-Sanhuri, *Mashadir al-Haqq fi al-Fiqh al-Islamiy*, Jilid 1 (s.l: Dar al-Hana li al-Tiba'ah wa al-Nasyr, 1958), hlm. 9-10

harta benda (*al-mal*), hutang (*al-dain*) dan terhadap perbuatan (*al-fi'l*). *Iltizam* terhadap harta benda harus dipenuhi dengan menyerahkan harta benda kepada *shahibul al-haq*. *Iltizam* terhadap utang, pada prinsipnya harus dipenuhi oleh orang yang berhutang secara langsung. Namun dalam kondisi tertentu, hukum Islam memberikan alternatif lain, yakni menggunakan akad *hawalah* atau *kafalah* dengan menjamin. *Iltizam* atas suatu perbuatan harus dipenuhi melalui perbuatan yang menjadi *mahallul iltizam*.⁴⁶³ Konsep *iltizam* dapat dikaitkan dengan prinsip iktikad baik dalam melakukan mediasi. Efektifitas hasil dari kesepakatan mediasi sangat tergantung dari iktikad baik para pihak untuk menaati hasil-hasil kesepakatan tersebut.⁴⁶⁴

Menurut Rahmadi, dalam masyarakat religius seperti Indonesia, dalam kehidupan bermasyarakat, harmonisasi ataupun keselarasan ataupun keseimbangan masyarakat lebih diutamakan. Semangat itu dikenal dengan musyawarah mufakat sebagai perwujudan konsep *shulh* menurut Islam. Pendekatan mufakat dilandasi teori spiritual dan teori kekuatan; perimbangan relatif kekuatan para pihak/saling membutuhkan dan tidak dapat mengalahkan kecuali dengan biaya tinggi.⁴⁶⁵ Budaya untuk musyawarah merupakan nilai masyarakat yang meluas di Indonesia. Berbagai suku bangsa di Indonesia mempunyai budaya penyelesaian sengketa secara damai. Misalnya masyarakat Jawa, Bali, Sulawesi Selatan, Sumatera Selatan, Lampung Lombok, Irian Jaya dan Masyarakat Toraja.⁴⁶⁶ Bahkan masyarakat Cina di Indonesia menggunakan sengketa bisnisnya di Indonesia dengan menggunakan budaya musyawarah atau konsiliasi.⁴⁶⁷ Konteks penyelesaian sengketa dengan musyawarah mufakat yang umumnya dilakukan oleh masyarakat Indonesia dapat digali lebih mendalam untuk dapat diterapkan dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah.

Kebudayaan dapat dibentuk atau dipengaruhi oleh sejumlah faktor, antara lain agama.⁴⁶⁸ Penduduk Indonesia yang mayoritas beragama Islam maka nilai-nilai Islam seperti arti penting saling memaafkan dan konsep *Ishlah* merupakan faktor normatif yang menjadi pendorong bagi penganut Islam agar menempuh penyelesaian sengketa melalui pendekatan mufakat para pihak di samping pendekatan pemutus. Namun

⁴⁶³ Anwar, Syamsul. *Hukum Perjanjian Syariah Studi Tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat*. (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2007), hlm. 51-59.

⁴⁶⁴ Tania Sourdin, *Alternative Dispute Resolution*. (Sidney: Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2012), hlm. 366-367.

⁴⁶⁵ Takdir Rahmadi, makalah yang disampaikan dalam Workshop "Mediasi : Prospek dan Tantangannya di Riau", Fakultas Syariah dan Ilmu Hukum UIN Susqo sebagaimana dikutip dari <http://jdih.riau.go.id/index.php/informasi/-/97-alternatif-penyelesaian-sengketa>, diakses 22 Juli 2013.

⁴⁶⁶ Sulistiyono, *Mengembangkan Paradigma Non-Litigasi*, hlm 29.

⁴⁶⁷ *Ibid.* hlm. 30.

⁴⁶⁸ Rahmadi, *Mediasi: Penyelesaian Sengketa*, hlm. 40.

menurut Abbas, konsep *ishlah* tidak boleh dilakukan jika bertujuan untuk menghalalkan yang haram atau mengharamkan yang halal.⁴⁶⁹

Pada Piagam Madinah, penciptaan suasana damai dan penerapan sanksi terhadap pelanggar keadaan damai, termasuk urusan negara yang perlu dilakukan pemerintah.⁴⁷⁰ Salah satu prinsip umum pada Piagam Madinah adalah konsep damai dan proteksi. Konsep damai dan proteksi internal terkandung dalam Pasal 15, Pasal 17, Pasal 36, Pasal 37, Pasal 39, Pasal 40, Pasal 41, dan Pasal 47. Sikap perdamaian secara eksternal tercantum dalam Pasal 45 Piagam Madinah.⁴⁷¹

Menurut Abdurrahman, walau belum terdapat kesepakatan di antara pakar hukum,⁴⁷² dapat disimpulkan terdapat beberapa fungsi hukum yaitu diantaranya sebagai alat kontrol sosial, penyelesaian sengketa, rekayasa sosial, pengintegrasikan sosial dan sarana pemberdayaan sosial yang bersifat humanis partisipatoris.⁴⁷³ Hukum dapat difungsikan untuk meredakan atau menyelesaikan suatu konflik kemasyarakatan serta sekaligus memberikan solusi dalam penyelesaian suatu konflik sosial kemasyarakatan yang terjadi di masyarakat.⁴⁷⁴

Priyatna berpendapat bahwa falsafah dari penyelesaian sengketa salah satu motivasinya adalah pemberdayaan individu.⁴⁷⁵ Dalam proses sebelumnya, penyelesaian perselisihan biasanya ditangani oleh para ahli hukum, yang menggunakan prosedur, bahasa hukum dan dasar pemikiran yang mereka kuasai melalui negosiasi sebelum proses maju ke pengadilan. Pemberdayaan individu dalam rangka usaha penyelesaian sengketa ini dilakukan melalui kemampuan individu dan menjauhkan dari "Profesionalisasi Hukum" dan dengan cara menghubungkan masyarakat dengan

⁴⁶⁹ Syahrizal Abbas, *Mediasi Dalam Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional*, Cet. 2. (Jakarta: Kencana Prenada Media Grup. 2011), hlm. 162.

⁴⁷⁰ Ahmad Sukardja, *Piagam Madinah dan Undang-Undang Dasar NRI 1945: Kajian Perbandingan Tentang Dasar Hidup Bersama Dalam Masyarakat Yang Majemuk*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2012), hlm.173.

⁴⁷¹ *Ibid.*, hlm. 114.

⁴⁷² Hukum sebagai peredam konflik juga dikemukakan oleh Vilhem Aubert: "law as a way of resolving conflict" dalam *Law as A Way of Resolving Conflicts: The Case of Small Industrializes Society* (Chicago: Aldine Publishing Company, 1969), hlm. 282. Lihat juga Austin Turk dengan konsep *Law as a Conflict Management*, "Law as a Weapon in Social Conflict" dalam *The Sociology of Law A Social Structural Perspective*, William M. Evan (Ed), (New York: The Free Press, 1980), hlm. 105-106.

⁴⁷³ Abdurrahman, "Peranan Hukum Dalam Penanggulangan Konflik Sosial", dalam *Jurnal Syariah, Nomor 1 Tahun 2, Tahun 2002*, (Banjarmasin: Fakultas Syariah Institut Agama Islam Negeri), hlm. 5.

⁴⁷⁴ Rachmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*. (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 2.

⁴⁷⁵ Priyatna, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, hlm. 18.

kebijakan dan hati nurani dan perasaan.⁴⁷⁶ Menurut Priyatna, motivasi pemanfaatan APS disebut sebagai prinsip pemecahan masalah dengan bekerjasama.

Pendapat ini diperkuat oleh Ronald Coase, penerima Nobel Ekonomi 1991, dalam tulisannya, *The Problem of Social Cost* (1960), mengungkapkan pemikirannya tentang apa yang dikenal sebagai *Teorema Coase*.⁴⁷⁷ Menurut Coase bila di antara masyarakat tak terdapat hambatan untuk melakukan tawar-menawar (*zero transaction costs*), maka masyarakat dapat menyelesaikan sengketa tanpa campur tangan negara (hukum). Bila *transaction costs* rendah atau tidak ada sama sekali, maka negara tidak perlu lagi membuat aturan tentang masalah pengalokasian dan penggunaan hak milik. Sebab masyarakat sudah dapat menyelesaikan masalah tersebut melalui tawar-menawar. Kesepakatan kedua belah pihak dianggap sebagai solusi yang paling optimal dalam suatu sengketa.⁴⁷⁸ Sehingga tidak ada pihak yang merasa menang atau kalah. Keduanya mencapai kesepakatan melalui *win-win solution*. Jadi dalam menyelesaikan sengketa bisnis, teori ini dapat digunakan mengingat sengketa bisnis bersifat privat dan tidak memerlukan campur tangannegara. Para pihak tidak perlu banyak mengeluarkan banyak biaya untuk menyelesaikan sengketa. Proses ini menyerupai dengan konsep *Ishlah* menurut Islam dan konsep mediasi.

5. Teori Positivisasi Hukum Islam di Indonesia

Sebelum Belanda mengukuhkan kekuasaannya di Indonesia, hukum Islam sebagai hukum yang berdiri sendiri telah ada dalam masyarakat, tumbuh dan berkembang disamping kebiasaan atau adat penduduk yang mendiami kepulauan Nusantara ini.⁴⁷⁹ Terdapat bukti-bukti yang menunjukkan bahwa Islam berakar dalam kesadaran penduduk kepulauan nusantara dan mempunyai pengaruh yang bersifat normatif dalam kebudayaan Indonesia.⁴⁸⁰ Pengaruh itu merupakan penetrasi secara damai, toleran dan membangun.⁴⁸¹ Kondisi ini ini juga mempengaruhi kebiasaan masyarakat Indonesia dalam menyelesaikan sengketa atau konflik yang terjadi di lingkungannya dengan cara musyawarah.

Hukum Islam sebagai tatanan hukum yang ditaati oleh mayoritas penduduk dan rakyat Indonesia adalah hukum yang telah hidup dalam masyarakat. Hukum Islam

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ Ronald. H. Coase, "The Problem of Social Cost," *Law & Economics Vol.III*, (Oktober 1960), hlm. 33-47.

⁴⁷⁸ *Ibid.*

⁴⁷⁹ M. Daud Ali, *Hukum Islam-Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum di Indonesia*, Ed.6, Cet.12, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2005), hlm. 200.

⁴⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁸¹ Zainuddin Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hlm. 85, Lihat juga M. Daud Ali, *Sistem Ekonomi Islam*, hlm. 232.

merupakan bagian dari ajaran dan keyakinan Islam dan ada dalam kehidupan hukum nasional serta merupakan bahan dalam pembinaan dan pengembangannya.⁴⁸² Oleh karena itu, dalam pembangunan hukum nasional di negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam, seperti Indonesia unsur hukum agama harus benar-benar diperhatikan. Untuk itu perlu wawasan dan kebijaksanaan yang jelas dalam menyusun peraturan yang berlaku bagi masyarakat Indonesia.⁴⁸³

Kedudukan hukum Islam dalam negara Republik Indonesia secara khusus tercantum dalam Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 yang menyebutkan bahwa Negara berdasar atas Ketuhanan yang Maha Esa. Menurut Hazairin, kaidah fundamental dalam Pasal 29 ayat (1) dapat ditafsirkan dalam enam kemungkinan, tiga diantaranya yang relevan dengan kajian ini, intinya adalah sebagai berikut.⁴⁸⁴

1. Dalam Negara Indonesia tidak boleh ada atau tidak boleh berlaku hukum yang bertentangan dengan norma (hukum) agama bagi pemeluk agama dan kesusilaan bangsa Indonesia yang berlaku di tanah air kita.
2. Negara wajib menjalankan syariat semua agama yang berlaku di Indonesia, bila untuk menjalankan syariat itu memerlukan bantuan kekuasaan negara. Artinya negara berkewajiban menjalankan syariat agama untuk kepentingan pemeluk agama yang diakui keberadaannya dalam negara Republik Indonesia ini.
3. Syariat yang tidak memerlukan kekuasaan negara untuk melaksanakannya karena dapat dijalankan sendiri oleh setiap pemeluk agama yang bersangkutan (seperti shalat dan puasa bagi umat Islam) menjadi kewajiban pribadi pemeluk agama itu sendiri untuk menjalankan menurut ketentuan agamanya masing-masing.

Dengan demikian pengaturan tentang penyelesaian sengketa di luar pengadilan khususnya mengenai mediasi yang sesuai dengan pendekatan *Ishlah* dapat dilakukan karena masyarakat Indonesia membutuhkan hal tersebut untuk kemashlahatan hidupnya.

Indonesia termasuk salah satu negara yang menganut paham *taqin*⁴⁸⁵ (legislasi) atau aliran "positivisme yuridis".⁴⁸⁶ Artinya segala bentuk hukum baru dapat

⁴⁸² Juhaya S. Praja, *Hukum Islam di Indonesia Perkembangan dan Pembentukan*, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991), hlm: 97-100. Lihat juga M. Daud Ali, *Hukum Islam-Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum di Indonesia*, hlm. 267.

⁴⁸³ Ali, *Sistem Ekonomi Islam*, hlm. 268.

⁴⁸⁴ Hazairin. *Demokrasi Pancasila*, (Jakarta: Bina Aksara, 1985), hlm. 33-35.

⁴⁸⁵ Ide *taqin* di dunia Islam dipelopori oleh Ibn al-Muqaffa' pada 137 H/755 M sejalan dan memperkuat ide legislasi.

⁴⁸⁶ Positivisme yuridis dipelopori oleh aliran hukum humanis, antara lain Jean Bodin dengan idenya tentang kedaulatan raja. Tokoh positivisme yuridis adalah Rudolf Von Jhering (1818-1892 M). Sebagaimana positivisme sosiologis, positivisme yuridis juga menganut pandangan bahwa hanya apa yang ditetapkan sebagai kenyataan yang dapat diterima sebagai kebenaran. Positivisme sebagai sistem filsafat muncul pada awal abad XIX. Tokohnya adalah August Comte (1799-1854 M) dan Herbert Spencer (1820-1903 M). Lihat Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam*

diberlakukan secara efektif di negara Republik Indonesia setelah diundangkan secara resmi oleh penguasa. Hukum Islam selain berlaku dengan sendirinya diperkuat dengan Undang-Undang.⁴⁸⁷ Pengaturan dalam Undang-Undang terkait tentang mediasi sangat dibutuhkan saat ini di Indonesia mengingat saat ini belum ada Undang-Undang yang mengatur secara khusus tentang penyelesaian sengketa melalui mediasi. Dalam pengaturan ini sebaiknya tetap memperhatikan kebutuhan masyarakat yang menyelesaikan sengketa harus mematuhi prinsip syariah.

Azhary berpendapat bahwa Indonesia sebagai negara hukum yang berlandaskan pada nilai-nilai agama (*al-siyasah al-diniyah*),⁴⁸⁸ harus memiliki prinsip-prinsip nomokrasi Islam. Prinsip-prinsip tersebut tercantum dalam Alquran dan Hadis, yaitu: 1) prinsip kekuasaan sebagai amanah, 2) prinsip musyawarah, 3) prinsip keadilan, 4) prinsip persamaan, 5) prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak azasi manusia, 6) prinsip peradilan bebas, 7) prinsip perdamaian, 8) prinsip kesejahteraan, dan 9) prinsip ketaatan rakyat.⁴⁸⁹ Sementara menurut Hutabarat, ada beberapa alasan suatu Undang-Undang dapat diterima semua lapisan masyarakat, yaitu: alasan historis, alasan sosiologis, alasan yuridis, dan alasan politis.⁴⁹⁰ Hukum Islam dan kekuatan hukumnya secara ketatanegaraan di Negara Republik Indonesia adalah Pancasila dan UUD 1945 Pasal 29, yang kemudian dijabarkan melalui berbagai UU terkait. Antara lain UU No.1 tahun 1974 tentang Perkawinan,⁴⁹¹ UU No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang telah beberapa kali diubah menjadi UU No.3 tahun 2006 dan UU No.50 tahun 2009,⁴⁹² UU No. 23 Tahun 2011 tentang pengelolaan zakat,⁴⁹³ UU No.21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah⁴⁹⁴ serta beberapa instruksi pemerintah yang berkaitan dengan Hukum Islam seperti Kompilasi Hukum Islam⁴⁹⁵ dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah⁴⁹⁶

Lintasan Sejarah, (Yogyakarta: Kanisius, 1982), hlm 122-130. Sebagaimana dikutip dari Ahmad Sukardja dan Mujar Ibnu Syarif, *Tiga Kategori Hukum: Syariat, Fikih dan Kanun*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2012), hlm. 143.

⁴⁸⁷ Sukardja, *Tiga Kategori Hukum*, hlm. 143-144.

⁴⁸⁸ Ibnu Khaldun berpendapat bahwa dalam *mulk siya>si* ada dua bentuk negara hukum yaitu: *siya>sah di>niyyah* dan *siya>sah 'aqliyyah*. Tipe negara yang paling baik dan ideal adalah *siya>sah di>niyyah*. Lihat Munawir Sjadzali, *Islam dan Tata Negara: Ajaran, Sejarah, dan Pemikiran*, ed. Ke-4, (Jakarta: UI Press, 1992), hlm. 90.

⁴⁸⁹ Azhary, *Bunga Rampai Hukum Islam*, hlm. 64, Lihat juga Azhary, *Negara Hukum*, hlm. 18.

⁴⁹⁰ Ramly Hutabarat, *Kedudukan Hukum Islam dalam Konstitusi-Konstitusi Indonesia dan Peranannya dalam Pembinaan Hukum Nasional*, (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara FHUI, 2005), hlm. 165.

⁴⁹¹ Indonesia, *Undang-Undang Perkawinan*, UU No. 1 Tahun 1974, LN. No. 1 Tahun 1974.

⁴⁹² Indonesia, *Undang-Undang tentang Perubahan Undang-Undang No. 7 Tahun 1989*.

⁴⁹³ Indonesia, *Undang-Undang Pengelolaan Zakat*, UU No. Nomor 23 Tahun 2011, LN. No. 115 Tahun 2011, TLN. 5255.

⁴⁹⁴ Indonesia, *Undang-undang Perbankan Syariah*, UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, LN. No. 94 Tahun 2008, TLN. 4867.

⁴⁹⁵ Indonesia, *Instruksi Presiden tentang Kompilasi Hukum Islam*, Inpres No.1 tahun 1999.

menjadi pedoman bagi para hakim Pengadilan Agama di Indonesia dalam memutus perkaranya. Ketentuan tersebut di atas umumnya digunakan dalam penyelesaian sengketa pada perbankan syariah.

Menurut Azizy dengan teori positivisasi hukumnya menjelaskan bahwa lahirnya UU dan ketentuan tersebut di atas baik secara *de jure* maupun *de facto*, teori resepsi⁴⁹⁷ telah hilang di bumi Indonesia dan hukum Islam memiliki kedudukan yang lebih besar dan tegas dalam berkiprah sebagai pemasok bahan hukum nasional.⁴⁹⁸ Dengan demikian ketika berbicara positivisasi hukum Islam dalam hukum nasional maka menurut Azizy sasaran utamanya adalah dalam proses pembentukan UU menjadikan hukum Islam sebagai sumber pembuatan UU. Walaupun demikian peran hakim tetap terbuka dalam melakukan positivisasi hukum Islam ketika harus memutus perkara dan Undang-Undang tidak mengatur dengan konkret.⁴⁹⁹

Legislasi hukum Islam di Indonesia sepanjang sejarah mulai dari pertumbuhannya dalam berbagai tahap dan kini telah memasuki tahap kompilasi/kodifikasi dalam negara hukum modern dan menjadi bagian dari hukum nasional. Produk perundang-perundangan maupun pemikiran hukum telah dikembangkan oleh berbagai lembaga dan individu.⁵⁰⁰

Tata hukum Indonesia yang berkaitan dengan pengaturan penyelesaian sengketa menjadi menarik untuk dikaji jika dihubungkan dengan teori *al-mashlahah* sebagai salah satu kerangka acuan legislasi hukum Islam. Dalam penyelesaian sengketa melalui mediasi pada perbankan syariah di Indonesia dapat dilakukan melalui upaya peran Negara dengan mengacu pada peraturan yang sesuai dengan hukum Islam dan

⁴⁹⁶ Indonesia, Mahkamah Agung, *Peraturan Mahkamah Agung tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, PERMA No.2 Tahun 2008.

⁴⁹⁷ Salomon Keyzer dan Ledewijk Willem Christian Van Den Berg berpendapat bahwa hukum mengikuti agama yang dianut seseorang. Lahirlah teori *Receptio In Complexu* yang menjelaskan bahwa orang Islam Indonesia telah melakukan resepsi hukum Islam dalam keseluruhannya dan sebagai satu kesatuan. Teori ini ditentang oleh Cristian Snouck Hourgronje yang berpendapat bahwa yang berlaku bagi orang Islam bukanlah hukum Islam tapi hukum adat. Dalam hukum adat telah masuk pengaruh hukum Islam tetapi pengaruh itu baru mempunyai kekuatan hukum bila telah benar-benar diterima oleh hukum adat. Hal ini berdasarkan penelitiannya di Aceh dan Gayo. Teori Resepsi ini kemudian diikuti oleh Cornelis Van Vollenhoven dan Bertrand Ter Haar dan diterapkan pada Psl 134 (2) I.S tahun 1929. Teori resepsi mendapat kritikan dari Hazairin dan Sajuti Thalib. Menurut mereka Hukum Adat baru berlaku bila tidak bertentangan dgn Hukum Islam (*Receptio A Contrario*). Teori Resepsi disebut juga Teori Iblis karena bertujuan politik yaitu menghapuskan Hukum Islam dari Indonesia dan mematahkan perlawanan bangsa Indonesia yang dijiwai hukum Islam terhadap Pemerintah Kolonial (Lihat Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam-Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum di Indonesia*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, Ed.6, Cet.12, 2005) hlm. 241-245.

⁴⁹⁸ Azizy, *Hukum Nasional- Eklektisisme Hukum Islam & Hukum Umum*, hlm. 202.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, hlm. 164-165.

⁵⁰⁰ Ka'bah, *Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Universitas Yarsi, 1990), hlm. 84.

melalui peran masing-masing individu dengan melalui musyawarah yang sudah melembaga dalam kehidupan masyarakat Indonesia

6. Teori Keadilan dan Teori *Maslahah*⁵⁰¹

a. Konsep Teori *Maslahah*

Maslahat atau *maslahah* secara etimologi berarti kebaikan atau faidah. *Maslahah* adalah bentuk tunggal dari *masalih* (jamak) yang secara bahasa berarti manfaat, baik, faedah, kebaikan, kegunaan.⁵⁰² Lawan katanya adalah *mafsadah*, yaitu sesuatu yang banyak keburukannya. Secara terminologi, al-Ghazali yang lebih banyak memberikan penjelasan dibanding dengan Imam Haramain al-Juwaini dan Abul-Husayn al-Basri. Al-Ghazali memberi definisi *maslahah* sebagaimana dikutip dalam *Shatibi's Philosophy of Islamic Law* sebagai berikut.⁵⁰³

In its essential meaning (aslami) it (maslahah) is an expression for seeking something useful (manfa'a) or removing something harmful (madarra). But this is not what we mean, because seeking utility and removing harm are the purposes (maqashid) at which the creation (khalaq) aims and the goodness (salah) of creation (mankind) consists in realizing their goals (maqasid). What we mean by maslahah is the preservation of the maqsud (objective) of the law (shari') which consists of five things: preservation of religion, of life, of reason, of descendants and of property. What assures the preservation of these five principles (usul) is maslahah and whatever fails to preserve them is mafsadah and its removal is maslahah.

Ekistensi *maslahah*⁵⁰⁴ terdapat dalam segenap peraturan Allah dan Rasulullah s.a.w. untuk manusia, karena itulah konsep *maslahah* ini memegang peranan besar dan panduan bagi mujtahid untuk mengetahui hukum Allah yang tidak ditegaskan dalam al-Qur'an dan Sunnah atau hukum yang implisit. Dengan konsep *maslahah* ini pula syariah senantiasa memiliki relevansi dengan konteks zamannya, sehingga tetap *up to date*

⁵⁰¹ Teori ini digunakan oleh Zaitun dalam disertasinya yang berjudul Prinsip Keadilan Dalam Asuransi Syariah di Indonesia, pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia (UI) Tahun 2017

⁵⁰² Jasser Auda menyebutnya dengan *interest, good, benefit, utility*. Lihat *Maqasid Al-Syariah as Philosophy of Islamic Law, A Systems Approach* (London: The International Institute of Islamic Thought, 2008), hal.120. Hal ini juga senada dengan pendapat Mohammad Hashim Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, (Kuala Lumpur: Ilmiah Publisher Sdn., 1998), hal. 267.

⁵⁰³ Muhammad Khalid Masud, *Shatibi's Philosophy of Islamic Law*, (Malaysia; Islamic Book Trust, 2000), hal.139.

⁵⁰⁴ Izz al-Din b.Abd. Salam, *Qawa'id Al-Ahkam Fi Masalih Al-Anam*, (Cairo: Dar al-Ba an al-Ara bi, 2002), hal. 12. Lihat juga Ibn Manzur, *Lisan Al-'Arabi*, Vol. V (Cairo: Dar al-Hadith, 2003), hal. 347; Muhammad Sayyid Ramadan al Buti, *Dawabit Al-Maslahah Fi Shari'at Al-Islamiyyah*, (Beirut: Muassasah al-Risalah, 2001), hal. 27.

digunakan disegala zaman, *shahih likulli zaman wa makan*. Dalam *Theories of Islamic Law*, Nyazee mengatakan bahwa *maslahat* dapat diaplikasikan sebagai alas dasar ketetapan hukum, dan *maslahat* ini dapat dijadikan dasar berfikir ketika memperluas ketetapan hukum kepada kasus-kasus baru. Inilah yang merupakan basis doktrin *maslahah*.⁵⁰⁵

Secara terminologi, beberapa cendekiawan memberikan rumusan yang beragam tetapi mempunyai makna yang hampir sama. Al-Syatibi mengemukakan definisi *al-maslahah*, "sesuatu yang dipahami untuk memeliharanya sebagai suatu hak hamba dalam bentuk meraih *kemaslahatan* dan menolak *kemafsadatan* yang untuk mengetahuinya tidak didasarkan pada akal semata."⁵⁰⁶ Al-Ghazali menjelaskan tentang *maslahah* yaitu, "pada dasarnya *maslahah* adalah suatu yang mendatangkan manfaat (keuntungan) dan menjauhi kemudaratannya (kerugian)." Menurut Al-Ghazali hakikat dari *maslahah* adalah memelihara tujuan hukum. Tujuan hukum dimaksud adalah memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta.⁵⁰⁷ Al-Khawarizmi menyatakan *maslahah* adalah memelihara tujuan Hukum Islam dengan menolak bencana/kerusakan/hal-hal yang merugikan manusia⁵⁰⁸ dari itu dapat dibedakan antara pengertian *maslahah* secara umum dan *maslahah* secara syar'i. *Maslahah* syar'i adalah *maslahah* yang bersandar kepada hukum *syara*, sedangkan *maslahah* umum adalah *maslahah* sekedar pemenuhan kebutuhan manusia dan karenanya mengandung hawa nafsu.⁵⁰⁹ Sedangkan menurut Abdul Wahab Khallaf mengartikan *maslahah mursalah* adalah suatu *maslahah* (kebaikan) yang tidak disyariatkan hukumnya untuk mewujudkan *maslahah* itu dan juga tidak terdapat dalil yang menunjukkan atas pengakuannya atau pembatalannya.⁵¹⁰

Asy-Syatibi membagi *maslahah* kepada 3 (tiga) tingkatan, yaitu *the essentials/daruriyat* (primer), *the complementary/hajiyat* (sekunder), dan *the embellishments/tahsiniyat* (tersier).⁵¹¹ Syatibi menjelaskan bahwa ada 5 (lima) tujuan

⁵⁰⁵ Imran Ahsan Khan Nyazee, *Theorie of Islamic Law: The Methodology of Ijtihad*, (New Delhi: Adam Publishers and Distribution, 1996), hal. 236-237.

⁵⁰⁶ Syatibi, *Al-Muwa Faqat Fi u Sul Al-Shari'Ah* (Beirut: Dar al-Kutub al-'Ara bi, 2002), hal.201.

⁵⁰⁷ Kutbuddin Aibak, *Jurnal Ahkam* (Vol. 11, No. 1, Juli 2009).

⁵⁰⁸ Mahmuzar, "Maslahah Mursalah Suatu Metode Istimbath Hukum," (makalah), hal. 6-7.

⁵⁰⁹ Kutbuddin Aibak, *op.cit.*, hal. 3.

⁵¹⁰ Abd.Wahab Khallaf, penj. Noer Iskandar, *Kaidah-Kaidah Hukum Islam (Ilmu Uhlul Fiqh)* (Jakarta: Radjawali Pers, 1993), hal.126.

⁵¹¹ Mohammad Hashim Kamali, *Shari'ah Law an Introduction*, (Oxford: Oneworld Publications, 2008), hal. 134. Perihal senada juga dikemukakan oleh Mohammad Akram Laldin, *Introduction to Shariah and Islamic Jurisprudence*, (Kuala Lumpur: CERT, 2006), hal.18. Lihat pula Mustafa Ahmad Al-Zarqo, penj. Ade Dedy Rohaya, *Hukum Islam dan Perubahan Sosial* (Jakarta: Riora Cipta, 2000), hal.36-39. Bandingkan dengan Muhammad Khalid Mas'ud dalam *Shatibi's Philosophy of Islamic Law*, beliau mengistilahkan *dharury (necessary)*, *haji (needed)* dan *tahsini (commendable)*, hal.151.

pembentukan Hukum Islam (*maqashid al-syariah*) yaitu memelihara agama (*din*), memelihara jiwa (*nafs*), memelihara akal (*aql*), memelihara keturunan (*nasb*), dan memelihara harta (*mal*).⁵¹² Selanjutnya, al-Ghazali menyatakan bahwa setiap sesuatu yang dapat menjamin dan melindungi eksistensi salah satu dari kelima hal tersebut dikualifikasikan sebagai *maslahat*.⁵¹³

*The essentials/daruriyat*⁵¹⁴ atau *maslahah* primer adalah perkara yang dapat menjaga kelima tujuan pokok, yaitu menjaga agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Menurut pandangan syariat bahwa kelima tujuan pokok tersebut harus ada agar kehidupan menjadi layak baik di dunia maupun akhirat. Menurut Syatibi, *the complementary/hajiyat*⁵¹⁵ atau *maslahah* sekunder adalah tindakan-tindakan yang apabila tidak dilakukan tidak akan mengganggu kelima pokok tujuan di atas, tetapi apabila ada dapat memberi kelapangan dan meniadakan kesempatan. *Embellishments/tahsiniyat*⁵¹⁶ atau *maslahat* tersier, yaitu *maslahat* yang tidak mendesak, dalam arti apabila tidak ada, maka tidak apa-apa, hanya sebagai pelengkap saja. Walaupun demikian, memeliharanya termasuk dari akhlak mulia atau kebiasaan baik.

Untuk menggambarkan hubungan ketiga *maslahah* tersebut, Syatibi menyimpulkan adanya 5 (lima) aturan berikut ini dalam hubungan tersebut.⁵¹⁷

1. *Darura is the basis of all masalih;*
2. *The disruption (ikhtilal) of a daruri necessitates the disruption of other masalih absolutely;*
3. *The disruption of a haji or tahsini does not necessitate the disruption of the daruri itself;*
4. *In a certain sense, however, an absolute disruption of tahsini or haji necessitates the disruption of a daruri;*
5. *The preservation (muhafadza) of haji and tahsini is necessary for the sake of daruri.*

Dalam Syariah (al-Qur'an dan Sunnah), konsep *maslahah* juga menjadi pertimbangan, sehingga segala sesuatu yang jelas diperintahkan atau jelas dilarang memiliki nilai kemaslahatan untuk manusia. Oleh sebab itu, dalam hal memutuskan

⁵¹²Muhammad Khalid Masud, *Shatibi's Philosophy of Islamic Law*, (Malaysia: Islamic Book Trust; 2000), hal.139.

⁵¹³ Abu Hamid Muhammad al-Ghazali, *Al-Mustasyfa Min 'Ilm Al-Ushul', Tahqiq Wa Ta'liq Muhammad Ulaimanal-Asyqar, Juz I* (Beirut: Muassasah al-Rialah, 1417 H/1997 M), hal. 416-417.

⁵¹⁴*Daruriyat* secara bahasa berarti kebutuhan yang mendesak, yaitu sebagai aspek yang sangat dibutuhkan demi berlangsungnya urusan-urusan agama dan keduniaan manusia secara baik. Lihat Wael B. Hallaq, *Sejarah Teori Hukum Islam*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2000), hal. 248.

⁵¹⁵*Hajiyat* secara bahasa berarti kebutuhan, yaitu aspek-aspek yang dapat meringankan beban yang teramat berat. *Ibid.*, hal. 249.

⁵¹⁶*Tahsiniyat* secara bahasa berarti penyempurna, berarti bukan merupakan kebutuhan yang mendesak namun keberadaannya dapat memberi nilai tambah. Lihat *ibid.*

⁵¹⁷Muhammad Khalid Masud, *op.cit.*, hal. 154.

hukum melalui ijtihad atau yang sering disebut *Islamic legal opinion*⁵¹⁸; juga harus bertumpu pada prinsip *maslahah* bagi manusia.

Konsep *maslahah* juga tidak statis tetapi lebih mengikuti perkembangan zaman. Muhammad Maslehuddin menyatakan bahwa konsep *maslahah* harus mempertimbangkan kepentingan masyarakat dan realitas sosial yang terus berubah sehingga Hukum Islam terlihat sejalan dengan perubahan masyarakat dan fleksibilitasnya terjaga.⁵¹⁹ Dengan demikian, dapat menumbuhkan keputusan-keputusan Hukum Islam yang kontekstual sesuai dengan konsep *maslahah* pada zamannya. Lebih jauh konsep *maslahah* dapat memberi legitimasi bagi aturan hukum baru dan memberi keluasaan bagi mujtahid untuk mengelaborasi ketentuan-ketentuan yang tidak ditegaskan dalam al-Qur'an dan Hadits.

b. Konsep Teori Keadilan

Satu hal yang menjadi pertimbangan utama untuk mengaplikasikannya keadilan adalah unsur *maslahah* bagi manusia. Keadilan, merupakan kata sifat yang artinya perbuatan yang adil. Adil artinya tidak berat sebelah, tidak memihak.⁵²⁰ Menurut *Ensiklopedi Hukum Islam*, "kata adil secara terminologi, berarti mempersamakan sesuatu dengan yang lain, baik dari segi nilai maupun dari segi ukuran, sehingga sesuatu itu menjadi tidak berat sebelah dan tidak berbeda satu sama lain."⁵²¹ Keadilan menurut Quraisy Syihab adalah "menempatkan sesuatu pada tempatnya."⁵²² Sedangkan menurut Miskawahi sebagaimana dikutip oleh Ahmad Azhar Basyir, bahwa keadilan adalah keutamaan jiwa yang terjadi dari kumpulan hikmah (*wisdom*), *iffah* (kesucian) dan *syajaah* (keberanian).⁵²³

Kitab suci al-Qur'an sedikitnya menggunakan 2 (dua) kata kunci untuk menggambarkan keadilan, yaitu "*al-adl*" dan "*al-qist*"⁵²⁴ serta kata yang semakna dengan *al-adl*, yaitu "*al-wazn*" dan "*al-wast*" yang terdapat dalam berbagai tempat dalam al-Qur'an.⁵²⁵

⁵¹⁸ Nuh Ha Mim Keller, *Al-Maqosid*, (Maryland: Amana Publication, 2001), hal. 189.

⁵¹⁹ Muhammad Maslehuddin, *Philosophy of Islamic Law and The Orientalists*, (New Delhi: Markazi Maktaba Islami, 1985), hal. 160.

⁵²⁰ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta Balai Pustaka: 1990), hal. 6-7.

⁵²¹ Tim Editor Ihtiar Baru Van Hoeve, *Ensiklopedi Hukum Islam*, (Jakarta: Ihtiar Baru Van Hoeve, 2000), hal. 25.

⁵²² M. Quraisy Shihab, *Lentera al-Qur'an*, (Bandung: Mizan, 2008), hal. 238.

⁵²³ Ahmad Azhar Basyir, *Refleksi atas Persoalan Keislaman* (Bandung: Mizan, 1993), hal. 102.

⁵²⁴ Asghar Ali Engineer, *Islam dan Teologi Pembebasan*, (Yogyakarta: Pustaka pelajar, 1999), hal. 59. Lihat juga Rifyal Ka'bah, *Politik dan Hukum dalam al-Qur'an*, (Jakarta: Khairul Bayan, 2005), hal. 82-87.

⁵²⁵ Fazlur Rahman, *Islam and Modernity, Transformation of Intellectual Tradition*, (Chicago: The University of Chicago Press, 1982), hal. 21.

Kata *al-adl* dalam bahasa Arab mengandung makna penyamarataan (*equalizing*) dan kesamaan (*levelling*), maksudnya bahwa keadilan dapat dirasakan sama oleh 2 (dua) pihak. Dalam al-Qur'an kata *al-adl* dengan berbagai derivasinya disebut sebanyak 30 (tiga puluh) kali. Sedangkan, kata *al-qist* disebut sebanyak 23 (dua puluh tiga) kali. *Al-Qist* merupakan kata kunci yang digunakan al-Qur'an untuk mengandung makna distribusi, angsuran, jarak yang merata dan juga keadilan, kejujuran dan kewajaran.⁵²⁶ *Al-Adl* dan *al-muqsith* juga merupakan nama Allah yang artinya Tuhan Maha adil.⁵²⁷ Kata *al-wast* yang berarti *al-adl* dan *al-nisf* (tengah atau pusat) diungkapkan dalam al-Qur'an sebanyak 5 (lima) kali.⁵²⁸ Kata *al-wazn* yang mempunyai makna *ta'dil* dan *istiqomah* (moderat dan lurus). Dengan segala turunannya disebut sebanyak 23 (dua puluh tiga) kali. Dalam al-Qur'an kata *al-adl* selalu disandingi oleh kata "*al zulm*," yang merupakan lawan katanya.⁵²⁹ *Al zulm* bermakna meletakkan sesuatu pada tempat yang tidak semestinya, baik dengan cara melebihkan atau mengurangi maupun menyimpang dari waktu dan tempat.⁵³⁰

Kata *al-adl* selalu dihadapkan dengan kata *az-zulm* yang merupakan lawan katanya. Hal ini dianggap penting karena keadilan dan kezaliman menjadi 2 (dua) kata yang saling menerangkan.⁵³¹ Menurut Amir Nuruddin⁵³² yang mengutip dari Muhammad Fuad Abd al-Baqiy bahwa terminologi *az-zulm* cukup banyak terdapat dalam al-Qur'an terutama pada ayat-ayat Makiyah. Dalam ayat makiyah terdapat 200 (dua ratus) terminologi *az-zulm*, sedangkan pada ayat Madaniyah sebanyak 115 (seratus lima belas) kali. Bahkan, dalam satu ayat kata keadilan (atau dengan terminologi yang lain) dihadapkan dengan kata *az-zulm*. Selain kata *az-zulm* juga dikenal term *al-jaur* yang berarti cenderung kepada sebelah pihak, yang akhirnya membawa pengertian tidak memihak kepada keadilan, tetapi berpihak kepada satu pihak.

Konsep keadilan dalam al-Qur'an bukan hanya norma hukum melainkan menempatkannya sebagai bagian integral dari takwa,⁵³³ dengan demikian, takwa

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ Seyyed Hosein Nasr, penj. Nurasiah Fakhri Sutan Harahap, *The Heart of Islam* [Pesan-Pesan Universal Islam untuk Kemanusiaan], (Bandung: Mizan, 2003), hal. 289.

⁵²⁸ Muhammad Fuad Abdul Baqi, *Al-Mu'jam Al Mufahras Li Alfadz Qi-Qur'an Al-Karim* (Mesir: Dar al-Fikr, 1981), hal. 448.

⁵²⁹ *Ibid.* Lihat juga Harun Nasution, *Islam Rasional*, (Bandung: Mizan, 1994), hal. 62.

⁵³⁰ M. Dawam Raharjo, *Ensiklopedi al-Qur'an: Tafsir Sosial Berdasarkan Konsep-konsep Kunci*, (Jakarta: Paramadina: 1996), hal. 391-410.

⁵³¹ *Al adl* berarti menempatkan sesuatu pada tempatnya, sedangkan *az-zulm* berarti menempatkan sesuatu tidak pada tempat yang semestinya, baik melebihkan atau mengurangi maupun menyimpang dari waktu dan tempatnya. Lihat Quraisy Syihab, lihat juga Amir Nuruddin, *Keadilan dalam al-Qur'an*, (Jakarta: Hijri Pustaka utama, 2008), hal. 121.

⁵³² *Ibid.*, hal. 75.

⁵³³ Bandingkan dengan pendapat Ali Syariati yang mengatakan bahwa *Adalah* bukan semata-mata prinsip agama tetapi merupakan semangat yang mengatur seluruh aspek Islam, dan dianggap sebagai tujuan utama pengutusan semua Nabi. Ali Syariati, *Membangun Masa Depan Islam*, (Bandung: Mizan, 1987), hal. 50. Lihat pula pendapat Hassan Hanafi, bahwa revolusi

didalam Islam bukan hanya sebuah konsep ritual namun juga secara integralterkait dengan keadilan sosial dan ekonomi. Istilah keadilan sosial dalam Islam digunakan oleh Sayyid Qutb dalam bukunya *Al'adalah Al-Ijtimaiyyah*. Dalam buku tersebut, Qutb menjelaskan bahwa yang dimaksud keadilan adalah persamaan kemanusiaan yang memperhatikan pula keadilan pada semua nilai yang mencakup segi-segi ekonomi yang luas.⁵³⁴ Keadilan sosial merupakan keadilan kemanusiaan yang tidak berhenti pada masalah materi dan ekonomi, tetapi mencakup hal-hal yang immaterial.⁵³⁵ Dengan jelas Qutb menyatakan bahwa konsep Islam tentang keadilan berbeda dengan konsep-konsep lain. Islam mempunyai konsep yang khas tentang keadilan.

Dari definisi kadilan tersebut dijelaskan bahwa keadilan dalam Islam tidak menyamaratakan pendapatan, tetapi pendapatan tergantung dari kemampuan yang dimiliki oleh masing-masing individu. Islam mengakui adanya perbedaan diantara manusia tetapi memberi kesempatan yang sama untuk semua, seperti dalam al-Qur'an surat al-Hujurat [49]:13, Allah berfirman, "... Sesungguhnya orang yang paling mulia di sisi Allah adalah orang-orang yang bertakwa."

Sejalan dengan Qutb, Hasan Al-Bana mengungkapkan bahwa perilaku ekonomi dalam Islam tidak terlepas dari faktor keadilan sesama manusia.⁵³⁶ Hal itu dapat dikatakan bahwa sistem ekonomi yang dibangun Islam adalah sistem ekonomi yang berkeadilan, seperti ditunjukkan oleh ayat-ayat al-Qur'an yang menghendaki harta tidak hanya berputar di kalangan orang kaya saja, sebagaimana firman Allah dalam surat Al-Hasyar [59]: 7:

Apa saja harta rampasan (*fai*) yang diberikan Allah kepada Rasul-Nya yang berasal dari penduduk kota-kota maka adalah untukAllah, untuk Rasul, kaum

transenden muncul dalam masyarakat untuk mengimplementaikan keadilan soial dan menjadi fondasi bagi masyarakat egalitarian. Lihat Hassan Hanafi, *Bongkar Tafsir Liberalisasi, Revolusi, Hermeneutik* (Yogyakarta: Prismsophi Pustaka Utama, 2003), hal. 82.

⁵³⁴ Sayyid Qutb, *Keadilan Sosial dalam Islam*, (Bandung: Penerbit Pustaka), hal. 37.

⁵³⁵ *Ibid.*, hal. 41. Bandingkan dengan Murthadha Muthahhari, penj. Afif Muhammad, *Kebebasan Berfikir dan Berpendapat dalam Islam*, (Jakarta: Risalah Masa, 1990), hal. 155-161. Menurutnya, aplikasi keadilan sosial dapat dilihat dari dua model, pertama model yang memusatkan pada masyarakat, yaitu sama rasa sama rata, artinya setiap orang wajib bekerja berdasarkan keahliannya dan memperoleh penghasilan sesuai kebutuhannya. Aplikasi ke dua adalah model yang memusatkan diri pada individu, yaitu setiap orang harus berusaha mengetahui apa yang bisa dia lakukan untuk memperoleh penghasilan, dan penghasilannya menjadi miliknya sendiri tanpa haru peduli dengan orang lain. Keadilan sosial yang ingin direalisasikan Islam adalah model yang serupa dengan sosialisme etis, yaitu setiap orang mengerahkan seluruh kemampuannya agar dapat maju dengan mengandalkan dirinya sendiri yang berpijak dari kemanusiaannya yang luhur, spiritualisme yang tinggi, dan kemuliaan rohani, yang bersedia mengalirkan sebagian dari hartanya untuk saudara saudaranya yang membutuhkan tanpa dipaksa. Jadi, Islam memandang bahwa spiritualisme adalah bagian yang tak terpisahkan dari keadilan sosial.

⁵³⁶ Hasan Al-Banna, *Risalah Pergerakan Ikhwanul Mulimin* (Solo: Era InterMedia, 2008), hal. 108.

kerabat, anak-anak yatim, orang-orang miskin dan orang-orang yang dalam perjalanan, supaya harta itu jangan hanya beredar di antara orang-orang kaya saja di antara kamu. Apa yang diberikan Rasul kepadamu maka terimalah dia. Dan apa yang dilarang bagimu maka tinggalkanlah, dan bertakwalah kepada Allah. Sesungguhnya Allah sangat keras hukuman-Nya.

Perintah untuk menunaikan kontrak-kontrak (akad), sebagaimana firman Allah dalam surat al-Maidah [5]:1, "Hai orang-orang yang beriman, penuhilah akad-akad itu ..."Kemudian adanya larangan mengenakan bunga pada transaksi ekonomi sebagaimana dimuat dalam surat al-Baqarah [2]: 275-276 dan 278:

- 275 Orang-orang yang makan (mengambil) riba tidak dapat berdiri melainkan seperti berdirinya orang yang kemasukan syaitan lantaran (tekanan) penyakit gila. Keadaan mereka yang demikian itu, adalah disebabkan mereka berkata (berpendapat), sesungguhnya jual beli itu sama dengan riba, padahal Allah telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba.
- 276 Allah memusnahkan riba dan menyuburkan sedekah. Dan Allah tidak menyukai setiap orang yang tetap dalam kekafiran, dan selalu berbuat dosa.
- 278 Hai orang yang beriman, bertakwalah kepada Allah dan tinggalkan sisa riba (yang belum dipungut) jika kamu orang-orang yang beriman.

Jika kapitalismemenonjolkan sifat individualisme dari manusia, sosialisme pada kolektivisme, maka Islam menekankan 4 (empat) sifat sekaligus yaitu: kesatuan (*unity* atau *Tauhid*), keseimbangan atau kesejajaran (*equilibrium* atau *al-adl wal ihsan*), kebebasan (*free will* atau *ikhtiar*), serta tanggung jawab (*responsibility* atau *fardh*). Menurut Asghar Ali Engineer, hal ini yang disebut dengan keadilan distributif.⁵³⁷ Keadilan distributif dalam konsep Islam adalah distributif dalam pendapatan dan kekayaan dan bukanlah berarti menuntut semua orang untuk menerima upah yang sama, tanpa memandang kontribusinya pada masyarakat. Islam mentolerir ketidaksamaan pendapatan sampai tingkat tertentu, karena setiap orang tidaklah sama kemampuannya.⁵³⁸ Sejalan dengan itu, Ziauddin Ahmad berpendapat tentang konsep keadilan ekonomi, yaitu:⁵³⁹

⁵³⁷ Asghar Ali Engineer, *op.cit.*, hal. 52-53.

⁵³⁸ Lihat Q.S. Al-An'am [6]:165, An-Nahl [16]:71, Az-Zukhruf [43]:32. Lihat juga Mubyarto, *Sistem dan Moral Ekonomi Indonesia*, (Jakarta : LP3ES, 1990), hal. 21. Dia berpendapat bahwa keadilan ekonomi adalah konsekuensi logis dari persaudaraan Islam. Keadilan di bidang ekonomi berarti setiap individu akan mendapat haknya sesuai dengan kontribusi yang diberikannya dan

Salah satu hak dari hak-hak dasar ekonomi adalah bahwa setiap individu harus memiliki kesempatan untuk mengembangkan kecakapan pembawaan sejak lahir sepienuh mungkin dan memilih profesi yang sesuai dengan bakatnya. Berdasarkan pengakuan prinsip inilah struktur pasar yang bersaing, menjamin kebebasan setiap individu untuk mengakses kepada sumber daya alam dan juga mendapatkan kebebasan dari berbagai bentuk diskriminatif.

Sayyid Qutb mengemukakan 3 (tiga) asas dasar dalam menegakkan keadilan, yaitu kebebasan jiwa yang mutlak, persamaan kemanusiaan yang sempurna, dan jaminan sosial yang kuat. Kebebasan jiwa yang mutlak dimaksud adalah keadilan sosial tidak mungkin dicapai hanya dari hal-hal yang bersifat material tetapi justru dimulai dari persoalan-persoalan jiwa. Jadi ada keseimbangan antara hal-hal yang material dan imaterial, memadukan tuntutan jasmani dan dorongan jiwa dalam suatu aturan. Persamaan kemanusiaan memberi jaminan bahwa manusia adalah sederajat walaupun berbeda suku, bangsa, maupun jenis kelamin (laki-laki dan perempuan). Persamaan kemanusiaan tersebut disegala bidang termasuk dalam kepemilikan harta. Sedangkan, jaminan sosial dimaksudkan agar kebebasan manusia ada batasnya sehingga tidak mengganggu manusia lain. Prinsip jaminan dalam Islam banyak bentuknya, mulai dari jaminan individu atas dirinya sendiri sampai kepada jaminan dari satu lapisan masyarakat kepada lapisan masyarakat lain secara timbal balik.⁵⁴⁰

Muhammad Bagir as-Sadr dalam bukunya *Iqtishaduna* menjelaskan ekonomi Islam adalah sebuah doktrin yang berhubungan dengan ideologi (keadilan sosial) dan bukan ilmu pengetahuan. Lebih jelasnya Muhammad Bagir as-Sadr mengatakan bahwa keadilan bukanlah gagasan ilmiah melainkan merupakan doktrin. Keadilan adalah suatu estimasi dan penilaian moral, misalnya untuk menilai adil atau tidaknya *riba*, tidak dapat dengan ukuran ilmiah melainkan menggunakan nilai-nilai etika dan cita-cita luhur yang berada di luar batas-batas pengukuran material.⁵⁴¹ Dalam hal ini konsep *maslahat* dibutuhkan untuk mengukur nilai-nilai tersebut.

Ada perbedaan pandangan dalam melihat dan memetakan masalah ekonomi antara konsep Muhammad Bagir as-Sadr dengan konsep konvensional. Menurut Muhammad Bagir as-Sadr, adanya persoalan ekonomi akibat dari

masing-masing individu harus terbebas dari eksploitasi orang lain. Menurutnya, keadilan ekonomi mengacu pada dua bentuk, yaitu keadilan dalam distribusi pendapatan dan persamaan (egalitarian) kesempatan mendapatkan akses-akses ekonomi.

⁵³⁹ Ziauddin Ahmad, *Al-Qur'an: Kemiskinan dan Pemerataan Pendapatan*, (Yogyakarta: Dana Bhakti Wakaf Prima Yasa, 1998), hal. 24.

⁵⁴⁰ Bandingkan dengan konsep transenden dari Hasan Hanafi. Lihat Hasan Hanafi, *Bongkar Tafsir Liberalisasi, Revolusi, Hermeneutik*, (Yogyakarta: Prismsophi, 2003), hal. 82.

⁵⁴¹ Muhammad Bagir as-Sadr, *Iqtisaduna Our Economies, Vol.2, Part 1*, (Tehran: World Organization for Islamic Services, 1994), hal. 79-80.

Comment [x27]: Pada bagian halaman-halaman ini ada beberapa hal yang perlu diperhatikan kembali terkait teknis penulisannya:

1. Jenis atau size fontnya berbeda
2. Jarak spasi antar paragraf
3. Teknis penomoran
4. Paragraf dan kalimat perlu dibaca kem

sistem ekonomi yang membolehkan adanya eksploitasi dari yang kuat terhadap yang lemah. Yang kuat biasanya memiliki akses yang luas untuk menguasai sumber daya, sedangkan yang lemah tidak memiliki akses yang sama. Oleh sebab itu, Muhammad Bagir as-Sadr mengusulkan penggunaan istilah *Iqtishad* sebagai penggantinya dari istilah Ilmu Ekonomi Islam. Istilah *Iqtishad* merujuk pada arti "keadaan sama," seimbang atau pertengahan, yang dalam bahasa ekonomi lebih dikenal dengan *equilibrium*.⁵⁴² Muhammad Bagir as-Sadr juga menjelaskan bahwa kebijakan dibidang ekonomi tidak dapat dilepaskan dari otoritas kekuasaan.

Hampir serupa dengan Muhammad Bagir as-Sadr, Murthadha Muthahhari,⁵⁴³ mengemukakan pendapatnya tentang keadilan sosial. Menurutnya aplikasi keadilan sosial dapat dilihat dari 2 (dua) model, *pertama* model yang memusatkan pada masyarakat yaitu sama rasa sama rata, artinya setiap orang wajib bekerja berdasarkan keahliannya dan memperoleh penghasilan sesuai kebutuhannya. Aplikasi *kedua* adalah model yang memusatkan diri pada individu yaitu setiap orang harus berusaha mengetahui apa yang bisa dia lakukan untuk memperoleh penghasilan, dan penghasilannya menjadi miliknya sendiri tanpa harus peduli dengan orang lain. Keadilan sosial yang ingin direalisasikan Islam adalah model yang serupa dengan konsep sosialisme etis, yaitu setiap orang mengerahkan seluruh kemampuannya agar dapat maju dengan mengandalkan dirinya sendiri yang berpijak dari kemanusiaannya yang luhur, spiritualisme yang tinggi, dan kemuliaan rohani, yang bersedia mengalirkan sebagian dari hartanya untuk saudara-saudaranya yang membutuhkan tanpa dipaksa. Jadi, Islam memandang bahwa spiritualisme adalah bagian yang tidak terpisahkan dari keadilan sosial.⁵⁴⁴

Dalam hukum ekonomi Islam, prinsip keadilan merupakan prinsip umum dan menjadi prinsip utama dan bahkan menjadi penyangga dari rancang bangun ajaran Islam yang terdiri dari *aqidah*, *syariah*, dan *akhlak*. Terbukti dengan berbagai cara penekanan yang cukup banyak dalam al-Qur'an dan juga dicontohkan oleh Rasulullah s.a.w. Ketika Allah memerintahkan 3 (tiga) hal utama yang harus didahulukan, maka keadilan merupakan hal pertama yang disebutkan.⁵⁴⁵ Dalam surat an-Nahl [16]: 90 Allah berfirman: "Sesungguhnya Allah menyuruh kamu berbuat adil, berbuat kebajikan dan memberi kepada kaum kerabat."

Pada konteks asuransi yang merupakan salah satu bentuk dari *muamalah*, prinsip keadilan juga merupakan prinsip primer yang harus didahulukan dari prinsip yang lain. Konsep dasar asuransi syariah dirancang sedemikian rupa sehingga prinsip keadilan dapat dirasakan baik oleh pemberi amanah (orang yang berasuransi) maupun penerima amanah (perusahaan). Seperti dalam hal akad,

⁵⁴² *Ibid.*, hal. 85.

⁵⁴³ Murthadha Muthahhari, penj. Afif Muhammad, *Kebebasan Berfikir dan Berpendapat dalam Islam*, (Jakarta: Risalah Masa, 1990), hal. 155-161.

⁵⁴⁴ Muhammad Bagir as-Sadr., *op.cit.*, hal. 86.

⁵⁴⁵ Muhammad Syakir Sula, *op.cit.*, hal. 727-728.

maka yang digunakan adalah akad yang transparan sehingga tidak merugikan salah satu pihak dan menguntungkan salah satu pihak yang tujuannya mendekati keadilan. Selain itu, asuransi syariah juga tidak mengenal dana hangus, baik karena tidak ada klaim maupun apabila nasabah tidak dapat melanjutkan pembayaran preminya.

Dalam penulisan disertasi ini kiranya beralasan jika dipilih teori keadilan sosial yang dikemukakan oleh Muhammad Bagir as-Sadr. Peran negara yang dituntut oleh Muhammad Bagir as-Sadr dalam menegakkan keadilan menjadi *point* penting dalam pembahasan asuransi syariah karena diharapkan terciptanya regulasi yang mendukung.

7. Teori Jaminan Sosial

Ibnu Khaldun⁵⁴⁶ adalah seorang pemikir Islam yang telah meletakkan dasar-dasar pemikirannya tentang negara. Dia memperkenalkan tipologi negara dengan tolok ukur kekuasaan.⁵⁴⁷ Salah satu prinsip yang diusung oleh tipologi negara tersebut adalah prinsip keadilan. Dengan tolok ukur kekuasaan tersebut, maka kekuasaan yang dimiliki oleh negara tersebut berdampak akan adanya tanggungjawab yang besar untuk memastikan prinsip keadilan berlaku. Selain itu, negara juga memiliki hak intervensi terhadap kebijakan ekonomi. Implementasi terhadap tanggungjawab tersebut dapat diwujudkan melalui 3 (tiga) prinsip utama, yaitu:⁵⁴⁸

1. Adanya jaminan sosial;
2. Menjaga keseimbangan sosial; dan
3. Melakukan intervensi.

Yang dimaksud dengan jaminan sosial adalah memberikan jaminan standar hidup yang layak kepada setiap warga negara. Yang meliputi jaminan sosial adalah bukan hanya pangan tetapi juga tempat tinggal, pendidikan, kesehatan dan pakaian. Standar jaminan sosial ini bukanlah sesuatu yang statis, melainkan dapat berubah karena perubahan waktu dan tempat.⁵⁴⁹ Menurut Harry Calvert sebagaimana dikutip oleh Afzalur Rahman, jaminan sosial adalah "mekanisme utama yang sah yang berkaitan dengan pemberian jaminan untuk mencukupi penghasilan individu, jika pelaksanaannya dilakukan dengan memanfaatkan pelayanan sosial lain, untuk menjamin seseorang memenuhi standar hidup minimal secara kultural yang layak jika sarana yang biasa dilaksanakan mengalami kegagalan."⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ Nama aslinya adalah *Abu Zayd Abd ar-Rahman ibn Muḥammad ibn Khaldun al-Ḥaḍrami*, lahir di Tunis pada tanggal 27 Mei Tahun 1332.

⁵⁴⁷ Muhammad Thahir Azhari, *Negara Hukum*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1991), hal.64.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, hal. 455–483.

⁵⁴⁹ Afzalur Rahman, penj. Soeroyo, Nsatangin, *Doktrin Ekonomi Islam, Jilid 4* (Yogyakarta: Dhana Bhakti Wakaf, 2003), hal. 306-307.

⁵⁵⁰ *Ibid.*

Muhammad Bagir as-Sadr memberikan penjelasannya pula bahwa jaminan sosial adalah salah satu kewajiban negara terhadap warga negaranya. Kewajiban negara tersebut dapat diwujudkan dalam 2 (dua) kemungkinan: *pertama*, kewajiban timbal balik antara negara dengan warganegara. *Kedua*, negara menyediakan uang dalam jumlah yang cukup untuk membiayai kebutuhan individu sebatas standar hidup yang layak, dan ini merupakan hak warganegara. Dalam hal kewajiban timbal balik, negara berkewajiban memberi kesempatan yang luas kepada warga negaranya untuk melakukan kerja produktif, oleh sebab itu setiap warganegara harus bekerja untuk memenuhi kebutuhan diri dan keluarganya. Untuk masalah hak warganegara, baru diperoleh apabila negara dalam keadaan tertentu tidak bisa menyediakan lapangan pekerjaan untuk warganegara.⁵⁵¹ Sejalan dengan Muhammad Bagir as-Sadr, Afzalur Rahman menegaskan bahwa negara mempunyai tugas dan tanggungjawab untuk mengawasi kebutuhan pokok masyarakat, karena setiap warganegara mempunyai hak yang sama atas penghidupannya di suatu negara.⁵⁵² Dengan kata lain, negara bertanggungjawab secara tidak langsung terhadap masyarakat, dan kewajibannya adalah meringankan dan menghapus penderitaan rakyatnya.⁵⁵³

*Basis pertama*⁵⁵⁴ jaminan sosial adalah merupakan prinsip kewajiban yang timbal balik antara masyarakat dan negara. Dalam Islam, prinsip jaminan sosial ini adalah merupakan *fardhu kifayah*, artinya setiap muslim mempunyai kewajiban membantu sesama manusia sejauh batas kemampuannya, sementara negara berperan dalam hal aplikasinya agar fungsi itu berjalan dengan baik. Peran negara tersebut mencerminkan kapasitas negara sebagai otoritasnya untuk memaksa setiap individu yang berada di bawah kekuasaannya untuk melaksanakan Hukum Islam. Prinsip jaminan sosial dalam Islam bukanlah dikaitkan dengan kewajiban membayar pajak penghasilan, melainkan merupakan prinsip umum persaudaraan yang merupakan ekspresi praktis dari persaudaraan sesama muslim dan berkaitan dengan aspek moral.

*Basis kedua*⁵⁵⁵ dari prinsip jaminan sosial adalah hak masyarakat atas sumber-sumber kekayaan negara. Dalam hal ini negara bertanggungjawab atas penghidupan mereka yang tidak berdaya terlepas dari kewajiban sesama muslim untuk tolong-menolong. Kewajiban negara dalam hal ini melebihi kewajiban minimum yang ada di basis pertama. Kewajiban ini disebut dengan kewajiban langsung negara terhadap individu warga negaranya yang meliputi jaminan, pemberian bantuan pemeliharaan, sarana hidup yang sesuai dengan standar hidup masyarakat setempat. Jadi yang dimaksud dengan keseimbangan sosial adalah keseimbangan standar hidup diantara para individu dalam masyarakat, bukan keseimbangan pendapatan. Setiap individu

⁵⁵¹ Muhammad Bagir as-Sadr, *op.cit.*, hal. 455.

⁵⁵² Afzalur Rahman, *Jilid 1, op.cit.*, hal. 315.

⁵⁵³ *Ibid.*, hal. 140. Lihat juga Muhammad Bagir as-Sadr, *op.cit.*, hal. 459-461.

⁵⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵⁵ *Ibid.*

dalam masyarakat mampu menikmati kehidupan dalam satu standar hidup, meskipun ada perbedaan derajat. Keseimbangan sosial ini menjadi tujuan yang harus diperjuangkan oleh negara dengan sebaik-baiknya. Untuk mencapai hal itu Islam memberikan panduan akan standar hidup yang lebih tinggi dengan larangan terhadap perilaku yang berlebihan.

Dasar hukum yang paling tegas menyinggung jaminan sosial ini adalah sebagaimana dimuat dalam surat al-Hasyr [59]:6-7, berikut isi ketentuan tersebut:

Al-Hasyar [59]: 6:

Dan apa saja harta rampasan (*fai*) yang diberikan Allah kepada Rasul-Nya (dari harta benda) mereka, maka untuk mendapatkan itu kamu tidak mengerahkan seekor kudapun dan (tidak pula) seekor untapun, tetapi Allah yang memberikan kekuasaan kepada Rasul-Nya terhadap siapa yang dikehendaki-Nya. Dan Allah Maha Kuasa atas segala sesuatu.

Al-Hasyar [59]:7:

Apa saja harta rampasan (*fai*) yang diberikan Allah kepada Rasul-Nya yang berasal dari penduduk kota-kota maka adalah untuk Allah, untuk Rasulullah, kaum kerabat, anak-anak yatim, orang-orang miskin dan orang-orang yang dalam perjalanan, supaya harta itu jangan hanya beredar di antara orang-orang kaya saja di antara kamu. Apa yang diberikan Rasulullah s.a.w. kepadamu, maka terimalah dia. Dan apa yang dilarang bagimu maka tinggalkanlah; dan bertakwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah sangat keras hukumannya.

Ayat tersebut mengemukakan basis dari gagasan jaminan sosial dan menjelaskan legislasi sektor publik yang dikenal dengan *fai*.⁵⁵⁶Diriwayatkan dalam sebuah Hadits bahwa Rasulullah s.a.w.berkatadalam khotbahnya, "Siapa saja yang meninggalkan kerugian, maka kerugian itu menjadi tanggungjawabku. Siapa saja yang meninggalkan hutang, maka utangnya menjadi tanggungjawabku. Juga siapa saja yang meninggalkan kewajiban demi memenuhi kebutuhan makannya."⁵⁵⁷

⁵⁵⁶*Fai* secara etimologi berarti kembalinya bayangan ke tempatnya semula. Secara terminologi berarti apa yang diperoleh kaum muslimin dari musuh mereka baik melalui peperangan ataupun tidak. Tetapi lebih banyak ulama yang berpendapat kata *fai* ini diperuntukan bagi harta musuh yang diperoleh tanpa melalui peperangan sebagaimana terdapat dalam konteks ayat 6 ini. Ayat 6 surat ini berkenaan dengan pengusiran salah satu dari komunitas besar Yahudi di Madinah, yaitu Bani an-Nadhir pada tahun ke empat Hijriah. Lihat *Tafsir al-Misbah*, Vol. 13, hal. 517-533.

⁵⁵⁷Tuhfatul Ahwadi, *Syarah Jami' at-Turmudzi, Jilid 5*, (Beirut: Daar Ihyaul Turats al-Arabi, 1998), hal. 345.

Dalam sebuah suratnya, Khalifah ke empat, Ali bin Abi Thalib, kepada Gubernur Mesir, beliau memaparkan tentang landasan teoretis akan pengakuan Islam terhadap hak-hak masyarakat akan sumber kekayaan (alam). Bunyi suratnya antara lain:

“Kemudian, demi Allah, peliharalah mereka yang miskin dan papa, yang menderita dan cacat, yang tidak mampu memelihara diri mereka sendiri. Mereka adalah golongan para pejuang dan pemberani. Beri mereka bagian dari *Baitul Mal* dan bagian dari hasil panen (negara) Islam dari setiap kota, karena yang terjauh dari mereka (berhak atas bagian yang) sama dengan yang terdekat dari mereka. Anda harus benar-benar memperhatikan hak masing-masing dari mereka. Janganlah kesombongan mengalihkan perhatian anda dari mereka. Sungguh, (dalam hal ini) anda tidak bisa berdalih mengabaikan hal sepele demi urusan penting anda. Jangan abaikan mereka ataupun memalingkan wajah anda dari mereka karena meremehkan. Lalu, diantara mereka yang tidak bisa menjumpai anda; yang darinya mata-mata berpaling dengan cepat; dan yang masalahnya tak terpantau oleh anda, untuk mengurusnya angkatlah pejabat yang terpercaya, bertakwa, dan rendah hati. Perintahkanlah mereka (para pejabat) untuk menginformasikan berbagai masalah orang-orang seperti itu kepada anda, lalu perlakukanlah mereka dengan terhormat, sedemikian hingga perlakuan itu dapat menjadi pembelaan anda dihadapan Allah pada hari dimana Dia meminta pertanggungjawaban anda atas mereka yang berada di bawah kekuasaan anda dan mereka yang lebih membutuhkan keadilan ketimbang orang-orang selain mereka. Peliharalah anak yatim dan mereka yang lemah karena usia (manusia lanjut usia), yang tidak mampu serta tidak bisa bekerja demi mengatasi masalah-masalah mereka sendiri.”

Keseimbangan sosial adalah keseimbangan standar hidup diantara para individu dalam masyarakat, bukan kesimbangan pendapatan.⁵⁵⁸ Keseimbangan sosial sebagai sarana dan tujuan yang harus diperjuangkan implementasinya oleh negara dalam batas-batas kapasitas negara tersebut berdasarkan metode hukum dan batas kewenangan negara.

Sistem zakat sebagai suatu sistem ekonomi dalam Islam telah dibuktikan oleh Rasulullah s.a.w. Selain ketentuan ibadah murni, zakat juga merupakan kewajiban sosial berbentuk tolong-menolong antara orang kaya dan orang miskin, untuk menciptakan keseimbangan sosial (*social equilibrium*) dan keseimbangan ekonomi (*equilibrium ofeconomy*). Sekaligus ditujukan untuk mewujudkan kesejahteraan, menciptakan keamanan dan ketentraman.⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ *Ibid.*, hal 469.

⁵⁵⁹ Rachmat Djatmika, *Infaq Shadaqah, Zakat dan Wakaf sebagai Komponen dalam Pembangunan*, (Surabaya: al-Ikhlash, t.t.), hal. 11.

Salah satu tujuan dan sasaran Islam dengan terwujudnya keseimbangan sosial adalah memakmurkan setiap individu warga masyarakat. Di dalam Islam, yang dimaksud dengan kemakmuran adalah keadaan dimana seseorang mampu menghidupi diri dan keluarganya, dimana ia sejajar dengan masyarakat umum. Bagaimana dengan wewenang negara untuk mengaplikasikan prinsip-prinsip tersebut diperlukan usaha sebagai berikut.⁵⁶⁰

1. Pemberlakuan pajak-pajak permanen yang sinambung dan memanfaatkan pajak-pajak itu demi kepentingan keseimbangan sosial.
2. Menciptakan sektor-sektor publik dengan properti negara dan menjadikannya sebagai investasi yang menguntungkan.
3. Aturan-aturan Hukum Islam yang meregulasi berbagai bidang yang berbeda dalam kehidupan ekonomi.

Ikut serta mengatur (intervensi) negara terhadap sistem ekonomi adalah suatu hal yang fundamental. Menurut Muhammad Bagir as-Sadr, intervensi dapat dilakukan melalui 2(dua) hal, *pertama* dalam tataran regulasi, dan *kedua* dalam tataran implementasi.⁵⁶¹ Dalam tahapan regulasi kewenangan negara bukan sekedar mengadaptasi aturan Hukum Islam yang permanen saja, namun juga untuk mengisi ruang kosong yang ada dalam Hukum Islam. Disatu sisi negara memaksa masyarakat mengadaptasi hukum-hukum yang telah disiapkan Allah untuk manusia, tapi di sisi lain negara merancang peraturan yang sesuai dengan zamannya untuk mengisi ruang kosong yang ada dalam Hukum Islam. Negarapun harus memberikan keamanan sosial serta memastikan keseimbangan sosial dan keamanan secara keseluruhan. Sehingga, masyarakat percaya bahwa negara yang menjalankan tugas sebagai pengatur keseimbangan ekonomi masyarakat secara keseluruhan. Ada 2 (dua) cara yang dapat ditempuh negara dalam melaksanakan tanggungjawabnya terhadap kesejahteraan warganegaranya, *pertama*, dengan mengorganisir (mengumpulkan) kegiatan-kegiatan kesejahteraan pada tingkat nasional dalam bentuk jaminan sosial untuk membantu masyarakat yang tertimpa kemalangan karena berbagai macam sebab di bawah penguasaan pemerintahan. *Kedua*, mendorong masyarakat untuk membentuk organisasi bantuan suka rela antarmereka dimanapun ada kemungkinan.⁵⁶²

Sumber pendapatan untuk jaminan sosial ini dapat diperoleh dari 2 (dua) alternatif yaitu, *pertama* yang merupakan dana sumbangan, dan *kedua*, dana non sumbangan atau dana pungutan. Dana non sumbangan dimaksud adalah yang merupakan kewajiban sosial tiap muslim yang mampu mulai dari zakat, *infaq* dan *shadaqah*. Sumber dana dari sumbangan atau pungutan adalah dana yang diperoleh dari sumbangan orang-orang yang berlebihan hartanya (*al-afwu*). Dana ini diperuntukkan

⁵⁶⁰ Muhammad Bagir as-Sadr, *op.cit.*, hal. 474-486.

⁵⁶¹ *Ibid.*, hal. 485.

⁵⁶² Afzalur Rahman, *Jilid 4, op.cit.*, hal. 315.

bagi lembaga swasta yang berkecimpung untuk membantu kesejahteraan masyarakat seperti pensiunan profesi dan asuransi sosial bersama.⁵⁶³

Sejalan dengan Afzalur Rahman, Jaribah bin Ahmad Al Haritsi⁵⁶⁴ mengilustrasikan tentang jaminan sosial yang diberlakukan pada masa Khalifah kedua Umar ibn al Khattab bahwa penanggungjawabnya bukan hanya pemerintah melainkan individu, masyarakat dan pemerintah. Tiap individu, secara *fardhu ain*, mengemban tanggungjawab menafkahkan orang-orang yang menjadi beban tanggungjawabnya, baik karena hubungan kerabat maupun terhadap orang yang terdesak untuk menyelamatkan hidupnya. Masyarakat secara *fardhu kifayah* menjadi penanggungjawab orang-orang yang merealisasikan jaminan sosial. Pemerintah menjadi penanggungjawab utama terhadap warganegara yang tidak mampu dapat melakukan tanggungjawabnya secara langsung maupun tidak langsung. Secara langsung pemerintah merealisasikannya melalui *baitul mal* milik pemerintah, sedangkan secara tidak langsung, pemerintah dapat mewajibkan individu dan masyarakat untuk menolong warganegara lain yang memerlukan pertolongan.

Muhammad Bagir as-Sadr memberikan penegasan bahwa ada hak intervensi negara dalam bidang ekonomi, terutama untuk jaminan sosial. Intervensi dimaksud bisa dalam tataran legislatif maupun pada tataran praktis. Dalam tataran legislatif intervensi negara ditujukan untuk mengisi kekosongan hukum. Negara mempunyai kewajiban untuk membuat aturan yang sesuai dengan situasi dan kondisi yang dinamis yang dapat merealisasikan keadilan sosial. Dalam tataran praktis, negara mengintervensi kehidupan ekonomi masyarakat agar bisa beradaptasi dengan Hukum Islam, misalnya negara melarang transaksi bisnis yang menggunakan sistem bunga. Kedua hak intervensi negara bermuara kepada kewajiban negara dalam membuat dan menerapkan aturan yang dapat mendukung tercapainya jaminan sosial. Penerapan hukum dimaksud bukan sekedar menerapkan Hukum Islam yang permanen, tetapi juga mengisi ruang kosong dalam Hukum Islam dengan membuat aturan-aturan yang sesuai dengan masanya.⁵⁶⁵

Metode jaminan sosial ini telah diletakkan polanya oleh Rasulullah s.a.w. yang kemudian dilanjutkan oleh para penerusnya, *Khulafa al-Rasyidin*. Ketika Rasulullah s.a.w.

⁵⁶³ *Ibid.*, hal. 329-330.

⁵⁶⁴ Jaribah bin Ahmad Al-Haritsi, penj. Asmuni Solihan Zamakhsyari, *Fiqh Ekonomi Umar bin Al-Khatab*, (Jakarta: Khalifa, 2006), hal. 290-291.

⁵⁶⁵ Ruang kosong di maksud adalah negara berkewajiban menetapkan hukum sesuai masanya dengan cara berijtihad. Karena tidak semua tuntutan ekonomi masyarakat ada aaturannya dalam Islam. Islam membuat ruang kosong agar dapat menjawab problema tantangan zaman. Adanya ruang kosong dimaksud bahwa Islam tidak menawarkan prinsip aturan hukumnya dalam ekonomi sebagai resep yang tetap dan sistem yang statis yang diwariskan dari masa ke masa. Tetapi Islam menawarkan prinsip aturan hukum yang sesuai dengan segala zaman dan menyempurnakan elemen-elemen dinamisnya yang mencerminkan perubahan zaman sehingga dapat beradaptasi dengan situasi dan kondisi yang berbeda-beda. Bukti adanya ruang kosong dalam Hukum Islam adalah Q.S.4:59, "wahai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul-Nya dan *ulil amri* diantara kalian." Disarikan dari *Iqtisaduna*, hal. 485-491. Lihat pembahasan lebih lanjut dalam bab 3, hal. 177.

mendirikan negara hukum Madinah beliau memberikan pijakan dasar hukum jaminan sosial pada konstitusi Madinah atau yang dikenal dengan Piagam Madinah. Menurut Jaribah bin Ahmad Al-Haritsi,⁵⁶⁶ ungkapan yang paling komprehensif untuk menggambarkan jaminan sosial adalah sabda Nabi s.a.w., “orang mukmin bagi orang mukmin yang lain adalah seperti bangunan yang sebagiannya menguatkan sebagian yang lain” atau Hadits lain, “perumpamaan orang-orang mukmin dalam saling mencintai dan saling kasih sayang mereka adalah seperti tubuh; jika salah satu anggota tubuhnya mengadu, maka seluruh anggota tubuh akan meresponnya dengan berjaga dan demam.”⁵⁶⁷

Kedua teori (dari Afzalur Rahman dan Muhammad Bagir as-Sadr) tentang jaminan sosial tersebut diambil dari apa yang telah dicontohkan oleh Rasulullah s.a.w. dan dipraktikkan pada masa *Khulafaal-Rasyidin*. Pada zaman Rasulullah s.a.w., negara memberi jaminan kebutuhan pokok kepada seluruh warganegarannya yang sakit, tua, miskin, pengangguran atau yang tidak mampu melakukan pekerjaan. Hal yang demikian sebagaimana diatur dalam Piagam Madinah. Sementara zaman *Khulafa al-Rasyidin* beragam kebijakan pernah dilakukan, namun walaupun terdapat pasang surut penerapan jaminan sosial tersebut, keberadaan lembaga tersebut masih bertahan hingga pemerintahan Umar bin Abd.Aziz.

8. Teori Riba dalam Murabahah Emas⁵⁶⁸

Teori Ibn Taimiyyah yang mengatakan bahwa pada kondisi tertentu emas dapat berubah menjadi *sil'ah* (barang dagangan) karena hilangnya *'illat althaman*. Emas dalam bentuk perhiasan yang terdapat unsur buatan manusia tidak disyaratkan menjualnya dengan yang sejenis (dinar) sama beratnya, karena nilai tambah dalam pembuatannya, demikian pula dengan jual beli yang boleh dilakukan tunai ataupun tidak tunai, selama perhiasan emas tersebut tidak dimaksudkan sebagai thaman (harga, uang).

Teori tersebut bertentangan dengan teori riba emas Yahyā Ibn Sharaf al-Nawawīy, yaitu: Keharaman jual beli emas secara tidak tunai baik dalam kondisi emas sebagai thaman (harga, uang) atau dalam kondisi emas sebagai *sil'ah* (barang dagangan) bukan thaman. Kesimpulan dari penelitian disertasi ini adalah bahwa Bank Syariah Mandiri dan Pegadaian Syariah pada konsep produk murābahah emas dan rahn emas telah sesuai dengan aturan dan prinsip syariah akan tetapi pada tataran implementasi baik di BSM dan Pegadaian Syariah berpotensi terjadinya riba dan gharar dalam akad produk investasi emas tersebut.

⁵⁶⁶ Jaribah, *op.cit.*, hal. 285.

⁵⁶⁷ Abu 'Isa al-Tirmidzi, *al-Jami' al-Shahih al-Tirmizi, Juz V* (Beirut: Dar al-Fikr, 1963), hal. 323.

⁵⁶⁸ Abdul Wahid, *Kepatuhan Syariah Pada Transaksi Produk Murabahah Emas dan Rahn Emas di Lembaga Keuangan Syariah Indonesia*, (Jakarta: Disertasi Sekolah Pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah, 2018)

Selain itu peneliti mendapatkan bahwa pemahaman dan komitmen kedua belah pihak yang melakukan transaksi produk syariah (petugas pelaksana akad dari penyedia jasa keuangan syariah dan nasabah) merupakan unsur terpenting yang mampu menutup pintu pelanggaran terhadap prinsip syariah. Disertasi ini sepakat dengan 'Aiman Muṣṭafā al-Dabbāgh (2015), M Kharrazi (2013) yang berpendapat bahwa transaksi investasi emas di LKS saat ini telah sesuai dengan prinsip syariah, selain itu penelitian ini sependapat dengan Nasaruddin (2014) yang mengungkapkan bahwa Pegadaian Syariah dalam implementasi konsep dan prosedur produk emas MULIA dengan akad murābahah dan rahn emas terdapat unsur riba dan gharar di dalamnya. Penelitian ini bertolak belakang dengan A. Chairul Hadi (2012) dan Erwandi Tarmizi (2012) yang mengatakan bahwa transaksi produk murābahah emas dan rahn emas di LKS Indonesia tidak sesuai dengan aturan prinsip syariah.

9. Teori Kesalahan

Dalam memutus perkara mengenai akad-akad pada transaksi keuangan syariah, maka teori kesalahan menjadi "pisau" yang digunakan untuk memutuskan siapa yang bersalah. Dalam akad musyarakah misalnya, seorang hakim melihat dahulu apakah ini kesalahan dunia perdagangan atau kesalahan si nasabah. Jika kesalahan nasabah yang tidak benar dalam menjalankan usaha maka pihak perbankan dalam melakukan eksekusi terhadap agunan yang telah menjadi kesepakatan bersama. Namun, sebaliknya jika kerugian yang diderita oleh nasabah disebabkan kerugian dalam perdagangan atau adanya *force major* seperti banjir, bencana alam, maka itu tidak bisa dibebankan sepenuhnya kepada nasabah.⁵⁶⁹

Dalam hal akad mudharabah, seperti akad multi jasa juga berdasarkan teori kesalahan. Misalnya dalam Putusan Nomor: 0318/Pdt.G/2011/PA.Btl. Perkara ini adalah perkara antara Marjono, Pimpinan/Direktur Koperasi Serba Usaha BMT Bina Sejahtera Mandiri (KSU BMT BSM) melawan Agus Wardoyo dan Nunik Ismayawati. Kedua pihak melakukan perjanjian/Surat Akad Syarikat Ijarah Multijasa. Pihak BMT telah melaksanakan segala sesuatu sesuai dengan perjanjian/Akad tersebut, dalam hal ini selaku *Shohibul Maal*. Penggugat telah membiayai sebagian modal kerja yang diperlukan untuk menjalankan usaha bagi pihak para tergugat selaku *mudhorib* dengan pembiayaan Ijarah Multijasa sebesar Rp. 100.000.000. Para tergugat sepakat untuk mengembalikan Pokok Pinjaman 1 (satu) bulan sejak ditandatanganinya perjanjian/Akad, sehingga jatuh temponya pada tanggal 23 Oktober 2008 serta sepakat untuk memberikan fee/ujrah sebesar Rp. 10.000.000,- yang akan dibayarkan bersamaan dengan pembayaran pokok pinjaman tersebut di atas.

⁵⁶⁹ Wawancara dengan Hakim Agama Amran Suadi, pada tanggal 10 September 2019

Dalam perjalanannya, Para Tergugat tidak pernah membayar/ mengembalikan pokok pinjaman sebesar Rp. 100.000.000,- (Seratus juta rupiah) dan tidak pernah memberikan/membayar fee (ujrah) sebesar Rp. 10.000.000,- (Sepuluh Juta Rupiah), serta tidak pernah membayar kafarat (denda) sebesar Rp. 30.000,- (Tiga puluh ribu rupiah) per hari. Para tergugat telah melakukan keterlambatan pembayaran terhitung sejak tanggal 24 Oktober 2008. Penggugat juga telah berusaha untuk menyelesaikan perkara ini secara kekeluargaan namun selalu menemui jalan buntu.

Di sisi lain, para tergugat membantah melakukan wanprestasi, sebab perjanjian ini bukan sebagai mudhorib/ yang menjalankan pekerjaan tetapi sebagai pihak yang meminjamkan sertifikat rumahnya dan sebagai mudhorib/ yang menjalankan pekerjaan adalah PT UKB (Usahajaya Kita Bersama) yang diwakili oleh Moh Khoiri dan Ahmad Rifa'i selaku Direktur dan Direktur Utama PT. UKB. Perjanjian /surat akad Syarikah Ijarah Multijasa tertanggal 23 September 2008 tidak hanya mengikat Tergugat, tetapi juga mengikat PT. UKB sebagai pengguna dan penerima pinjaman dari Penggugat yang berkewajiban membayar kembali pinjaman tersebut kepada Penggugat. Perjanjian ini lahir berdasar kesepakatan antara Penggugat sebagai penyandang dana.

Para Tergugat menjawab tentang ketidakabsahan perikatan yang dilakukan oleh Penggugat. Para Tergugat yang tidak melibatkan PT. UKB dengan mengajukan bukti surat (T 1 dan T 2), sehingga jawaban dan duplik para Tergugat tidak ada relevansinya dengan gugatan Penggugat. Seharusnya jika Para Tergugat menilai perjanjian tidak sesuai dengan ketentuan, seharusnya Para Tergugat membatalkannya dengan cara yang telah ditentukan oleh Peraturan perundang-undangan yang berlaku. Namun Para Tergugat membiarkan sampai berlalu 3 (Tiga) tahun, bahkan Para Tergugat menyerahkan sertifikat tanahnya sebagai jaminan sehingga sikap Para Tergugat ini dinilai sebagai pengakuan atas kebenaran perjanjian yang telah dilakukan, setidaknya Para Tergugat bersedia sebagai penanggungjawab pihak ketiga. Dengan demikian jawaban Para Tergugat dinilai abscurlibel (kabur) dan harus tidak diterima serta harus dikesampingkan.

Di pihak penggugat berdalil bahwa penyerahan Para Tergugat atas sertifikat tanahnya (bukti surat P 2 dan P 3) yang dimiliki atau dikuasainya merupakan kesungguhan Para Tergugat bersedia menanggung segala resiko yang timbul dalam perjanjian yang dibuat dan ditandatanganinya, sehingga perjanjian yang telah dilaksanakan pada tanggal 23 September 2008 itu dinilai sah menurut hukum telah terbukti dan telah sesuai dengan ketentuan pasal 1320 KUH Perdata, sehingga Para Tergugat berkewajiban untuk memenuhi isi perjanjian sebagaimana tersebut dalam firman Allah dalam surat Al Maidah ayat : 1. Selain itu, terbukti pula Para Tergugat tidak pernah melaksanakan apa yang telah disepakati dalam perjanjian atau akad yang telah disepakati, sehingga Para Tergugat dapat dinyatakan sebagai wanprestasi;

Perjanjian yang dilakukan Penggugat dan Para Tergugat adalah Mudharabah, maka berlaku ketentuan-ketentuan sebagaimana tersebut dalam Fatwa Dewan Syari'ah Nasional No. 07/DSN-MUI/IV/2000 Bahwa pembiayaan mudharabah yang macet harus berada dalam status quo baik mengenai jumlah pokok, pembiayaan, nisbah, ta'widh/gantirugi sebagaimana Yurisprudensi Mahkamah Agung No 2899/K/Pdt.G/1994 tanggal 15 Pebruari 1996.

Penyedia dana menanggung semua kerugian akibat dari mudharabah dan pengelola tidak boleh menanggung kerugian apapun kecuali diakibatkan dari kesalahan yang disengaja, kelalaian, atau pelanggaran kesepakatan. Sedangkan pada Pasal 243 ayat 2 KHES, yaitu: Pemilik modal tidak berhak mendapatkan keuntungan, jika usaha yang dilakukan oleh mudhorib merugi. Fatwa DSN No. 43 menyatakan bahwa di dalam akad mudharabah tidak diperbolehkan adanya fee dan kafarat

Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut di atas, Majelis Hakim menilai perjanjian Penggugat dan Para Tergugat tertanggal 23 September 2008 yang berkenaan dengan nisbah (fee) bertentangan dengan ketentuan ketentuan tersebut di atas, sehingga perjanjian tanggal 23 September 2008 yang tersebut dalam pasal II No 3 dan 4, (pembagian fee/ujroh Rp 10.000.000,- dan denda /kafarat Rp 30.000 perhari) ditolak.

Putusan ini memperlihatkan bahwa kesalahan menjadi teori menentukan hukuman kepada satu pihak. Bahwa pihak nasabah dikenakan hukuman sebab melanggar perjanjian yang telah disepakati berupa membayar cicilan dengan jumlah yang disepakati. Disisi lain, pihak BMT juga dihukum dengan tidak mendapatkan ujah atau fee disebabkan tidak melakukan prinsip kehati-hatian dalam memberikan pembiayaan kepada nasabah.⁵⁷⁰

10. Teori Positivisasi

Teori positivisasi digunakan oleh Yeni Salma Barlinti dalam penelitian disertasinya yang berjudul "Kedudukan Fatwa Dewan Syari'ah Nasional Dalam Sistem Hukum Nasional" pada tahun 2010.⁵⁷¹ Penelitian ini menyimpulkan bahwa fatwa DSN-MUI, selain menjadi kebutuhan masyarakat, juga untuk keseragaman aturan bagi pelaku ekonomi Syariah. Hampir semua peraturan kegiatan ekonomi Syariah di bidang perbankan, asuransi, dan pasar modal menyebutkan prinsip-prinsip Syariah sesuai dengan al-Qur'an dan Hadits yang terdapat dalam fatwa DSN-MUI.

⁵⁷⁰ Wawancara dengan Hakim Ketua Pengadilan Agama (PA) Bantul, tanggal 29 Oktober 2019 di Bantul, Yogyakarta.

⁵⁷¹ Yeni Salma Barlinti, Kedudukan Fatwa Dewan Syariah Nasional dalam Sistem Hukum Nasional, Desertasi S3 Universitas Indonesia, Tahun 2010.

Namun, Fatwa DSN-MUI tidak mengikat bagi hakim atau para pihak dalam menggunakannya. Fatwa DSN-MUI ini bersifat mengikat jika diserap ke dalam peraturan perundang-undangan. Namun pada hakikatnya fatwa yang dikeluarkan DSN-MUI merupakan hukum positif yang mengikat, sebab keberadaannya sering diligitimasi lewat peraturan perundang-undangan oleh lembaga pemerintah, sehingga harus dipatuhi oleh para pelaku ekonomi Syariah.

Dalam teori positivisasi, menurut penelitian hukum tentang “Kedudukan Fatwa MUI dalam Upaya Mendorong Pelaksanaan Ekonomi Syari’ah” oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional–Kementerian Hukum dan HAM RI pada tahun 2011⁵⁷² bahwa fatwa DSN-MUI merupakan perangkat aturan kehidupan masyarakat yang bersifat tidak mengikat dan tidak ada paksaan secara hukum bagi sasaran diterbitkannya fatwa untuk mematuhi ketentuan fatwa tersebut.

Namun disisi lain, berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, khususnya Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, melalui pola-pola tertentu adanya kewajiban bagi regulator, yakni Bank Indonesia, agar materi muatan yang terkandung dalam fatwa MUI dapat diserap dan ditransformasikan untuk merumuskan prinsip-prinsip Syariah dalam bidang perekonomian dan keuangan Syariah, menjadi materi muatan peraturan perundang-undangan yang memiliki kekuatan hukum dan mengikat umum.

11. Teori Hybrid Contract⁵⁷³

Teori Hybrid Contract ini diperlukan dalam rangka mentransformasikan akad muamalah ke dalam produk perbankan Syariah yang mesti sesuai dengan prinsip operasional perbankan. Tetapi pada saat yang sama, implementasi akad muamalah itu tidak boleh bertentangan dengan regulasi perbankan yang berlaku di Indonesia. Fakta hukum inilah yang kemudian memunculkan pemikiran untuk megkonvergensi beberapa akad dalam satu transaksi perbankan Syariah. Konvergensi akad ini, secara teknis, kemudian diistilahkan dengan hybrid contract atau multi akad, yakni dalam satu produk perbankan digunakan dua atau lebih akad dengan cara diparalelkan.

Sebagai ilustrasi, pada produk pembiayaan murabahah, akad murabahah tidak bisa diimplementasikan secara mandiri. Sebab, bila akad ini diimplementasikan secara mandiri, maka aktivitas bank akan masuk ke sektor ril, sementara bank adalah institusi

⁵⁷² Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Kedudukan Fatwa MUI dalam Upaya Mendorong Pelaksanaan Ekonomi Syari’ah* (Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional – Kementerian Hukum dan HAM RI, 2011).

⁵⁷³ H. Nurcholis Sjamsuddin, *Implementasi dan Akibat Hukum Multi Akad dalam Pembiayaan sebagai Kontrak Bisnis pada Bank Syariah dan Penyelesaian Sengketa di Pengadilan Agama Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Jawa Barat*. (Bandung: Disertasi S3, 2017)

keuangan yang harus bergerak disektor keuangan. Oleh karena itu, akad murabahah dalam produk pembiayaan murabahah diparalelkan dengan akad wadi'ah atau akad wakalah.

Implementasi multi akad ini, sebenarnya, masih menyisakan persoalan yang berkaitan dengan status hukumnya. Para ulama (fuqaha) masih belum sepakat terkait dengan status hukum multi akad ini. Ada sebagian fuqaha yang membolehkannya, tetapi ada fuqaha lain yang melarangnya. Mayoritas ulama Hanafiyah, sebagian pendapat ulama Malikiyah, ulama Syafi'iyah, dan Hanbali berpendapat bahwa hukum hybrid contract adalah sah dan diperbolehkan menurut syariat Islam. Ulama yang membolehkan beralasan bahwa hukum asal dari akad adalah boleh dan sah, tidak diharamkan dan dibatalkan selama tidak ada dalil hukum yang mengharamkan atau membatalkannya

Secara bahasa, multi berarti banyak, lebih dari satu, lebih dari dua, atau berlipat ganda. Dengan demikian, multi akad dalam Bahasa Indonesia berarti akad berganda atau akad yang banyak atau akad lebih dari satu. Sedangkan menurut istilah fiqh, kata multi akad merupakan terjemahan dari kata Arab, yaitu al-`uqûd al-murakkabah yang berarti akad ganda (rangkap). *Al-`uqûd al-murakkabah* terdiri dari dua kata, yakni `uqûd (bentuk jamak dari `aqd) dan murakkabah. Kata `aqd secara etimologi artinya mengikat, menyambung atau menghubungkan.

Sedangkan secara terminologi `aqd berarti mengadakan perjanjian atau ikatan yang mengakibatkan munculnya kewajiban. Menurut Wahbah al-Zuhayli, `aqd adalah pertalian atau perikatan antara ijab dan qabul sesuai dengan kehendak Syariah yang menetapkan adanya akibat hukum pada objek perikatan.

Sedangkan kata murakkabah (murakkab) secara etimologi berarti *jam`u* (mashdar), artinya pengumpulan atau penghimpunan. Kata murakkab sendiri berasal dari kata "rakkaba-yurakkibu-tarkîban" yang mengandung arti meletakkan sesuatu pada sesuatu yang lain sehingga menumpuk, ada yang di atas dan yang di bawah. Sedangkan murakkab menurut pengertian para ulama fikih adalah sebagai berikut: (1) himpunan beberapa hal sehingga disebut dengan satu nama. Seseorang menjadikan beberapa hal menjadi satu hal (satu nama) dikatakan sebagai melakukan penggabungan (tarkîb); (2) sesuatu yang dibuat dari dua atau beberapa bagian, sebagai kebalikan dari sesuatu yang sederhana (tunggal/basîth) yang tidak memiliki bagian-bagian; dan (3) meletakkan sesuatu di atas sesuatu lain atau menggabungkan sesuatu dengan yang lainnya.

Bahwa yang dimaksud dengan multi akad adalah kesepakatan dua pihak untuk melaksanakan suatu akad yang mengandung dua akad atau lebih –seperti jual beli dengan sewa menyewa, hibah, wakalah, qardh, muzara'ah, sharf (penukaran mata uang), syirkah, dan atau mudharabah, sehingga semua akibat hukum akad-akad yang terhimpun tersebut, serta semua hak dan kewajiban yang ditimbulkannya dipandang

sebagai satu kesatuan yang tidak dapat dipisah-pisahkan, sebagaimana akibat hukum dari satu akad.

Berkaitan dengan penyebutan istilah al-uqud al-murakkabah, dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) terdapat bentuk baru dari syirkah dengan istilah Syirkah Musytarakah yang dimuat dalam Pasal 178 – 185. Di situ disebutkan perubahan bentuk kerjasama dapat dilakukan dengan syarat disetujui oleh para pihak yang bekerjasama.

Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) diberlakukan sebagai hukum positif di Indonesia berdasarkan Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 2 Tahun 2008. KHES adalah karya besar dan terobosan baru dalam sejarah pemikiran hukum Islam di Indonesia, khususnya di bidang hukum perikatan. KHES merupakan upaya positifikasi hukum mu'amalah dalam kehidupan umat Islam di Indonesia berdasarkan Pasal 29 UUD 1945, secara konstitusional sudah dijamin oleh sistem konstitusi Indonesia. Secara sosiologis, KHES disusun sebagai respon terhadap perkembangan baru dalam hukum mu'amalah dalam bentuk praktik-praktik ekonomi syariah melalui LKS-LKS yang memerlukan payung hukum. Namun secara konstitusional, KHES disusun sebagai respon terhadap Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang memperluas kewenangan Pengadilan Agama, yaitu yang meliputi bidang perkara Hukum Ekonomi Syariah.

Hal yang sama dikemukakan oleh Nazih Hammad bahwa hukum dasar melakukan transaksi hybrid contract dalam syara` adalah boleh selama setiap akad yang membangunnya ketika dilakukan sendiri-sendiri hukumnya boleh dan tidak ada dalil yang melarangnya. Ketika ada dalil yang melarang, maka dalil itu tidak diberlakukan secara umum, tetapi mengecualikan pada kasus yang diharamkan menurut dalil itu. Oleh karena itu, kasus hukum itu dapat dinyatakan sebagai pengecualian atas kaidah umum yang berlaku yaitu mengenai kebebasan melakukan akad dan menjalankan perjanjian yang telah disepakati.

Pendapat tentang status hukum hybrid contract dalam konteks Indonesia telah dikemukakan oleh Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI). Menurut DSN-MUI, hybrid contract yang diperbolehkan secara Syar`i adalah *`uqud almurakkabah al-mujtami'ah* dan *`uqud al-muta'addidah*. Sementara *`uqud al-mutaqabilah*, menurut DSN-MUI, termasuk pada akad *ghair al-shahih*. Pendapat DSN-MUI berimplikasi pada produk-produk fatwa yang dilahirkannya. Ada 27 fatwa DSN-MUI yang di dalamnya menyebutkan penggunaan akad lebih dari satu, sebanyak 14 fatwa berkaitan dengan multi akad kategori *mujtami'ah* dan sebanyak 13 fatwa berkaitan dengan *muta'adidah*.

12. Teori Kredo, Mashlahah dan Akad

Nurcholis Sjamsuddin dalam analisis terhadap berbagai persoalan terkait dengan implementasi multi akad dalam kontrak bisnis bank Syariah digunakan tiga pengelompokan teori utama, yaitu *grand theory*, *middle range theory*, dan *applied theory*. Teori yang digunakan di dalam *grand theory* adalah teori kredo, dalam *middle range theory* digunakan teori mashlahah dan teori akad. Sedangkan di dalam *applied theory* digunakan teori penegakan hukum dan teori relevansi alat bukti hukum pembuktian Indonesia sebagai pendukungnya.

Grand Theory Pada tataran *grand theory* ini, digunakan teori kredo atau teori syahadat yang menyatakan bahwa hukum Islam itu harus dilaksanakan oleh mereka yang telah mengucapkan dua kalimat syahadat sebagai konsekwensi logis dari pengucapan kredonya. "Teori ini dirumuskan dari al-Qur'an, antara lain, al-Qur'an surat al-Fatihah ayat 5, surat al-Baqarah ayat 179, surat Ali 'Imran ayat 7, surat al-Nisa ayat 13, 14, 49, 59, 63, 69 dan 105, surat al-Ma'idah ayat 44, 45, 47, 48, 49 dan 50, surat al-Nur ayat 51 dan 52.

Dari ayat-ayat al-Qur'an tersebut dapat dipahami bahwa orang Islam tidak dibenarkan mengambil pilihan hukum lain apabila Allah dan Rasul-Nya telah menetapkan hukum yang pasti dan jelas. Apabila mengambil pilihan hukum selain syari'at Islam, maka dianggap zhalim, kafir dan fasik. Oleh karena itu, teori kredo ini merupakan kelanjutan dari prinsip tauhid dalam filsafat hukum Islam, prinsip ini menegaskan bahwa setiap orang yang menyatakan diri beriman pada ke-Esaan Allah Swt, maka ia harus tunduk kepada segala perintah Allah, serta taat kepada Rasul-Nya.

Teori kredo ini pada prinsipnya sama dengan teori otoritas hukum yang dikemukakan oleh H.A.R Gibb. Menurut teori ini, orang Islam menerima otoritas hukum Islam terhadap dirinya. Secara sosiologis, orang-orang yang sudah beragama Islam menerima otoritas hukum Islam, taat pada hukum Islam. Teori ini menggambarkan bahwa dalam masyarakat Islam terdapat hukum Islam. Hukum Islam ada dalam masyarakat Islam karena mereka menaati hukum Islam sebagai bentuk ketaatan terhadap perintah Allah dan Rasulullah. Teori kredo ini dibangun atas keyakinan bahwa Allah adalah pencipta segalanya, termasuk dalam aspek hukum. Pengakuan keberadaan Allah dengan prinsip tauhid merupakan landasan ontologism Islam. Allah merupakan pusat tempat bergantung seluruh hamba-Nya, yang bersemayam dalam ruang kosmologi.

Sebagai implikasi dari teori kredo ini bahwa Islam merupakan agama yang berdimensi vertikal illahi dan sekaligus berdimensi horizontal humanis. Hal ini berarti bahwa Islam tidak hanya mengatur aspek mental-spiritual, tetapi juga mengatur aspek kehidupan yang empirik-aplikatif. Berbagai aspek yang terkait dengan kehidupan manusia, termasuk interaksi di antara sesama manusia yang berhubungan dengan harta, diatur dan ditata oleh hukum Islam. Secara spesifik, prinsip operasional yang digunakan

Bank Syariah, yang merupakan bagian dari interaksi manusia yang berhubungan dengan harta, harus diatur dan ditata oleh hukum Islam.

Dengan kata lain, hukum Islam mesti dijadikan sebagai pegangan dalam mengoperasikan bank Syariah. Implementasi multi akad sebagai bagian dari prinsip operasional bank Syariah tidak boleh bertentangan dan bahkan harus sesuai dengan ketentuan yang ada dalam hukum Islam. Implementasi multi akad tersebut, paling tidak, mesti sesuai dengan prinsip-prinsip Syariah. Dalam konteks Indonesia, prinsip-prinsip Syariah itu diwujudkan dalam bentuk produk-produk fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI). Fatwa-fatwa DSN-MUI mesti dijadikan sebagai pegangan dalam mengoperasikan bank Syariah.

Bank Syariah dengan teori Kredo ini berarti dalam menjalankan kegiatan usahanya harus tunduk dan terikat dengan hukum Islam. Pasal 29 ayat (1 dan 2) Undang-undang Dasar Tahun 1945, bahwa Negara berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agama dan kepercayaannya itu.

Berkenaan dengan Pasal 29 ini, bahwa teori Kredo berlaku di Indonesia sejak kedatangannya, kemudian lahir teori *Receptio in Complexu*, yang menyatakan bahwa bagi orang Islam berlaku penuh hukum Islam, sebab dia telah memeluk agama Islam, walaupun dalam pelaksanaannya terdapat penyimpangan-penyimpangan, maka bagi rakyat pribumi berlaku bagi mereka adalah hukum agamanya. Teori ini diperkenalkan oleh van Den Berg (1845-1927). Teori *Receptio in Complexu* memiliki unsur-unsur: (1) hukum Islam dapat berlaku di Indonesia bagi pemeluk Islam; (2) umat Islam harus taat pada ajaran Islam; dan (3) hukum Islam berlaku universal pada berbagai bidang ekonomi, hukum pidana dan hukum perdata.

Perbankan Syariah di Indonesia telah mengalami perkembangan yang signifikan. Perkembangan ini ditandai dengan produk bank Syari'ah yang semakin inovatif, terutama ketika menggunakan multi akad. Namun, hubungan bisnis antara bank Syari'ah dengan nasabahnya itu tidak selalu berjalan secara harmonis. Ketidakarmonisan tersebut disebabkan karena ada salah satu pihak melakukan perbuatan melawan hukum. Hal ini seringkali menimbulkan konflik atau persengketaan di antara keduanya.

Teory hybrid contract juga digunakan Hasanudin dalam penelitiannya dengan judul "Konsep dan Standar Multi Akad dalam Fatwa Dewan Syariah Nasional – Majelis Ulama Indonesia" pada tahun 2008.⁵⁷⁴ Menurut Hasanudin, akad Multi Akad (murakkabah) adalah akad yang mengandung beberapa akad yang tidak dapat dipisahkan.

⁵⁷⁴ Hasanudin, Konsep dan Standar Multi Akad dalam Fatwa Dewan Syari'ah Nasional – Majelis Ulama Indonesia, Disertasi S3 UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, Tahun 2008

Hasil penelitiannya menyebutkan bahwa Dewan Syari'ah Nasional–Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI) tidak mengemukakan konsep multi akad secara jelas, meskipun ada sebanyak 27 Fatwa DSN-MUI yang didalamnya menyebutkan penggunaan akad lebih dari satu. Dalam beberapa fatwa tersebut, DSN-MUI seringkali menegaskan bahwa suatu akad tidak boleh dikaitkan (*mu'allaq*) dengan akad lain. Bahkan, DSN-MUI secara tegas menolak multi akad bentuk *`uqûd mutaqa'bilah*, yaitu suatu akad yang mengandung beberapa akad di mana satu akad dikaitkan (*mu'allaq*) dengan akad lain. Namun pada saat yang hampir bersamaan, dalam beberapa fatwanya DSN-MUI menerima atau membenarkan bentuk penggabungan akad seperti itu. Penggabungan beberapa akad dalam satu akad bentuk kedua ini disebut dengan *`uqûd mujtami'ah*. Kedua bentuk akad tersebut, *mutaqabilah* yang ditolak dan *mujtami'ah* yang diterima oleh DSN-MUI, adalah akad-akad yang termasuk kategori akad murakkab (*`uqûd murakkabah*).

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa multi akad yang diterima dan dibenarkan oleh DSN-MUI adalah multi akad dalam arti *`uqûd murakkabah* dengan bentuk *`uqûd mujtami'ah*. Tidak semua fatwa yang mengandung penghimpunan beberapa akad termasuk dalam kategori *`uqûd murakkabah* ini, baik bentuk *mutaqabilah* maupun *mujtami'ah*. Sebagian dari akad-akad tersebut masuk sebagai kategori akad *muta'addidah*, yaitu penghimpunan beberapa akad yang antara akad satu dengan lainnya berdiri sendiri-sendiri. Untuk jenis akad *muta'addidah* ini DSN-MUI menerimanya.

13. Teori Kebebasan Berkontrak

Penelitian asas kebebasan berkontrak dilakukan oleh Yasardin dengan judul “Asas Kebebasan Berkontrak Syariah dan Kontribusinya Terhadap Pembaruan Hukum Perjanjian Nasional”⁵⁷⁵ pada tahun 2014.40 Penelitian ini menyimpulkan bahwa kebebasan berkontrak berdasarkan pada Pasal 1338 KUHPdata, dalam praktiknya banyak menimbulkan ketidakadilan, karena para pihak tidak mempunyai *bargaining power* yang seimbang. Asas tersebut juga berlaku dalam kontrak kontrak Syariah karena belum ada peraturan tentang kontrak Syariah secara khusus, sehingga asas kebebasan berkontrak Syariah perlu dikaji secara mendalam

14. Teori Kepastian Hukum Ekonomi Syariah

⁵⁷⁵ Yasardin, “Asas Kebebasan Berkontrak Syariah dan Kontribusinya terhadap Pembaruan Hukum Perjanjian Nasional”, Desertasi, (Bandung: Universitas Islam Bandung, 2014).

Secara umum terjadi pergeseran dan perkembangan teori hukum ekonomi syariah di Indonesia. Pergeseran teori hukum yang digunakan disebabkan praktek ekonomi masyarakat yang berubah. Perubahan yang paling nyata terjadi setelah masyarakat menggunakan system perbankan dalam memenuhi kebutuhan dan keinginan ekonomi. Pergeseran teori hukum ekonomi syariah yang formal saat hukum ekonomi syariah yang dikenal dengan fikih muamalah menjadi hukum positif dalam berbagai perundang-undangan di Indonesia.

Pergeseran teori hukum ekonomi syariah juga terjadi pada saat kompetensi absolute Peradilan Agama diperluas dalam bidang ekonomi syariah. Menurut penelitian yang dilakukan oleh Kamaludin dengan judul “Kepastian Hukum Islam dan Relevansinya Dengan Penerapan Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah di Indonesia” pada tahun 2015⁵⁷⁶ menyebutkan bahwa upaya pelemahan terhadap kewenangan Peradilan Agama menangani sengketa ekonomi Syariah masih terjadi di era pembinaan lembaga peradilan di bawah satu atap, disebabkan karena para pembuat peraturan dan para pengambil kebijakan belum memiliki pandangan bahwa umat Islam mempertahankan keberadaan dan memperkuat kewenangan Pengadilan Agama adalah merupakan pelaksanaan dari perintah agama serta sebagai realisasi dari tujuan memelihara agama.

Masyarakat pelaku ekonomi Syariah belum sepenuhnya mempercayai kemampuan aparat Pengadilan Agama menangani sengketa ekonomi Syariah disebabkan karena masyarakat belum memahami bahwa mempercayakan penyelesaian sengketa ekonomi Syariah melalui Pengadilan Agama adalah bagian dari kewajiban agama.

Hal ini dipertegas oleh penelitian yang dilakukan oleh Ro'fah Setyowati dengan judul “Analisis Sistem Hukum dan Peradilan Yang Efektif Mendukung Lembaga Keuangan Syariah Melalui Harmonisasi Hukum” pada tahun 2015.⁵⁷⁷ Penelitian ini menyimpulkan bahwa realitas penyelesaian sengketa perbankan Syariah pada Pengadilan Agama, Pengadilan Negeri dan Basyarnas, alasan pemilihan institusi Peradilan Agama karena Pengadilan Agama menerapkan prinsip Syariah (hukum Islam), peraturan perundang-undangan memberikan kewenangan kepada Peradilan Agama, sudah melakukan berbagai upaya untuk memperkuat kompetensi kelembagaannya, khususnya para hakim, putusan Mahkamah Konstitusi mengarahkan dan memperkuat penyelesaian ke Pengadilan Agama.

⁵⁷⁶ Kamaludin, “Kepastian Hukum Islam dan Relevansinya dengan Penerapan Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah di Indonesia”, Desertasi (Bandung: Universitas Islam Negeri Sunan Gunung Djati Bandung, 2015).

⁵⁷⁷ Ro'fah Setyowati, “Analisis Sistem Hukum dan Peradilan Yang Efektif Mendukung Lembaga Keuangan Syari'ah Melalui Harmonisasi Hukum”, dalam Seminar Hasil Penelitian IBKRFP DPBS OJK, Jakarta, 29 Oktober 2015.

Adapun yang menjadi kendala institusi adalah kesiapan dan kompetensi sumber daya manusia, pemahaman hakim minim, sehingga sering memberi putusan yang kurang menyentuh pokok perkara. Selain itu, sistem hukum dan peradilan penyelesaian sengketa Lembaga Keuangan Syariah masih terkendala disharmoni hukum dan penafsiran serta sikap yang tidak harmoni dengan tujuan hukum. Pilihan penyelesaian sengketa ke Pengadilan Negeri bersandar asas kebebasan berkontrak tidak tepat, mengingat asas tersebut harus memperhatikan asas-asas hukum lainnya.

Pergeseran keberlakuan teori hukum ekonomi syariah terus mengalami dinamika seiring dengan hukum materil yang belum dan telah menjadi hukum positif. Tidak hanya itu, pergeseran teori hukum ekonomi syariah juga disebabkan faktor kompetensi para hakim dalam menjalankan hukum ekonomi syariah di peradilan.

Comment [x28]: Diperhatikan dan diperbaiki kembali terkait size huruf, spasi antar paragraf dan teknis penulisan

15. Teori Itikad Baik

Pengertian Prinsip Itikad Baik Itikad terambil dari bahasa Arab. Asal kalimat ialah daripada *'akada* dipindahkan kepada *i'takada*, artinya ikatan. Kalau telah beritikad artinya hati manusia telah terikat dengan suatu kepercayaan atau pendirian. "Itikad baik adalah niat dari pihak yang satu dalam suatu perjanjian untuk tidak merugikan mitra janjinya maupun tidak merugikan kepentingan umum". Mengenai pembagian asas itikad baik, itikad baik bukanlah istilah atau unsur yang dikenal dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia (Selanjutnya akan disebut KUHP), Untuk menggambarkan adanya kesengajaan dalam suatu delik, KUHP lebih sering menggunakan istilah-istilah selain itikad baik, antara lain: "dengan sengaja", "mengetahui bahwa", "tahu tentang", dan "dengan maksud".

Mengenai "itikad baik" dikenal dalam tindak pidana yang tersebar di luar KUHP dan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Selanjutnya akan disebut KUHPer). Mengenai itikad baik dalam KUHPer Pasal 1338 ayat 3 dinyatakan bahwa: "... Suatu perjanjian hanya dilaksanakan dengan itikad baik", selain tentang itikad baik dalam Pasal 531 KUHPer dinyatakan sebagai berikut: "Kedudukan itu beritikad baik, manakala si yang memegangnya memperoleh kebendaan tadi dengan cara memperoleh hak milik, dalam mana tak taulah dia akan cacat cela yang terkandung dalamnya".

Dalam perjanjian dikenal asas itikad baik, yang artinya setiap orang yang membuat perjanjian harus dilakukan dengan itikad baik. Asas itikad baik itu mempunyai 2 (dua) pengertian yaitu : e. Itikad baik dalam arti obyektif, bahwa suatu perjanjian yang dibuat haruslah dilaksanakan dengan mengindahkan norma-norma kepatutan dan kesusilaan yang berarti bahwa perjanjian itu harus dilaksanakan sedemikian rupa sehingga tidak merugikan salah satu pihak. f. Itikad baik dalam arti subyektif, yaitu pengertian itikad baik yang terletak dalam sikap batin seseorang.

Didalam hukum benda, itikad baik ini bisa diartikan dengan kejujuran. Itikad baik dalam arti subyektif bisa diartikan kejujuran seseorang dalam melakukan suatu perbuatan hukum yaitu apa yang terletak pada sikap batin seseorang pada waktu diadakan perbuatan hukum. Itikad baik dalam arti subyektif ini diatur dalam Pasal 531 Buku II KUHPerdata. Tak hanya itu saja, di dalam beberapa peraturan perundang-undangan juga mencantumkan tentang kejujuran, antara lain Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal. Menurut Munir Fuady, rumusan dari Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdata tersebut mengidentifikasi bahwa sebenarnya itikad baik bukan merupakan syarat sahnya suatu perjanjian sebagaimana syarat yang terdapat dalam Pasal 1320 KUHPerdata.

Unsur itikad baik hanya diisyaratkan dalam hal “pelaksanaan” dari suatu perjanjian, bukan pada “pembuatan” suatu perjanjian. Sebab unsur “itikad baik” dalam hal pembuatan suatu perjanjian sudah dapat dicakup oleh unsur “kausa yang legal” dari Pasal 1320 tersebut.⁵⁷⁸ Pengakomodasian asas itikad baik yang berhubungan erat dengan kepatutan juga dijelaskan dalam Pasal 1339 KUHPerdata yang menyatakan bahwa suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan dalam suatu perjanjian diwajibkan oleh kepatutan, kebiasaan dan undang-undang.

J.M van Dunne membagi tahapan berkontrak atau perjanjian dalam tiga fase, yakni fase pra kontrak (perjanjian), fase kontrak (perjanjian) dan fase pasca kontrak (perjanjian), itikad baik sudah harus ada sejak fase pra kontrak (perjanjian) dimana para pihak mulai melakukan negosiasi hingga mencapai kesepakatan dan fase kontrak standar yang digunakan dalam itikad baik objektif adalah standar yang objektif yang mengacu kepada suatu norma yang objektif. Perilaku para pihak dalam perjanjian harus diuji atas dasar norma-norma objektif yang tidak tertulis yang berkembang di dalam masyarakat. Norma tersebut dikatakan objektif karena tingkah laku didasarkan pada anggapan para pihak sendiri, tetapi tingkah laku tersebut harus sesuai dengan anggapan umum tentang itikad baik tersebut.⁵⁷⁹

Kenyataannya asas itikad baik ini dapat dicontohkan salah satunya adalah perjanjian kredit perbankan, di dalam perjanjian tersebut jika diamati kedudukan nasabah lemah. Ketidakseimbangan kedudukan antara para pihak terjadi apabila pihak yang lebih kuat dapat memaksakan kehendaknya kepada pihak yang lemah sehingga pihak yang lemah mengikuti saja syarat-syarat perjanjian yang diajukan kepadanya. Dalam perjanjian kredit, ketidakseimbangan kedudukan ini dapat terlihat dari bentuk perjanjian kredit itu sendiri yang telah dipersiapkan sedemikian rupa sehingga nasabah debitur hanya perlu membaca dan menandatangani perjanjian tersebut.

Lantaran perjanjian kredit bank umumnya berupa perjanjian baku, pihak bank cenderung hanya memperhatikan kepentingan-kepentingan bank saja dalam menentukan

⁵⁷⁸ Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2001), hlm 81.

⁵⁷⁹ Ridwan Khairandy, *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, (Jakarta: Pasca Sarjana FHUI, 2003), hlm 190.-195

hak dan kewajiban pada pihak. Dalam hal ini, bank kurang memperhatikan kepentingan nasabah debiturnya.⁵⁸⁰

Itikad baik dalam artian subjektif yang diartikan kejujuran terdapat kesenjangan atau bertentangan. Maka untuk pengakomodasiannya bisa dipastikan tidak sesuai dengan apa yang tertulis dalam beberapa teori maupun dalam KUHPerduta. Berdasarkan uraian pasal 1338 ayat (3) yang berbunyi “suatu perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik”, dapat diartikan bahwa itikad baik tersebut dasar dalam melaksanakan perjanjian. Para pihak dalam melaksanakan perjanjian harus memperhatikan asas itikad baik, yaitu dalam melaksanakan perjanjian tersebut harus mengindahkan norma norma kepatuhan dan kesucilaan, agar jangan sampai pengakomodasiannya tersebut melanggar norma-norma kepatutan dankeadilan. Kepatutan dimaksudkan agar jangan sampai pemenuhan kepentingan salah satu pihak terdesak, harus adanya keseimbangan.

Keadilan dimaksudkan bahwa kepastian untuk mendapatkan apa yang telah diperjanjikan dengan memperhatikan norma-norma yang berlaku. Dalam hal ini, pegakomodasian itikad baik dapat berupa akta perjanjian yang telah disepakati antara kedua belah pihak. Adapun yang dimaksud disini adalah kedua belah pihak haruslah melaksanakan apa saja yang telah disepakati dalam klausul perjanjian tersebut. Sedangkan asas itikad baik dalam membuat suatu perjanjian dapat diartikan terletak pada sikap batin seseorang dalam membuat perjanjian. Dan di dalam buku ketiga KUHPerduta tidak dijelaskan mengenai hal tersebut, akan tetapi di dalam buku kedua KUHPerduta tentang Benda, itikad baik tersebut bisa diartikan kejujuran, hal tersebut tercantum di dalam pasal 531 KUHPerduta yang berbunyi “kedudukan itu beritikad baik, manakala si yang memegangnya memperoleh kebendaan tadi dengan cara memperoleh hak milik,dalam mana tak tahulah dia akan cacat cela yang terkandung didalamnya”. Dan dalam hal ini, itikad baik dalam pembuatan perjanjian berupa kejujuran daripada pihak yang membuat perjanjian tersebut, bahwa pihak yang membuat suatu perjanjian haruslah saling terbuka satu sama lain (jujur) dalam hal kaitannya pembuatan perjanjian yang dibuat tersebut.

Tolak Ukur Iktikad Baik dalam Pelaksanaan Kontrak Civil Code Perancis merupakan kitab undang-undang pada era modern yang pertama kali mengatur iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak. Pasal 1134 ayat (3) Civil Code Perancis menyatakan bahwa kontrak harus dilaksanakan dengan iktikad baik (*contract doitent etre executes de bonna foi*). Isi pasal ini mengacu kepada konteks iktikad baik (*bonna foi*) sebagai suatu sikap di mana para pihak diharapkan melaksanakan kontrak mereka.

Berdasarkan ketentuan ini, berarti hukum Perancis menolak pembedaan antara *stricti iuris* dan *negotia bona fides* dalam hukum Romawi. Dengan penolakan yang demikian, maka pasal 1135 Civil Code Perancis mewajibkan keterikatan para pihak untuk tidak hanya terikat pada apa yang secara tegas mereka perjanjikan, tetapi juga kepada

⁵⁸⁰ Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Seri Hukum Perbankan, (Jakarta: Institut Bankir Indonesia,1993), hlm 182

kepatutan (equite), kebiasaan, atau hukum yang memberikan suatu kewajiban menurut hakikat (nature) kontrak mereka itu.

Kedua pasal itu diadopsi oleh BW (lama) Belanda. Pasal 1374 ayat (3) BW (lama) Belanda (Pasal 1338 KUHPerdara Indonesia) menyatakan bahwa kontrak harus dilaksanakan dengan iktikad baik (zij moten te goeder trouw worden ten uitvoer verklaart). Kewajiban ini kemudian dilanjutkan Pasal 1375 (Pasal 1339 KUHPerdara Indonesia) yang menyatakan bahwa kontrak tidak hanya mengikat terhadap apa yang secara tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga kepada segala sesuatu yang menurut sifat kontrak, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, atau undang-undang. Berkaitan dengan kebiasaan, Pasal 1383 BW (lama) Belanda (Pasal 1374 KUHPerdara Indonesia) menyatakan bahwa hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan dianggap secara diam-diam dimasukkan ke dalam kontrak meskipun tidak secara tegas diperjanjikan. Berdasarkan ketentuan di atas, dapat ditarik kesimpulan bahwa urutan kekuatan mengikatnya kontrak adalah sebagai berikut: a. isi kontrak itu sendiri; b. kepatutan atau iktikad baik; c. kebiasaan; d. undang-undang.

Ketentuan-ketentuan di atas mewajibkan adanya iktikad baik sebagai suatu perilaku kontraktual yang diharapkan para pihak dalam pelaksanaan kontrak. Walaupun ada kewajiban umum iktikad baik, tetapi semua ketentuan tersebut tidak menyebutkan atau menentukan standar atau tes apa yang harus digunakan untuk menilai iktikad baik tersebut. Sehingga penggunaan standar tersebut lebih banyak didasarkan kepada sikap pengadilan dan doktrin-doktrin yang dikembangkan para pakar hukum.

Sebagaimana telah dijelaskan di atas bahwa dalam beberapa sistem hukum kontrak, seperti hukum kontrak Jerman dan hukum kontrak Belanda, iktikad baik dibedakan antara iktikad baik subjektif dan iktikad baik objektif. Standar atau tes bagi iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak tentunya adalah standar objektif. Dalam hukum kontrak, pengertian bertindak sesuai dengan iktikad baik mengacu kepada ketaatan akan reasonable commercial standard of fair dealing, yang menurut legislator Belanda disebut bertindak sesuai dengan redelijkheid en billijkheid (reasonableness and equity). Ini benar-benar standar objektif. Jika satu pihak tidak boleh bertindak dengan cara tidak masuk akal dan tidak patut will not be a good defense to say that honestly believed his conduct to be reasonable and inequitable.⁵⁸¹

Iktikad baik subjektif (subjectieve goede trouw) dikaitkan dengan hukum benda (bezit). Di sini ditemukan istilah pemegang yang beriktikad baik atau pembeli barang yang beriktikad baik dan sebagainya sebagai lawan dari orang-orang yang beriktikad buruk. Seorang pembeli yang beriktikad baik adalah seseorang yang membeli barang dengan penuh kepercayaan bahwa si penjual benar-benar pemilik dari barang yang dijualnya itu. Pembeli barang sama sekali tidak mengetahui bahwa pembeli membeli barang dari orang yang bukan pemiliknya. Pembeli adalah seorang pembeli yang jujur.

⁵⁸¹ Arthur S. Hartkamp dan Marianne M.M. Tillema, *Contract Law in the Netherlands*, Kluwer, Deventer, 1993, hlm 48.

Dalam hukum benda, iktikad baik diartikan sebagai kejujuran. Pembeli yang beriktikad baik adalah orang yang jujur yang mengetahui adanya cacat yang melekat pada barang yang dibelinya itu. Artinya cacat mengenai asal usulnya. Dalam hal ini, iktikad baik merupakan suatu elemen subjektif.⁴² Iktikad baik yang subjektif ini berkaitan dengan sikap batin atau kejiwaan (*psychische gestelheid*), yakni apakah yang bersangkutan menyadari atau mengetahui bahwa tindakannya bertentangan atau tidak iktikad baik. Iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak mengacu kepada iktikad baik yang objektif. Standar yang digunakan dalam iktikad baik objektif adalah standar yang objektif yang mengacu kepada suatu norma yang objektif. Perilaku para pihak dalam kontrak harus diuji atas dasar norma-norma objektif yang tidak tertulis yang berkembang di dalam masyarakat. Ketentuan iktikad baik menunjuk kepada norma-norma tidak tertulis yang sudah menjadi norma hukum sebagai suatu sumber hukum tersendiri.⁵⁸²

Norma tersebut dikatakan objektif karena tingkah laku tidak didasarkan pada anggapan para pihak sendiri, tetapi tingkah laku tersebut harus sesuai dengan anggapan umum tentang iktikad baik tersebut. Standar tersebut sesungguhnya mengacu kepada standar yang berlaku dalam hukum Romawi. Dalam hukum Romawi, iktikad baik merupakan suatu norma sosial universal yang mengatur social interrelationships, yakni setiap warga negara memiliki suatu kewajiban untuk bertindak dengan iktikad baik terhadap seluruh warga negara. Ini merupakan konsep objektif yang secara universal diterapkan terhadap seluruh transaksi.

Praktik yang dilakukan oleh Sengketa Ekonomi Syariah Akad Pembiayaan Musyarah Nomor 967/Pdt.G/2012/PA.Mdn jika di tinjau dari segi obyektif tindakan yang dilakukan oleh Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan ialah melakukan pencairan dana sebelum polis asuransi diterbitkan, padahal pihak Asuransi Bangun Askrida Syariah belum menerbitkan polis asuransi Alm. Ongku Sutan Harahap karena yang bersangkutan belum menyerahkan hasil medical check up sebagai salah satu syarat untuk penerbitan polis asuransi sedangkan uang titipan premi telah dikembalikan kepada Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan.

Uang premi adalah uang kewajiban peserta asuransi untuk memberikan sejumlah dana kepada perusahaan asuransi sesuai dengan kesepakatan dalam akad dan pada saat tersebut Alm. Ongku Sutan Harahap belum terdaftar sebagai peserta asuransi, polisnya belum dapat diterbitkan oleh PT. Asuransi Bangun Askrida Syariah karena yang bersangkutan belum memenuhi syarat pembuatan asuransi yaitu medical check up sehingga ketika Alm. Ongku Sutan Harahap meninggal tidak mendapat klaim asuransi. Pihak Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan telah mengetahui resiko yang akan di tanggung nasabah dikemudian hari dari akad yang dilaksanakan tetapi pihak Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan tidak memiliki itikad baik untuk memberitahu kepada Alm. Ongku Sutan Harahap atas resiko dikemudian hari. Sebagaimana dijelaskan istri almarhum Ongku Sutan Harahap, bank datang empat hari setelah almarhum meninggal

⁵⁸² Martin Willem Hessenlink, *De Redelijkheid en Billijkheid in het Europease Privaatrecht*, Kluwer, Deventer, 1999, hlm 28.

dan meminta istri almarhum untuk menandatangani surat perjanjian yang berisi bahwa “pihak ahli waris bertanggung jawab melunasi seluruh pembiayaan jika terjadi apa-apa kepada Ongku Sutan Harahap sebelum polis asuransi terbit dan istri almarhum.” Tindakan Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan telah melanggar Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara bahwa suatu perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Seharusnya sebelum terbit polis asuransi Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan tidak menerbitkan akad musyarakah⁵¹. Meskipun akadnya sah tanpa polis karena asuransi bukan syarat untuk mencairkan dana yang sudah disepakati. Tetapi polis asuransi ini sangat penting untuk menjamin keamanan pembiayaan musyarakah apabila terjadi hal-hal yang tidak diinginkan dibelakang hari.

Selain itu jika dilihat dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah Pasal 21 huruf (j) mengenai itikad baik bahwa akad dilakukan dalam rangka menegakkan kemaslahatan, tidak mengandung unsur jebakan dan perbuatan buruk lainnya, nyatanya dalam hal ini pihak Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan tidak memiliki itikad baik untuk memberitahu Alm.Ongku Sutan Harahap untuk memberikan bukti medical chek up sebagai salah satu syarat untuk penerbitan polis dan Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan juga tidak memberitahu dari awal resiko yang apa yang terjadi. Tetapi pihak Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan mengalihkan tanggung jawab melunasi pembiayaan kepada ahli waris dengan membuat surat pernyataan bahwa “pihak ahli waris bertanggung jawab melunasi seluruh pembiayaan jika terjadi apa-apa kepada Ongku Sutan Harahap sebelum polis asuransi terbit”

Penulis berpendapat surat pernyataan tersebut merupakan jebakan dari pihak Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan supaya tidak terlepas dari resiko yang akan dihadapinya dikemudian hari, karena Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan dari awal sudah mengetahui resiko tersebut. Jika ditinjau dari itikad baik subjektif yaitu pengertian “itikad baik” yang terletak dalam sikap batin seseorang. Dalam menjalankan aktivitas produk pembiayaan yang menggunakan akad musyarakah Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan sebagai salah satu perbankan syariah di Indonesia wajib menerapkan asas kejujuran dan kebenaran kepada nasabahnya. Hal ini sesuai dengan firman Allah SWT:

Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu mengkhianati Allah dan Rasul (Muhammad) dan (juga) janganlah kamu mengkhianati amanat-amanat yang dipercayakan kepadamu, sedang kamu mengetahui. Kejujuran dan kebenaran dapat mengantarkan kepada kebaikan, dan kebaikan mengantarkan kepada surga. Oleh karena itu, jujur memiliki peranan penting dalam kehidupan seseorang baik sebagai individu maupun sebagai makhluk sosial. Kejujuran dan kebenaran merupakan kunci sukses dalam segala hal termasuk dalam bekerja dan bermuamalah. Dengan kejujuran maka sah-lah perjanjian dan tenanglah hati. Kenyataannya pihak Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan mengabaikan sifat kejujuran tersebut. Padahal dalam Islam kejujuran adalah salah satu nilai etika yang paling tinggi. Islam mengajarkan umatnya untuk jujur dalam segala hal dan melarang dengan tegas kebohongan dan penipuan dalam bentuk apapun.

Nilai kebenaran ini memberikan pengaruh kepada pihak-pihak yang melakukan perjanjian untuk tidak berdusta. Seharusnya Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan dari awal jujur kepada nasabah dan memberitahukan lebih awal mengenai surat kesehatan untuk syarat polis asuransi tentu pihak nasabah tidak dirugikan dan pengembalian dana musyarakah dapat tercover oleh asuransi. Dalam hal ini penulis berpendapat Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan tidak memiliki sifat kejujuran sehingga akad musyarakahnya bertentangan dengan Islam.

Dilihat dari putusan ini, maka dapat disimpulkan bahwa akibat hukum bagi Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan dari meninggalnya Alm. Ongku Sutan Harahap ialah bank mengalami kerugian. Dikarenakan pihak bank Sumut Syariah telah lalai dan tidak memiliki itikad baik untuk memberitahu Alm. Ongku Sutan Harahap untuk memberikan bukti medical check up sebagai salah satu syarat untuk penerbitan polis dan Bank Sumut Syariah Padang Sidempuan juga tidak memberitahu dari awal resiko yang apa yang terjadi. Dalam kasus ini dikarenakan Ongku Sutan Harahap telah meninggal, maka akad musyarakah antara Bank Sumut Syariah dan Ongku Sutan Harahap telah berakhir menurut syariah.

Akad yang telah berakhir tersebut bukan berarti pihak ahli waris nasabah terbebas dalam pengembalian modal, karena pada awal akad musyarakah terjadi pencampuran harta dari Bank Sumut Syariah dan Ongku Sutan Harahap oleh karena itu seharusnya modal yang telah disetor kedua belah pihak dalam akad tersebut dikembalikan lagi sesuai porsinya. Jika ada kerugian, dikurangi dengan rugi yang diderita, jika ada laba maka harus ditambahkan labanya. Pengertian musyarakah yaitu apabila akad musyarakah mengalami kerugian maka harus ditanggung bersama dan dengan porsi yang sama antara mitra yang telah melakukan akad. Dalam Fatwa DSN-MUI No.08/DSN-MUI/IV/2000 tentang pembiayaan musyarakah, dalam ketentuan Nomor 3 (d) dikatakan apabila akad musyarakah mengalami Kerugian harus dibagi di antara para mitra secara proporsional menurut saham masing-masing dalam modal.

Fatwa ini tidak menerangkan tentang akibat meninggalnya salah satu pihak, hanya menerangkan bahwasanya apabila terjadi persengketaan dikemudian hari maka penyelesaiannya dilakukan melalui Badan Arbitrase Syariah setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah. Pada putusan tersebut landasan hakim membebaskan ahli waris dari pengembalian modal adalah karena bank bersikap taqabul bil hukmi, tidak bersikap hati-hati dan tidak memiliki itikad baik untuk memberitahu nasabah. Memang benar bank kurang berhati-hati dan tidak memiliki itikad baik dalam menerbitkan polis asuransi tetapi modal tersebut telah dinikmati oleh nasabah dan ahli warisnya untuk modal usaha, tentunya kurang tepat jika nasabah tidak mengembalikan modal tersebut.

Menurut penulis modal yang digunakan Alm. Ongku Sutan Harahap tersebut dapat dinilai menjadi hutang, karena Ongku Sutan Harahap telah meninggal maka sewajarnya ahli waris yang membayar hutang tersebut, karena modal tersebut adalah hak dari pihak bank. Perpindahan uang Rp 700.000.000,- (tujuh ratus juta rupiah) dari bank kepada Alm. Ongku Sutan Harahap tersebut tidak sesuai dengan sebab-sebab

kepemilikan yang disyariatkan Islam. Memang benar terdapat akad, tetapi yang ada adalah akad musyarakah, bukan hibah.

Islam sangat menghargai kepemilikan harta oleh karena itu harta tidak seharusnya dibiarkan kepada yang tidak berhak. Jika ahli waris menuntut agunan tersebut adalah warisan dari Ongku Sutan Harahap kepada mereka, hal tersebut memang benar. Tetapi agunan tersebut telah dijadikan jaminan, dan yang dimaksud harta waris adalah harta yang ditinggalkan oleh orang yang meninggal setelah dikurangi dengan hutang. Jika memang ahli waris tidak dapat membayar karena kondisi usaha sedang menurun, maka agunan tersebut dapat dilelang lalu nominal yang didapat digunakan untuk pembayaran kepada pihak bank, jika terdapat sisa maka dikembalikan kepada ahli waris karena itu telah menjadi hak ahli waris. Menurut penulis secara materiil putusan pada tingkat pertama tersebut kurang sesuai dengan konsep Islam. Memang benar bank tidak berhati-hati dan tidak menerapkan prinsip itikad baik dalam menerapkan perjanjian, tetapi keputusan untuk membebaskan ahli waris dari pengembalian modal kurang memenuhi asas keadilan.

B. Penerapan Teori Ekonomi Syariah dalam Putusan Pengadilan

1. Keluarga alm. Ongku Sutan Harahap Vs PT. Bank Sumut Syariah (Putusan MA Nomor 624 K/Ag/2017)

Perkara ini merupakan perkara ekonomi syari'ah antara ahli waris (Pemohon) dari alm. Ongku Sutan Harahap (Nasabah PT. Bank Sumut Syari'ah Cabang Padangsidempuan) dengan PT. Bank Sumut Syari'ah Cabang Padangsidempuan (Termohon I), PT. Bank Sumut (Termohon II) dan PT. Asuransi Askrida Bangun Syari'ah (Termohon III). Perkara ini berawal adanya akad pembiayaan musyarakah Nomor 120/KCSY02-APP/MSY/1211 tanggal 26 April 2011 antara nasabah dengan Termohon I untuk penambahan modal kerja dengan jumlah Rp. 700.000.000 selama 12 bulan dengan agunan Sertifikat Hak Milik Nomor 457/ Pasar Gunung Tua tanggal 19 Desember 2008 atas nama nasabah dan Sertifikat Hak Milik Nomor 395/Pasar Gunung Tua tanggal 07 Juni 2007. Nasabah juga membayar asuransi jiwa dan asuransi kebakaran kepada Tergugat III.

Dalam akad musyarakah tersebut, nasabah diharuskan menandatangani surat pernyataan yang isinya "Apabila dikemudian hari pada saat asuransi jiwa saya belum terbit polisnya, terjadi sesuatu pada diri saya dan mengancam jiwa saya, ahli waris saya tidak akan menuntut pihak bank dan seluruh pembiayaan saya tetap akan menjadi tanggung jawab ahli waris saya sehingga selesai." Dalam proses pembayaran akad tersebut, Ongku Sutan Harahap selaku nasabah meninggal dunia pada tanggal 13 Juli 2011. Para Penggugat/Para Pemohon Kasasi mengajukan klaim asuransi, namun pihak asuransi tidak bersedia menerima klaim asuransi dimaksud dengan alasan Ongku Sutan

Harahap tidak mengajukan persyaratan *medical checkup*. Selain itu, pihak bank juga tetap membebaskan hutang Ongku Sutan Harahap kepada para ahli warisnya dengan melayangkan surat peringatan.

Berdasarkan fakta dan bukti di atas telah ternyata dan terbukti segala persyaratan yang menyertai akad pembiayaan Musyarakah termasuk pembayaran biaya-biaya asuransi baik asuransi jiwa maupun asuransi kebakaran telah dipenuhi oleh nasabah yakni alm. Ongku Sutan Harahap yang dibuktikan dengan dicairkannya dana pembiayaan Musyarakah tersebut.

Bahwa fakta hukum menunjukkan pihak asuransi telah menerima setoran biaya asuransi atas nama Ongku Sutan Harahap dari Tergugat I dan pengakuan mana berdasarkan kaidah hukum yang ditentukan dalam Pasal 311 RBg dan Yurisprudensi Mahkamah Agung RI Nomor 8 K/Sip/1964 adalah merupakan bukti yang mengikat dan sempurna sehingga oleh karenanya terhadap dalil gugatan yang telah diakui Para Tergugat tersebut haruslah dinyatakan telah terbukti kebenarannya dengan segala akibat hukumnya.

Berdasarkan naskah akad pembiayaan Musyarakah sama sekali tidak ditentukan tentang persyaratan *medical checkup* sebagai kelengkapan persyaratan akad. Jikapun Tergugat I dan atau Tergugat III lalai untuk meminta persyaratan dimaksud dari nasabah (Ongku Sutan Harahap), maka resiko yang timbul dari kelalaian tersebut adalah merupakan tanggung jawab Tergugat I dan atau Tergugat III. Dengan demikian, sama sekali pertanggungjawabannya tidak dapat dibenarkan kepada nasabah. Maka secara hukum sebagaimana asas-asas yang ditentukan dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah adalah kewajiban pihak asuransi untuk mencairkan klaim asuransi dimaksud.

Hakim menilai pihak bank Tergugat I melanggar ketentuan Pasal 21 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah yang telah menentukan asas-asas kontrak yang harus dipenuhi dalam setiap akad ekonomi syariah termasuk akad antara Bank Syariah dengan nasabah yang antara lain asas saling menguntungkan dan asas iktikad baik (Pasal 21 huruf e dan huruf j Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah), yang akibat hukumnya bilamana salah satu asas tidak dilaksanakan dapat menyebabkan suatu akad mengandung cacat yang dapat berakibat suatu akad menjadi batal atau tidak sah.

Dengan demikian, hakim menimbang bahwa terhadap alasan-alasan tersebut Mahkamah Agung mempertimbangkan bahwa tindakan Tergugat I yang menjadikan Surat Pernyataan Penggugat I sebagai alasan pencairan pembiayaan Musyarakah sebelum polis asuransi diterbitkan, merupakan tindakan kecuranghati-hatian Penggugat I. Sebelum terbit polis asuransi seharusnya Penggugat I tidak menerbitkan akad musyarakah. Meskipun akad sah tanpa polis, karena asuransi tidak merupakan syarat untuk mencairkan dana yang sudah disepakati. Akan tetapi, polis sangat penting untuk

menjamin keamanan pembiayaan apabila terjadi hal-hal yang tidak diinginkan di belakang hari.

Selain itu, tindakan tersebut tidak sesuai dengan ruh ekonomi Islam serta melanggar asas ekonomi yang sesuai prinsip syariah. Oleh karena itu, pihak bank harus mengetahui akibat yang ditimbulkannya dan faktanya tindakan tersebut telah menimbulkan kerugian dan keresahan.

Dengan demikian, pihak bank telah melakukan kelalaian dengan membiarkan Ongku Sutan Harahap sebagai konsumen tidak mengetahui konsekuensi yang akan ditanggung olehnya dan ahli warisnya apabila terjadi resiko kematian di belakang hari (Lihat Pasal 21 huruf (e) dan (j) Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah)

Mahkamah Agung memberikan pertimbangan; *pertama*, bahwa pihak bank telah mengabaikan prinsip kehati-hatian (*prudent banking principle*), hal mana bank dalam menjalankan kegiatan usaha baik dalam penghimpunan terutama dalam penyaluran dana kepada masyarakat harus sangat berhati-hati. Tujuan dilakukannya prinsip kehati-hatian ini agar bank selalu melindungi dana masyarakat, dan bank selalu dalam keadaan sehat menjalankan usahanya dengan baik dan mematuhi ketentuan-ketentuan dan norma-norma hukum yang berlaku di dunia perbankan (Lihat Pasal 2 dan Pasal 29 ayat (2) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan). Pihak bank telah melakukan perbuatan yang melawan hukum.

Kedua, pihak bank telah membuat akad Musyarakah pada tanggal 26 April 2011 dan pada tanggal tersebut dibuat pernyataan oleh pihak kedua jika polis asuransi belum terbit dan terjadi sesuatu, maka seluruh pembiayaan menjadi tanggung jawab ahli waris. Hanya saja dengan wafatnya pihak kedua merupakan resiko usaha, terlebih pihak pertama begitu mudahnya mencairkan dana sebelum terbit polis asuransi hanya bermodalkan surat pernyataan yang tentu penuh resiko. Oleh sebab itu, karena akad ini merupakan akad Musyarakah, maka resiko harus ditanggung secara proporsional antara nasabah dengan pihak bank.

Adanya akad Musyarakah antara Ongku Sutan Harahap dengan pihak bank telah menimbulkan resiko kerugian karena dengan tidak adanya asuransi jiwa yang menjamin untuk mengembalikan modal pokok akad musyarakah yang diterima oleh nasabah apabila nasabah meninggal dunia, adalah perbuatan yang dapat merugikan ahli waris. Seharusnya, pembayaran sejumlah Rp 752.000.000,00 ditanggung oleh pihak asuransi, namun karena perbuatan pencairan dana tanpa adanya polis asuransi terlebih dahulu adalah perbuatan yang bertentangan dengan Pasal 16 akad Nomor 120/KCSY02-APP/MSY/2011. Hal ini merupakan kerugian yang diakibatkan ketidak hati-hatian pihak bank. Disebabkan akadnya adalah akad Musyarakah maka kerugian harus dipikul secara bersama-sama oleh pihak yang berakad secara proporsional. Karenanya, uang modal sejumlah Rp752.000.000,00 harus dilunasi oleh pihak nasabah (Penggugat) sebesar

53,22 persen dan pihak bank (Tergugat I) adalah 46,78 persen sesuai bunyi Pasal 3 ayat (2) Akad Pembiayaan Musyarakah Nomor 120/KCSY02-APP/MSY/2011 tanggal 26 April.

Comment [x29]: Agar diperhatikan jenis huruf dan sizenya serta teknis penulisan

2. PT. Trust Finance Indonesia Vs Hj. Euis Komariah (Putusan MA Nomor 528 K/Ag/2015)

Perkara ini terjadi antara PT. Trust Finance Indonesia, Tbk. Unit Syariah (Pemohon I), dengan Hj. Euis Komariah, (Termohon II) tentang akad Pembiayaan Murabahah dengan Wakalah. Perkara ini terkait dengan pembiayaan Muarabahah bil Wakalah Nomor 0813/Syariahtfi-CF/XII/10 tertanggal 17 Desember 2010 dengan harga Rp1.476.000.000,00 (satu milyar empat ratus tujuh puluh enam juta rupiah) dengan uang muka Rp265.100.000,00 (dua ratus enam puluh lima juta seratus ribu rupiah). Adapun jangka waktu pembayaran 36 (tiga puluh enam) bulan yang dibayar sebanyak 36 (tiga puluh enam) angsuran yang setiap bulannya sebesar Rp33.471.000,00. Angsuran dimulai dari tanggal 17 Desember 2010 sampai dengan tanggal 17 November 2013.

Dalam realisasi pembayaran pihak nasabah tidak dapat melaksanakan kewajiban sebagaimana yang telah disepakati oleh kedua pihak. Nasabah tidak melakukan pembayaran setidak-tidaknya pada tanggal 17 (tujuh belas) pada setiap bulannya. Nasabah telah melakukan perbuatan cidera janji (wanprestasi), maka dikenakan denda keterlambatan.

Berdasarkan pada fakta hukum yang ada, nasabah terhitung mulai pembayaran kedua sampai dengan pembayaran terakhir selalu melewati tanggal 17 (tujuh belas) setiap bulannya atau melewati jatuh tempo. Keterlambatan itu menimbulkan denda yang setiap bulannya berbeda-beda jumlahnya, sebab waktu pembayaran yang dilakukan nasabah juga selalu berbeda-beda pula. Total denda yang harus juga dibayarkan kepada nasabah sejumlah Rp230.347.422,00 (dua ratus tiga puluh juta tiga ratus empat puluh tujuh ribu empat ratus dua puluh dua rupiah). Selain denda keterlambatan tersebut, nasabah juga masih terhitung mempunyai kewajiban angsuran untuk 5 (lima) bulan, yakni untuk periode pembayaran 17 Juli 2013 hingga 17 November 2013, yang ditotal sebesar Rp167.355.000,00 (seratus enam puluh tujuh juta tiga ratus lima puluh lima ribu rupiah).

Akad Pembiayaan Murabahah dengan Wakalah juga diikuti dengan adanya Surat Kuasa/Wakalah tertanggal 17 Desember 2010 yang isinya, apabila Pemberi Kuasa lalai dalam melakukan kewajiban-kewajiban sesuai dengan Akad Pembiayaan Murabahah dengan Wakalah Nomor 000813/Syariahtfi-CF/VII/10 tanggal 17 Desember 2010 maka:

- 1) Untuk mengambil secara langsung barang jaminan milik P.T. Trust Finance, Tbk. Unit Syariah yang dipakai Pemberi Kuasa berupa kendaraan Nissan Cwm 330 Ht 6x4 Ps + Cargo Deck Trailer.
- 2) Memberikan persetujuan untuk mengadakan pemblokiran atas STNK & BPKB, serta mengurus dan menyelesaikan balik nama kendaraan

tersebut di atas guna kepentingan Penerima Kuasa, atas biaya Pemberi Kuasa;

- 3) Mengambil Kendaraan tersebut di atas dari tangan Pemberi Kuasa atau pihak lain siapapun adanya dan membawanya ke tempat yang dipandang baik oleh Penerima Kuasa;
- 4) Menjual kendaraan tersebut di atas pihak ketiga menurut harga yang dianggap patut oleh Penerima Kuasa, membayar ongkos pengambilan dan penjualan dari hasil penjualan tersebut, serta memotong hasil penjualan bersih dari buku hutang Pemberi Kuasa, dengan memberi bukti pemotongan pada Pemberi Kuasa;
- 5) Pemberi Kuasa ini adalah berdasarkan kepada Akad Pembiayaan Murabahah dengan Wakalah Nomor 000813/SYARIAHTFI-CF/VII/10 tanggal 17 Desember 2010 yang telah ditandatangani bersama oleh P.T. Trust Finance Indonesia, Tbk. Unit Syariah dengan Pemberi Kuasa;
- 6) Kuasa ini tidak dapat dicabut/diubah/dibatalkan sampai kewajiban Pemberi Kuasa dibayar lunas.

Namun menurut Termohon Kasasi/Penggugat menilai Pemohon Kasasi/Tergugat telah melakukan perbuatan melawan hukum, karena menarik kendaraan yang dibeli oleh Pemohon Kasasi/Tergugat dengan menggunakan jasa Termohon Kasasi/Penggugat melalui akad tersebut, padahal hal tersebut tercantum dalam klausul akad.

3. Muchammad Wachyono Vs PT. Bank Pembiayaan Rakyat Syariah (BPRS) Buana Mitra Perwira (Putusan MA Nomor 569 K/Ag/2015)

Perkara ini terjadi antara Muchammad Wachyono dengan PT. Bank Pembiayaan Rakyat Syariah (BPRS) Buana Mitra Perwira. Kedua pihak telah melakukan Akad Pembiayaan Ijarah Multi Jasa Nomor 01 tanggal 13 September 2011. Pihak nasabah telah menerima pembiayaan sebesar Rp250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah) dan ujrang sebesar Rp180.000.000,00 (seratus delapan puluh juta rupiah) dengan jangka waktu pembiayaan selama 60 (enam puluh) bulan (sejak tanggal 13 September 2011 sampai dengan tanggal 13 September 2016). Pembiayaan tersebut akan digunakan untuk biaya cetak tabloid. Faktanya usaha percetakan tersebut menjadi berhenti, disebabkan Direktur Percetakan yang bernama Suyitno telah melarikan diri dan angsuran pembiayaan tersebut menjadi macet, meskipun telah diberikan surat peringatan dan somasi. Atas kejadian tersebut Para Pemohon Kasasi mengajukan Surat Laporan Pengaduan ke Polres Purbalingga karena dalam sistem perbankan syariah menganut sistem bagi untung dan rugi (*profit and loss sharing*). Namun pada kenyataannya kerugian ini hanya ditanggung oleh nasabah (Para Pemohon Kasasi/Para Pembanding/Para Tergugat).

Bahwa dalam pertimbangan Pengadilan Tinggi Agama Semarang menyatakan untuk wanprestasi harus ditunggu sampai berakhirnya perjanjian pada bulan September 2016. Dalam pertimbangan yang lain menyatakan sependapat dengan pertimbangan Pengadilan Agama Purbalingga yang menyatakan Para nasabah melakukan wanprestasi/ingkar janji/cidera janji. Begitu pula dalam amar putusannya pada angka 3 (tiga), Pengadilan Tinggi Agama Semarang menyatakan

nasabah telah melakukan cidera janji/ingkar janji/ wanprestasi dalam pembayaran angsuran sebagaimana dalam Akad Pembiayaan Ijarah Multi sebagaimana yang berbunyi pada akad “Pembayaran sewa manfaat secara angsuran sebesar Rp4.166.667,00 dan ujuh sebesar Rp3.000.000,00 (tiga juta rupiah) setiap bulan sebagaimana tertuang dalam akad.

Seharusnya apabila Para Tergugat dinyatakan ingkar janji maka harus dihukum untuk membayar kerugian akibat dari ingkar janji tersebut secara tunai. Bila tidak sebagaimana amar putusan Pengadilan Tinggi Agama Semarang yang menghukum Para Tergugat untuk membayar angsuran terutang setiap bulan, maka bisa terjadi ingkar janji/wanprestasi lagi. Dengan demikian putusan pengadilan menjadi tidak mempunyai kepastian hukum, karena amar yang demikian tidak dapat dieksekusi.

Mahkamah Agung berpendapat terdapat cukup alasan untuk mengabulkan permohonan kasasi dari Para Pemohon Kasasi Muchammad Wachyono dan Istriyati, serta membatalkan Putusan Pengadilan Tinggi Agama Semarang Nomor 160/Pdt.G/2014/ PTA.Smg, yang memperbaiki Putusan Pengadilan Agama Purbalingga Nomor 1721/Pdt.G/ 2013/ PA.Pbg. Selanjutnya Mahkamah Agung mengadili sendiri perkara ini dengan mengambil alih pertimbangan Pengadilan Agama Purbalingga yang sudah tepat dan benar sebagai pertimbangan sendiri.

4. PT Rolika Caterindo Vs PT Bank Negara Indonesia Syariah (Persero) Tbk dkk (Putusan MA Nomor 250 K/Ag/2018)

Perkara terjadi antara PT Rolika Caterindo, (Pemohon Kasasi) dengan PT Bank Negara Indonesia Syariah (Persero) Tbk, PT Dalle Energy, Pemerintah Republik Indonesia cq. Menteri Keuangan Republik Indonesia cq. Direktorat Jenderal Kekayaan Negara Kantor Wilayah VIII cq. Kantor Pelayanan Kekayaan Negara dan Lelang (KPKNL) Bogor, Fitri Safitri, S.H. dan PT Bank Negara Indonesia (PERSERO) Tbk 46, (Para Termohon Kasasi). Penggugat dan Tergugat II telah membuat perjanjian pekerjaan yakni jasa catering dan layanan untuk proyek PLTU Pacitan-Jawa Timur dan PLTU Teluk Naga-Banten (Perjanjian Nomor 001/DE11-6030/DE-RLK/VIII/07 dan perjanjian Nomor 002/DE11-6030/DE-RLK/VIX/07, jasa catering di PLTU Pacitan Jawa Timur dan PLTU Teluk Naga). Namun pekerjaan jasa catering dan layanannya sampai saat ini tidak pernah ada.

Sementara, Penggugat dengan Tergugat I telah melaksanakan akad pembiayaan Nomor USY/3/427/R, tertanggal 27 Juni 2008 yang dikeluarkan oleh Tergugat I atas permohonan pembiayaan Penggugat yaitu a) Akad musyarakah 1 sejumlah Rp. 3.420.061.863,00; b) Akad musyarakah 2 sejumlah Rp. 3.320.921.083,00; c) Akad murabahah sejumlah Rp8.071.816.599,00 dengan jaminan berupa:

- a) Tanah dan bangunan tempat usaha untuk dapur utama Tanah dan bangunan tersebut terdiri dari 3 (tiga) sertifikat tanah dengan total luas tanah 2.111 (dua ribu seratus sebelas) meter persegi dengan perincian sebagai berikut:
 - 1) SHM Nomor 194 tanggal 21-09-1982 atas nama Ika Yuliska (adik kandung Sdr. H. M. Rudy Jundani) luas tanah 920 (sembilan ratus dua puluh) meter persegi;

- 2) SHM Nomor 302 tanggal 25-04-1992 atas nama Ika Yuliska (adik kandung Sdr. H. M. Rudy Jundani) luas tanah 662 meter persegi;
- 3) SHM Nomor 558 tanggal 20-11-1993 atas nama H. Ana Rukanah (Ibu kandung H. M. Rudy Jundani) luas tanah 529 meter persegi;
- 4) Bangunan dapur utama berikut sarana dan prasarana yang berdiri atas SHM Nomor 558 tanggal 20-11-1993;
- b) Tanah seluas 865 meter persegi dan bangunan rumah tinggal seluas 373 meter persegi SHM Nomor 314 tanggal 24-02-1994 atas nama H. Ana Rukanah;
- c) Tanah seluas 525 meter persegi dan bangunan rumah tinggal seluas 328.30 meter persegi SHM Nomor 845 tanggal 25-10-2001 atas nama Erna Juwita (istri Sdr. Rudy Jundani);
- d) 1 (satu) unit satuan rumah susun seluas 96.62 meter persegi SHM ASRS Nomor 315/XI/16 tanggal 23-12-1997;
- e) 1 (satu) unit satuan rumah susun bukti kepemilikan berupa PPJB (perjanjian Pengikatan Jual Beli) Nomor 255/BMM/PPJB/07 antara PT Bangunan Mitra Mandiri dengan H. M. Rudy Jundani;
- f) Tanah dan bangunan dapur pastry SHM Nomor 291 tanggal 28-12-1990 a.n. Happy Unaya (Alm) dengan luas tanah 3.180 (tiga ribu seratus delapan puluh) meter persegi;
- g) Perlengkapan kantor di kantor PT Rolika Caterindo berupa perangkat computer, PABX, CCTV dan Teleconverence;
- h) Perlengkapan dapur utama; dan
- i) Peralatan dapur pastry/bakery.

Bahwa gugatan tersebut sebelumnya telah diputuskan dan dinyatakan tidak dapat diterima oleh Pengadilan Agama Bogor (Putusan Nomor 1647/Pdt.G/2016/PA.Bgr. tanggal 28 Februari 2017). Kemudian putusan tersebut dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Agama Bandung (Putusan Nomor 144/Pdt.G/2017/PTA.Bdg. tanggal 24 Juli 2017). Bahwa terhadap memori kasasi tersebut, para Termohon Kasasi telah mengajukan kontra memori kasasi yang pada pokoknya menolak permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi;

Setelah meneliti memori kasasi dan kontra memori kasasi dihubungkan dengan pertimbangan *Judex Facti*/Pengadilan Tinggi Agama Bandung, Mahkamah Agung mempertimbangkan mengenai alasan-alasan dalam memori kasasi dan menyatakan bahwa alasan-alasan tersebut tidak dapat dibenarkan, oleh karena *Judex Facti*/Pengadilan Tinggi Agama Bandung sudah tepat dan benar dalam menerapkan hukum dan memutus perkara *a quo* dengan pertimbangan sebagai berikut:

- a) Bahwa alasan-alasan tersebut merupakan pengulangan terhadap apa yang telah dipertimbangkan oleh *Judex Facti* dengan tepat dan benar. Hal tersebut tidak dapat dipertimbangkan dalam pemeriksaan pada tingkat kasasi, karena pemeriksaan dalam tingkat kasasi hanya berkenaan dengan adanya kesalahan penerapan hukum, adanya pelanggaran hukum yang berlaku, adanya kelalaian dalam memenuhi syarat-syarat yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan yang mengancam kelalaian itu dengan batalnya putusan yang

bersangkutan, atau bila pengadilan tidak berwenang atau melampaui batas wewenangnya.

- b) Bahwa Pemohon Kasasi sebagai Direktur Utama PT Rolika Caterindo telah dinyatakan sebagai debitur pailit dengan putusan pengadilan, maka sesuai dengan ketentuan Pasal 24 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan Dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, demi hukum kehilangan haknya untuk menguasai dan mengurus kekayaannya yang termasuk dalam harta pailit, karena obyek sengketa sudah tidak dalam penguasaan Pemohon Kasasi lagi.

Berdasarkan pertimbangan di atas, putusan Judex Facti/Pengadilan Tinggi Agama Bandung dalam perkara ini tidak bertentangan dengan hukum dan/atau undang-undang. Permohonan kasasi yang diajukan oleh Pemohon Kasasi PT Rolika Caterindo harus ditolak.

5. PT. Permodalan Nasional Madani (Persero) Pusat di Jakarta cq. Cabang Padang di Padang Vs Emidawati (Putusan MA Nomor 362 K/AG/2013)

Perkara terjadi antara PT. Permodalan Nasional Madani (Persero) Pusat di Jakarta cq. Cabang Padang di Padang, (Pemohon Kasasi) dengan Emidawati (Termohon Kasasi) dan Pemerintah RI cq. Kementerian Keuangan RI. di Jakarta cq. Direktorat Jenderal Kekayaan Negara di Jakarta cq. Kantor Wilayah Iii Pekanbaru cq. Kantor Pelayanan Kekayaan Negara dan Lelang Bukittinggi sebagai Termohon Kasasi dahulu Tergugat B/Terbanding II.

Perkara ini berawal dari akad perjanjian Murabahah sebagaimana tertuang dalam Kontrak No. 027/ULS-LBB/MUS/VII/09 tertanggal 7 Juli 2009. Terhitung sejak tanggal 7 Februari 2010 Tergugat telah tidak melakukan pembayaran angsuran sebagaimana diatur pada jadwal angsuran sebagaimana terlampir dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari akad.

Setelah disampaikan surat peringatan terhadap pembiayaan Tergugat dilakukan upaya penyelamatan dengan dilakukannya restrukturisasi atas pembiayaan berdasarkan Surat Persetujuan Prinsip Pembiayaan No. 005/ULSLBBY/SPM/RST/X/10 tanggal 7 Oktober 2010 yang kemudian dituangkan dalam Akad Restrukturisasi/Rescheduling Murabahah No. 005/MUS/PDGLBBY/RST/X/2010 dengan harapan apabila angsuran diperkecil dan jangka waktu pembiayaan diperpanjang, Tergugat dapat melanjutkan pembayaran angsuran kewajiban tiap-tiap bulannya.

Pada kenyataannya setelah dilakukan restrukturisasi pembiayaan Tergugat tetap tidak dapat melakukan pembayaran angsuran, sehingga Penggugat terpaksa melayangkan kembali Surat Peringatan Tertulis 3 (tiga) kali berturut-turut yaitu tanggal 4 Januari 2011 perihal Surat Peringatan I, tanggal 23 Februari 2011 perihal Surat Peringatan II, tanggal 7 Maret 2011 perihal Surat Peringatan III.

Bahwa dengan tidak melakukan pembayaran sesuai dengan jumlah dan tanggal-tanggal angsuran sebagaimana tercantum dalam jadwal angsuran maka Tergugat selaku debitur dapat dinyatakan telah lalai/wanprestasi. Terlebih lagi kepada Tergugat telah dilayangkan Surat Peringatan tertulis secara berturut-turut untuk ketiga kalinya namun Tergugat tetap tidak melaksanakan kewajibannya untuk melakukan pembayaran sesuai dengan tanggal-tanggal dan jumlah

sebagaimana tercantum dalam jadwal angsuran yang merupakan lampiran yang menjadi satu kesatuan dan bagian yang tidak dapat terpisahkan dari akad. Maka Tergugat dapat dinyatakan telah lalai/wanprestasi dengan mengacu pada ketentuan Pasal 1238 KUH Perdata sebagai berikut

Yang menjadi salah satu persoalan dalam gugatan Termohon Kasasi margin keuntungan yang diperoleh Tergugat A sangat besar. Hal ini kemudian dibantah dengan dalil telah dilakukan secara sukarela, suka sama suka tanpa paksaan dari pihak lain oleh kedua pihak. Besar kecilnya margin keuntungan yang diperoleh Tergugat A telah masuk komponen yang disetujui oleh Penggugat, maka tidak ada alasan hukum untuk mengingkari perjanjian (akad) yang telah dibuatnya (vide Pasal 21 (c) KHES jo Pasal 1320 dan 1338 KUHPerdata). Dengan demikian margin keuntungan yang diperoleh Tergugat A tidak dapat dikatakan tidak Islami atau bertentangan dengan syariah, sebab ia bukan riba/bunga.

Tentang keberatan Penggugat terhadap Tergugat A yang telah memerintahkan untuk mengosongkan rumah Penggugat dan telah melakukan pengumuman lelang atas tanah dan rumah Penggugat, hal ini adalah konsekuensi dari perjanjian Penggugat dengan Tergugat A dan tidak dapat dikatakan sebagai perbuatan melanggar hukum. Tergugat A juga telah diberi kuasa untuk melakukan apapun guna mendapat kembali piutangnya dari Penggugat.

Oleh karena itu putusan Pengadilan Tinggi Agama Padang harus dibatalkan. Mahkamah Agung akan mengadili sendiri dengan pertimbangan bahwa setelah memeriksa dan mempelajari dengan saksama pertimbangan dan putusan Majelis Hakim Pengadilan Agama Padang, Mahkamah Agung berpendapat bahwa pertimbangan dan putusan Majelis Hakim Pengadilan Agama Padang tersebut telah benar dan tepat sehingga diambil alih sebagai pertimbangan dan putusan Mahkamah Agung sendiri.

Berdasarkan pertimbangan tersebut di atas, terdapat cukup alasan untuk mengabulkan permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi: PT. Permodalan Nasional Madani (Persero) Pusat di Jakarta cq. Cabang Padang tersebut dan membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Agama Padang No. 46/ Pdt.G/2012/PTA.PDG tanggal 26 Desember 2012 M yang membatalkan putusan Pengadilan Agama Padang No. 907/ Pdt.G/2011/PA.PDG.

6. H. Effendi bin Rajab dkk Vs PT. Bank Bukopin Pusat (Putusan MA Nomor 48 PK/AG/2009)

Perkara ini adalah perkara antara H. Effendi bin Rajab; Dra. Psi. Fitri Effendi binti Munir, (Pemohon Peninjauan Kembali) dengan PT. Bank Bukopin Pusat, yang pelaksanaannya dilakukan oleh PT. Bank Bukopin Cabang Syari'ah Bukittinggi, Pemerintah RI, cq. Departemen Keuangan RI, cq. Dir. Jend. Piutang Dan Lelang Kantor Wilayah I Medan, cq. Kantor Pelayanan Piutang Dan Lelang Negara (KP2LN) Bukittinggi. Defrianta Sukirman, sebagai Para Termohon Peninjauan Kembali dahulu para Termohon Kasasi/para Tergugat/para Terbanding I - Pembanding II dan para turut Terbanding dan Yulfaizal, S.H., Badan Pertanahan Nasional, cq. Kepala Kantor Pertanahan Kota Bukittinggi, sebagai Para turut Termohon Peninjauan Kembali.

Sejak tahun 2003 Peggugat I adalah nasabah PT. Bank Bukopin Cabang Syari'ah Bukittinggi. Sebelumnya, Peggugat I adalah debitur PT. Bank Rakyat Indonesia Cabang Bukittinggi dengan posisi hutang Peggugat I pada bulan Juni 2003 adalah Rp 483.233.530, yang pada waktu itu usaha Peggugat I dalam keadaan macet/kurang lancar dan oleh karena itu Peggugat I mengajukan permohonan kepada Tergugat I untuk dapat diberikan penambahan kredit modal kerja dan juga untuk mengambil alih (take over) kredit Peggugat I di BRI Cabang Bukittinggi.

Atas permohonan Peggugat I tersebut, Tergugat I menyetujui dengan cara Peggugat I dan Tergugat I mengikatkan diri dalam perjanjian Akad Jual Beli Al-Murabahah, Akta No. 2 tanggal 2 Juli 2003. Kemudian diikat pula dengan Surat Hutang No. 3 tanggal 2 Juli 2003 dan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan No. 4 tanggal 2 Juli 2003 dan Akta Pemberian Hak Tanggungan No. 119/ABTB/ 2003, yang dibuat dihadapan Yulfaisal, S.H., Notaris di Bukittinggi.

Setelah ditandatanganinya akta-akta tersebut, Tergugat I menyerahkan uang sebanyak Rp 500.000.000,- kepada Peggugat I yang kemudian Peggugat I bersama-sama Tergugat I ke BRI Cabang Bukittinggi membayar hutang Peggugat I. Setelah itu, Tergugat I langsung mengambil dan menerima dari BRI Cabang Bukittinggi Sertifikat Tanah Hak Milik No. 311 seluas 376 m2, Gambar Situasi No. 374/ 1996 tertanggal 17 Juni 1996 atas nama Peggugat II, karena Peggugat II telah mengikatkan diri kepada Tergugat I sebagai penjamin, sebagaimana dituangkan dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan No. 119/ABTB/2003.

Akan tetapi dalam perjanjian Akad Al-Murabahah Akta No. 2 tersebut dinyatakan bahwa seolah-olah Tergugat I menyediakan barang-barang pesanan Peggugat I seharga Rp 500.000.000. Selanjutnya seolah-olah Tergugat I menjual barang tersebut kepada Peggugat I seharga Rp 794.816.460,- padahal yang sebenarnya barang yang dibelikan Tergugat I tersebut tidak ada dan begitu juga Peggugat I tidak ada membeli barang kepada Tergugat I.

Sementara akad jual beli Al-Murabahah adalah merupakan syarat mutlak bahwa barang yang dijual itu harus ada. Dengan tidak adanya barang yang dijual oleh Tergugat I kepada Peggugat I dan tidak adanya barang yang dibeli oleh Peggugat I dari Tergugat I, jelas Akad Jual Beli Al-Murabahah No. 2 tersebut mengandung cacat hukum, mengandung causa yang palsu. Karena perjanjian itu dibuat dengan pura-pura untuk menyembunyikan causa yang sebenarnya, yaitu hutang piutang dengan jaminan benda tidak bergerak, hal tersebut menurut Pasal 1335 BW adalah perjanjian yang terlarang dan tidak mempunyai kekuatan hukum.

Disebabkan Peggugat I tidak dapat melaksanakan kewajiban pelunasan sisa hutang, maka perkara ini kemudian di bawa ke Pengadilan Negeri Bukittinggi dan diputus yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap dengan perkara No. 08/PDT.BTH/2004/ PN.BT. Putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap tersebut dilaksanakan sehubungan dengan tidak terlaksananya isi Akta Perdamaian Penundaan Eksekusi No. 02/ PDT.EKS/2004/PN.BT. Pelaksanaan Lelang eksekusi merupakan pelaksanaan lelang yang kelima guna memenuhi Penetapan Ketua Pengadilan Negeri Bukittinggi No. 02/PDT.EKS/2004/PN.BT tanggal 12 Januari 2005 jo Penetapan Ketua Pengadilan Negeri Bukittinggi No.

O2/PDT.EKS/2004/PN.BT tanggal 5 Oktober 2005 jo Penetapan Ketua Pengadilan Negeri Bukittinggi No. O3/PDT.EKS/ 2006/PN.BT tanggal 4 Juli 2006, yang dimohonkan oleh Pengadilan Negeri Bukittinggi kepada Tergugat II untuk dilaksanakan lelang ulang.

Karena sebelum pelaksanaan lelang pada tanggal 16 Agustus 2006 terhadap objek perkara a quo telah disita oleh Jurusita Pengadilan Negeri Bukittinggi sesuai Berita Acara Sita Eksekusi No. 02/PDT.EKS/ 2004/PN.BT tanggal 15 September 2004 guna memenuhi Penetapan Ketua Pengadilan Negeri Bukittinggi No. 02/PDT.EKS/2004/PN.BT tanggal 10 September 2004 dan Termohon Eksekusi *in casu* Penggugat I dan Penggugat II sebelumnya telah diberi teguran dengan Berita Acara Aanmaning (Teguran) lanjutan No. O2/PDT.EKS/2004/PN.BT tanggal 29 Agustus 2005 yang merupakan tindak lanjut dari permohonan eksekusi PT. Bank Bukopin Cabang Syari'ah Bukittinggi No. 522/SBT-PIM/VIII/2005. Dengan demikian pelaksanaan lelang eksekusi tersebut telah sesuai dengan prosedur dan ketentuan yang berlaku.

Bahwa pemutusan perkara dan lelang eksekusi tersebut ditetapkan jauh sebelum Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama diberlakukan. Ketentuan peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan surut sehingga ketentuan Pasal 49 Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sehingga telah sesuai aturan hukum dan Pengadilan Agama Bukittinggi tidak memiliki kewenangan absolut dalam perkara ini.

Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 292 K/AG/2008 tanggal 9 Januari 2009, terdapat kekhilafan dan kekeliruan yang nyata oleh Majelis Hakim Kasasi, yaitu bahwa dalam Akad Al-Murabahah No. 2 Tanggal 2 Juli 2007 dan Akad Al-Murabahah No.43 Tanggal 27 Agustus 2003 yang telah disepakati oleh para Pemohon Peninjauan Kembali/para Penggugat dengan Termohon Peninjauan Kembali I/Tergugat I pada pasal 17 terdapat klausula Arbitrase, menyatakan: "Mengenai Akad ini dan segala akibat hukumnya kedua belah pihak merujuk kepada Badan Arbitrase Muamalat Indonesia dan memilih domisili hukum yang umum dan tetap di kantor panitera Pengadilan Negeri Bukittinggi"

Dengan adanya klausula arbitrase pada kedua Akad Al-Murabahah tersebut, maka menurut hukum hal tersebut harus dipatuhi dan dilaksanakan oleh para pihak yang berjanji, Tetapi dalam kasus ini pihak Termohon Peninjauan Kembali I/Tergugat I (Bank BUKOPIN Cabang Syariah Bukittinggi) tanpa melalui lembaga/Badan Arbitrase Muamalat Indonesia, langsung saja mengajukan permohonan sita eksekusi ke Pengadilan Negeri Bukittinggi untuk menyita objek jaminan kredit dalam hal ini Tanah Sertifikat Hak Milik No.311/Kelurahan Belakang Balok seluas 376 M2, GS.No.374/1996 berikut bangunan yang berada di atasnya.

Selanjutnya Pengadilan Negeri Bukittinggi telah mengeluarkan Penetapan No. 02/Pdt.Eks/2004/PN.Bkt, padahal apabila suatu perjanjian yang di dalamnya terdapat klausula arbitrase, maka Pengadilan Negeri akan menolak untuk mengadili masalah perjanjian tersebut, karena hal ini merupakan kompetensi

mutlak (keputusan Mahkamah Agung Tanggal 8 Februari 1982 No. 2424K/Sip/1981 dan No. 3992K/Pdt/1985). Berdasarkan alasan tersebut di atas, Majelis Hakim peninjauan kembali membatalkan putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 292 K/AG/2008 Tanggal 9 Januari 2009 dan mengabulkan gugatan para Pemohon Peninjauan Kembali/para Penggugat seluruhnya;

Bahwa Majelis Hakim Kasasi dalam putusnya No. 292 K/AG/2008 tanggal 9 Januari 2009 terdapat kekhilafan dan adanya kekeliruan yang nyata dalam memahami Akad Al-Murabahah yang terjadi antara para Pemohon Peninjauan Kembali/para Penggugat dengan Termohon Peninjauan Kembali I/Tergugat I. Jika ditinjau dengan hukum syariah Al-murabahah, maka akad Al-Murabahah yang terjadi antara para Pemohon Peninjauan Kembali/para Penggugat dengan Termohon Peninjauan Kembali I/Tergugat I tidaklah memenuhi hukum syari'ah tentang Al-Murabahah. (Vide Fatwa MUI No. 04/DSN-MUI/IV/2000, tanggal 1 April 2000 Tentang Murabahah), yang menjelaskan ketentuan pokok Murabahah adalah sebagai berikut:

- a) Harus ada akad Murabahah (jual beli) berbasis bebas riba;
- b) Barang yang diperjual belikan tidak haram;
- c) Bank membiayai sebagian atau seluruh atas barang, sesuai klasifikasi yang disepakati;
- d) Bank membeli barang atas nama Bank sendiri;
- e) Dalam hal Bank mewakilkan membeli barang kepada nasabah, akad murabahah dilakukan setelah Bank secara prinsip barang yang dibeli telah menjadi milik Bank;
- f) Bank menyampaikan semua informasi mengenai barang, termasuk mengenai pembelian dilakukan secara cash atau hutang;

Karena secara nyata, adanya barang yang diperjualbelikan dalam jual beli/Al-murabahah adalah sesuatu yang mutlak ada. Namun dalam hubungan hukum yang terjadi antara para Pemohon Peninjauan Kembali/ para Penggugat dengan Termohon Peninjauan Kembali I/Tergugat I aktenya atau akadnya disebut Al-murabahah namun yang dilaksanakan bukan hukum jual-beli Al-murabahah tetapi yang terjadi adalah Take Over Kredit. Berdasarkan pertimbangan di atas, maka permohonan peninjauan kembali yang diajukan oleh para Pemohon Peninjauan Kembali: H. Effendi bin Rajab dan kawan tersebut harus ditolak.

7. Putusan PA Bantul Nomor 80/MSA/BMT-ISU /P/III/2013

Penggugat dan Tergugat telah membuat dan menandatangani Akad Pembiayaan Musyarokah Nomor 80/MSA/BMT-ISU /P/III/2013. Jangka waktu akad tersebut adalah 15 (lima belas) bulan, terhitung sejak tanggal 26 Februari 2013 sampai dengan tanggal 26 Agustus 2014. Dalam Akad Pembiayaan Musyarokah tersebut disepakati bahwa Tergugat menerima pembiayaan sebesar Rp10.000.000,00 dari Penggugat untuk keperluan pembiayaan modal kerja.

Oleh karena akad pembiayaan tersebut berbentuk Musyarokah, maka masing-masing Penggugat maupun Tergugat memberikan kontribusi dana dengan ketentuan bahwa ketentuan dibagi berdasarkan kesepakatan. Sedangkan kerugian ditentukan menurut proporsi modal, dengan nisbah bagi hasil ditentukan sebesar

20% (dua puluh persen) untuk Penggugat selaku BMT dan 80% (delapan puluh dua persen) untuk Tergugat selaku Mudharib yang dihitung berdasarkan bagi laba (profit sharing) sebagaimana proyeksi pendapatan.

Proyeksi pendapatan keuntungan Tergugat sebesar Rp1.000.000,00 per bulan. Tergugat berkewajiban membayar kepada Penggugat sebesar: Angsuran Pokok: Rp10.000.000,00, bagi hasil: Rp3.000.000,00 Total: Rp13.000.000,00. Tergugat berkewajiban membayar angsuran pokok atas pembiayaan tersebut kepada Penggugat sebanyak 15 (lima belas) kali selama periode akad tersebut yakni sebesar Rp10.000.000,00, dan berkewajiban membayar bagi hasil kepada Penggugat untuk setiap bulan dengan jumlah sebesar Rp.200.000,00 untuk setiap bulannya dengan jangka waktu terhitung sejak tanggal 26 Februari 2013 sampai dengan tanggal 26 Agustus 2014 kepada Penggugat. Besaran seluruh angsuran untuk setiap bulannya adalah Rp866.666,00, dengan rincian: angsuran pokok: Rp666.666,00 dan Bagi hasil: Rp200.000,00. Untuk terpenuhinya hak Penggugat dalam Akad Pembiayaan dan Musyarokah, Tergugat telah meletakkan jaminan berupa simpanan pokok, simpanan wajib, tabungan, dan BPKB Nomor R 3185/CM/2010 atas nama Aminah.

Namun, sampai dengan gugatan diajukan, Tergugat hanya membayar angsuran pokok sebesar Rp.5.500.000,00 dan belum pernah membayar angsuran bagi hasil. Selama ini Penggugat telah cukup bersabar memberikan jangka waktu dan peringatan kepada Tergugat untuk memenuhi kewajibannya. Namun sampai dengan gugatan didaftarkan Tergugat juga belum melunasi kewajiban angsurannya.

Hal ini membuktikan Tergugat tidak memiliki iktikad baik untuk melunasi kewajiban pembayaran tunggakan angsuran. Berdasarkan Akad Pembiayaan yang telah disepakati ketika Tergugat tidak dapat memenuhi kewajibannya, maka jaminan sebagaimana disebutkan pada posita nomor 4 disita dan dijual guna pemenuhan utang Tergugat kepada Penggugat.

Dalam akad Perjanjian Pembiayaan Musyarokah antara Penggugat dan Tergugat Nomor 80/MSA/BMT-ISU/P/II/2013, pada pasal 3 Angka 6 Akad *a quo* berbunyi sebagai berikut: "Jika Mudharib lalai membayar apa yang harus dibayarkan berdasarkan perjanjian ini, baik pengembalian pokok maupun kewajiban-kewajiban lainnya, maka segala ongkos penagihan termasuk juga kuasa BMT, dibebankan kepada Mudharib."

Perjanjian tersebut dibuat berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak (Penggugat dan Tergugat) maka berdasarkan ketentuan Pasal 1338 KUHPerdara tersebut adalah sah dan mengikat kepada kedua belah pihak. Pembayaran *lawyer fee* sebesar Rp 2.000.000,- oleh BMT Insan Sadar Usaha kepada Sri Widodo, S.Fil., S.H. Mengenai besarnya ongkos/*lawyer fee* tersebut Majelis Hakim berpendapat wajar/tidak berlebihan, berdasarkan ketentuan pasal 1243 KUHPerdara akibat hukum bagi debitur yang telah melakukan wanprestasi adalah debitur diwajibkan membayar ganti kerugian yang telah diderita oleh kreditur.

Akibat dari wanprestasi yang dilakukan Tergugat maka Tergugat disamping harus membayar kerugian pokok pembiayaan dan bagian keuntungan/margin, juga harus membayar ongkos berupa *lawyer fee* tersebut kepada Penggugat. Penggugat telah memberikan dana pembiayaan kepada

Tergugat sebesar Rp10.000.000,00 untuk masa waktu kerja sama musyarokah selama 15 bulan, dengan margin/keuntungan yang harus diberikan kepada Penggugat sebesar Rp200.000,00 perbulan, sehingga jumlah margin yang harus diberikan kepada Penggugat adalah sebesar $15 \times \text{Rp}200.000,00 = \text{Rp}3.000.000,00$.

Tergugat telah membayar pokok pembiayaan sebesar Rp5.500.000,00 maka kewajiban Tergugat untuk membayar ganti rugi kepada Penggugat adalah terdiri dari sisa pokok pembiayaan yakni sebesar Rp4.500.000,00 + margin sebesar Rp3.000.000,00+ongkos/lawyer fee sebesar Rp2.000.000,00= Rp. 9.500.000,00, oleh karenanya petitum gugatan pada poin 4 yakni agar Tergugat dihukum untuk melakukan pembayaran ganti rugi telah dapat dikabulkan sebesar tersebut di atas.

8. Dra.Hj.Suharti, MM. Vs BPD Syariah cq PT Bank Pembangunan Daerah DIY (Putusan PA Bantul Nomor256/Pdt.G/2018/PA.Btl)

Perkara ini adalah perkara antara Para pihak Dra.Hj.Suharti, MM. dengan BPD Syariah cq PT Bank Pembangunan Daerah DIY sebagai Terlawan I, Ernawan Prajanti, S.H. sebagai Terlawan II, Kantor Badan Pertanahan Nasional Bantul DIY sebagai Terlawan III dan Kantor Hukum Dan Ham Wilayah DIY cq. Kementerian Hukum dan HAM R.I. sebagai Terlawan IV.

Pada tanggal 26-06-2014 Hj. Suhartini telah akad melakukan murabahah guna modal kerja dengan jaminan SHM no: 02883/ds Murtigading atas nama Haji Sukirno. Pelawan telah mengajukan modal kerja sesuai Akad Pembiayaan Berdasarkan Prinsip Murabahah No. 10 tanggal 26 Juni 2014 sebesar Rp 100.000.000,-dengan jaminan SHM No. 02883/Murtigading atas nama Sukirno dan Investasi untuk pembelian 2 unit bis Mercedes Benz dan Peremajaan Bus Parawisata Ratna Transport sebesar Rp 2.900.000.000,- (Akad Murabahah No. 11 Tanggal 26-06-2014).

PT. Bank Pembangunan memberikan pembiayaan kedua akad di atas kepada Terlawan.Pembiayaan modal kerja telah lunas pada tanggal 14/07/2016, tetapi SHM No. 02883/Murtigading tidak dikembalikan karena juga menjadi jaminan akad Murabahah No. 11.

Pada Akad Murabahah No. 11 Pasal 11 ayat 1.b disebutkan yang menjadi agunan "Sebidang Tanah dan Bangunan, Sertifikat Hak Milik Nomor: 02883/Murtigading". Selanjutnya pasal 11 ayat 2 disebutkan: "Pengikatan Agunan dengan obyek tanah dan bangunan dilakukan secara sempurna dengan Hak Tanggungan Peringkat I (pertama) senilai Rp 641.000.000,-. Pada Sertifikat Hak Tanggungan Nomor: 02472/2014 Tanggal 04- 08-2014 dan Akta Pemberian Hak Tanggungan Nomor: 86/2014 Tanggal 03-07-2014 disebutkan Akad Pembiayaan yang dibuktikan dengan Akta Akad Pembiayaan Berdasarkan Prinsip Murabahah Nomor 10 dan Akta Akad Pembiayaan Berdasarkan Prinsip Murabahah Nomor 11, yang dibuat dihadapan Notaris. Jika ditotal utang Nasabah sejumlah Rp 3.000.000.000,00 (akad no. 10 dan no. 11).

Sedangkan Akad Pembiayaan Berdasarkan Prinsip Murabahah No. 11 tanggal 26-06-2014 yang dibuat dihadapan Ernawan Prajanti, SH. MKn., Notaris di Kab. Bantul menyebutkan total harga beli Rp 3.645.400.000, dengan margin bank Rp 884.500.000,harga jual Rp 4.529.900.000, uang muka atau urbun Rp

745.400.000, piutang murabahah Rp 3.784.500.000, pembiayaan bank Rp 2.900.000.000, biaya administrasi Rp 7.500.000,

Pada Akad Murabahah No. 11 tanggal 26-06-2014 disebutkan : “Nasabah berjanji dan dengan ini mengikatkan diri kepada Bank untuk membayar kembali secara tunai dan sekaligus seluruh pembiayaan murabahah kepada bank sebagaimana tersebut pada pasal 3 Akad Murabahah dalam jangka waktu 60 (enam puluh) dengan angsuran setiap bulan adalah sebagai berikut: a. Bulan pertama (1) sampai dengan bulan keenam (6) adalah sebesar Rp. 25.000.000,00; b. Bulan ketujuh (7) sampai dengan bulan kedelapan belas (18) adalah sebesar Rp. 40.000.000,00; c. Bulan kesembilan belas (19) sampai dengan bulan kelima puluh sembilan (59) adalah sebesar Rp. 75.107.000,00, d. Bulan keenam puluh (60) adalah sebesar Rp. 75.113.000,00. Jumlah angsuran telah disepakati Pelawan dan Terlawan I secara bertahap naik karena produktifitas 2 (dua) unit bus sebagai alat Investasi akan optimal dalam memperoleh pasar secara bertahap.

Pelawan beralasan tidak dapat membayar karena sektor angkutan pariwisata sedang lesu. Tetapi menurut Terlawan I hanya sementara lesu, dan telah lama membaik kembali. Namun, sampai dengan bulan April 2018 Pelawan tidak ada membayar kewajiban angsurannya kepada Terlawan I. malahan pengakuan Pelawan angsuran yang telah dibayar kepada Terlawan I sebesar Rp 705.107.000,00 sementara jumlah itu sama dengan angsuran yang ke-19 (sembilan belas). Sedangkan sampai bulan April 2018 adalah angsuran yang ke-46 (empat puluh enam), terdapat 27 (dua puluh tujuh) kali tunggakan angsuran sampai dengan bulan April 2018 yaitu sebesar Rp 2.027.889.000,00. Jumlah angsuran seharusnya sampai bulan ke-46 Rp.2.732.996.000,00 sedangkan jumlah angsuran yang telah Pelawan bayar hanya Rp. 705.107.000,00.

Oleh karenanya Jumlah Tunggakan Angsuran Pelawan kepada Terlawan I adalah sebesar Rp.2.027.889.000,00. Terlawan memberikan Surat Peringatan 1, 2, dan 3 oleh karena telah beberapa kali wanprestasi atau tidak menepati komitmen atau janji yang telah dibuatnya dan Pelawan tidak pernah kooperatif dalam menyelesaikan kewajiban hukumnya sehingga Terlawan I tanggal 13 Januari 2017 mengajukan perlawanan Eksekusi Hak Tanggungan dan Fidusia melalui Pengadilan Agama Yogyakarta dengan register perkara No. 01/Pdt.Eks/2017/PA.Yk.

Bahwa berdasarkan pasal 49 UU Nomor 3 tahun 2006 tentang perubahan atas UU nomor 7 tahun 1989 tentang peradilan agama, justru kompetensi absolut Pengadilan Agama; maka pelaksana eksekusi adalah Pengadilan Agama Bantul bukan Pengadilan Agama Yogyakarta maka sudah benar Perlawanan Sita Eksekusi di Pengadilan Bantul, sesuai keberadaan obyek jaminan yang disita (kompetensi relatif).

Berdasarkan dari bantahan Pelawan, majelis berpendapat bahwa pengajuan perlawanan sita eksekusi justru tidak tepat apabila diajukan setelah eksekusi telah selesai dilaksanakan, tetapi yang tepat adalah diajukan sebelum eksekusi dilaksanakan. Sebab kalau eksekusi telah selesai dilaksanakan maka upaya hukumnya adalah dengan mengajukan gugatan baru.

Terlawan dalam eksepsinya juga menyatakan bahwa perlawanan Pelawan *obscuur libel* karena adanya kontradiksi atau setidaknya terjadi saling

bertentangan dan tidak saling mendukung antara posita dengan petitum atau kontradiksi antara petitum satu dengan petitum yang lain, diantaranya dalam perlawanan sita eksekusi, Pelawan juga mengajukan tuntutan Akad pembiayaan Murabahah No. 11 dapat dilanjutkan pelunasan secara angsuran dengan kemampuan bayar Pelawan dan seterusnya, yang dipertegas kembali dalam posita maupun petitum perlawanannya.

Perlawanan eksekusi bertujuan untuk menunda atau membatalkan eksekusi. Hal ini sebagaimana dinyatakan oleh M. Yahya Harahap, S.H. dalam bukunya: Ruang Lingkup Permasalahan Eksekusi Bidang Perdata, Penerbit PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1995, halaman 396. Dalam perlawanannya ternyata Pelawan juga menuntut pengembalian SHM Nomor 02883 atas nama H. Sukirno dan menyatakan sertifikat fiducia dan sertifikat hak tanggungan bertentangan dengan system syariah dan jual beli murabahah.

Dalam perlawanannya pada Pelawan juga mempermasalahkan Akta Jaminan Fiducia dan Akta Hak Tanggungan, dan Pelawan mendalilkan banyak kesalahan nominal yang sangat merugikan Pelawan. Terkait dengan permasalahan akad dan kesalahan perhitungan antara Pelawan dengan Terlawan, oleh karena Terlawan bertempat kedudukan di wilayah hukum Pengadilan Agama Yogyakarta maka sesuai asas *actor scuitur forum rey*, Pengadilan Agama Bantul tidak berwenang untuk menilai atau mengadilinya. Oleh karena telah ternyata adanya tuntutan lain selain tuntutan perlawanan, maka perlawanan Pelawan menjadi tidak jelas/kabur (*obscur libel*).

Terlepas dari dalil eksepsi Terlawan sebagaimana di atas, majelis perlu mempertimbangkan berkenaan dengan pihak-pihak yang menjadi subyek hukum dalam perkara *aquo*. Menurut pendapat ahli hukum M. Yahya Harahap, S.H. dalam bukunya: Ruang Lingkup Permasalahan Eksekusi Bidang Perdata, Penerbit PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1995, halaman 396 yang kemudian diambil alih sebagai pendapat majelis, bahwa perlawanan yang datang dari pihak terekskusi sendiri, maka yang menjadi subyek gugat perlawanan persis sama dengan pihak-pihak yang terdapat dalam perkara yang hendak dieksekusi. Ternyata Pelawan dalam mengajukan perlawanannya terhadap sita eksekusi perkara Nomor 001/Pdt.Eks/2017/PA.Yk. tidak hanya melibatkan Terlawan I saja sebagai Pemohon Eksekusi pada perkara tersebut, tetapi melibatkan pihak lain yakni Terlawan II, Terlawan III dan Terlawan IV yang tidak terlibat dalam permohonan eksekusi perkara tersebut, sehingga terjadi kelebihan/kekeliruan pihak Terlawan (diskualifikasi in person).

Bahwa berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut di atas maka dalil-dalil eksepsi Termohon I telah terbukti beralasan hukum, sehingga dapat dikabulkan dan oleh karenanya Perlawanan Pelawan harus dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijke verklaard*).

9. April Suryono, S.T. sebagai Penggugat dengan PT. Bank Pembiayaan Rakyat Syari'ah Bangun Drajat (Putusan Nomor 188/Pdt.G/2018/PA.Btl)

Perkara terjadi antara April Suryono, S.T. sebagai Penggugat dengan PT. Bank Pembiayaan Rakyat Syari'ah Bangun Drajat sebagai Tergugat. Keduanya telah melakukan Perjanjian Pembiayaan modal kerja akad mudharabah prinsip

syirkah bagi hasil berdasarkan Perjanjian Pembiayaan Nomor:10610/MDA/VIII/2012 dan Perjanjian Pembiayaan Nomor: 10013/MBA/XII/2011, telah disepakati bersama.

Dalam akad tersebut Penggugat menjaminkan Sertifikat Hak Milik Nomor 282, Surat Ukur Nomor 4448, tanggal 25 Juli 1986, Seluas 120 M Persegi dan Sertifikat Hak Milik Nomor 283, Surat Ukur Nomor 4449, tanggal 25 Juli 1986, Seluas 120 M Persegi.

Sesuai akad perjanjian Penggugat menerima pembiayaan sebesar Rp. 300.000.000 untuk usaha/proyek pembangunan perumahan dan disepakati nisbah bagi hasil dengan rincian untuk Penggugat sebesar 84,2% dan Tergugat sebesar 15,8% dari proyeksi pendapatan atau keuntungan sebesar 398.809.000. Dimana jangka waktu penggunaan modal oleh Penggugat Konvensi tersebut berlangsung selama 12 (dua belas) bulan.

Akan tetapi selama penggunaan modal tersebut selama jangka waktu 12 (dua belas) bulan yang seharusnya sesuai perjanjian tiap bulan Penggugat Konvensi/Tergugat Rekonvensi membayar dan mengangsur bagi hasil sebesar Rp.5.250.000, (lima juta dua ratus lima puluh ribu rupiah), dan telah disepakati bersama adanya pengurangan pokok pembiayaan sebesar Rp.50.000.000, apabila setiap kapling tanah terjual, akan tetapi sampai dengan pengajuan lelang melalui perantara Kantor Pelayanan Kekayaan Negara dan Lelang (KPKNL) Yogyakarta tertanggal 22 september 2016, Penggugat Konvensi/Tergugat Rekonvensi tidak pernah mempunyai iktikad baik untuk menyelesaikan apa yang menjadi kewajibannya terhadap PT BPRS Bangun Drajat Warga selaku Shohibul Maal.

Dalam perjalanan ternyata ada beberapa tanah kapling yang laku terjual yaitu 3 (tiga) unit kapling rumah dari 4 unit yang sudah dibangun, akan tetapi Penggugat Konvensi tidak melakukan pembayaran sesuai kesepakatan bersama yaitu akan membayar kepada Penggugat Rekonvensi angsuran pokok sebesar Rp. 50.000.000,- (lima puluh juta rupiah) apabila setiap kapling tanah terjual.

Untuk menjamin perjanjian ini Penggugat mengasuransikan jiwa di asuransi Askrida dengan syarat dan ketentuan berlaku yang ditetapkan oleh pihak Asuransi. Penggugat Konvensi Rekonvensi tidak memahami hakikat dari pembiayaan Mudharabah yaitu bahwa dalam perjanjian Pembiayaan Nomor:10610/MDA/VIII/2012 secara jelas dan gamblang dan telah disepakati bersama bahwa bank berjanji dan dengan ini mengikatkan diri untuk menanggung seluruh kerugian yang timbul dalam perjanjian Pembiayaan tersebut kecuali, apabila kerugian tersebut terjadi karena ketidakjujuran dan/atau kelalaian nasabah sebagaimana yang diatur dalam pasal 10 dan/atau pelanggaran yang dilakukan nasabah atas syarat-syarat sebagaimana diatur dalam Pasal 11 perjanjian Pembiayaan tersebut.

Apabila kemudian ada kerugian yang ditimbulkan, oleh karenanya pihak Penggugat Rekonvensi tidak akan menanggung kerugian tersebut oleh dikarenakan Penggugat Konvensi telah melanggar isi dari perjanjian, lalai, dan melakukan kesalahan yang disengaja. Kesalahan tersebut yaitu:

- a) Penggugat Konvensi tidak melaksanakan pembayaran atas kewajiban kepada bank sesuai dengan saat yang ditetapkan dalam Pasal 2 dan/ atau Pasal 5 perjanjian Pembiayaan Nomor:10610/MDA/VIII/2012, bahkan

sampai dengan diajukannya gugatan lelang melalui perantara Kantor Pelayanan Kekayaan Negara dan Lelang (KPKNL) Yogyakarta Penggugat Konvensi tidak mempunyai iktikad baik untuk menyelesaikan apa yang menjadi kewajibannya terhadap PT BPRS Bangun Drajat Warga selaku Shohibul Maal.

- b) Penggugat Konvensi/ tidak memenuhi dan /atau melanggar salah satu ketentuan atau lebih sebagaimana ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam pasal 10 perjanjian Pembiayaan Nomor:10610/MDA/VIII/2012, yaitu dalam hal ini Penggugat Konvensi ternyata dalam keadaan bersengketa dengan ahli waris pemilik tanah yang menjadi agunan/ jaminan di bank.
- c) Penggugat Konvensi menggunakan pembiayaan/modal yang diberikan bank diluar tujuan atau rencana kerja yang telah mendapat persetujuan tertulis dari bank, yang seharusnya penggunaan modal tersebut guna membeli lahan perumahan berlokasi disleman, ternyata lahan tersebut dibeli oleh pihak lain yaitu Notaris dan PPAT Nina Karlin, SH beralamat di Jl Magelang Km 14.5 Ngangkruk, Caturharjo, Sleman.
- d) Penggugat Konvensi memindahkan kedudukan/lokasi barang maupun barang jaminan dari kedudukan/lokasi barang itu semula atau sepatutnya berada, dan/atau mengalihkan hak atas barang atau barang jaminan yang bersangkutan kepada pihak lain, dalam hal ini penggugat konvensi/tergugat rekonsensi telah mengambil jaminan ditempat di Notaris Esti Anna Widarsih, SH, Notaris dan PPAT di Yogyakarta, yang seharusnya jaminan tersebut menjadi hak bank selaku pemegang jaminan akan tetapi diambil Penggugat Konvensi/Tergugat Rekonsensi tanpa adanya persetujuan dari Penggugat Rekonsensi, oleh karenanya pihak Penggugat Rekonsensi/Tergugat Konvensi mengalami kerugian untuk itu.
- e) Penggugat Konvensi tidak mengembalikan seluruh jumlah pokok pembiayaan berikut bagian dari pendapatan/keuntungan bank, sesuai dengan nisbah bagi hasil pada saat jatuh tempo sebagaimana ditetapkan dalam perjanjian Pembiayaan Nomor:10610/MDA/VIII/2012 dan atau lampiran yang diletakkan pada dan karenanya menjadi satu kesatuan yang tidak terpisahkan dari perjanjian Pembiayaan Nomor:10610/MDA/VIII/2012, Bahkan pada perjanjian pembiayaan No 10013/MBA/XII/2011 Penggugat Konvensi/Tergugat Rekonsensi belum menyelesaikan seluruh kewajibannya dan masih menyisakan tunggakan margin sebesar Rp. 17.490.700,-,(tujuh belas juta empat ratus sembilan puluh ribu tujuh ratus rupiah), sampai dengan perkara ini diperiksa di Pengadilan Agama Bantul belum dibayarkan oleh pihak Penggugat Konvensi/Tergugat Rekonsensi.
- f) Oleh karena Penggugat Konvensi telah melakukan kesalahan yang disengaja, lalai atau menyalahi perjanjian maka segala kerugian akibat dari mudharabah menjadi tanggung jawab dari Penggugat Konvensi/Tergugat Rekonsensi, (Vide Fatwa Dewan Syariah Nasional No.07/DSNMUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Mudharabah Dictum pertama angka ke 6).

Bersamaan dengan pengajuan jawaban Tergugat telah mengajukan eksepsi yang pada pokoknya mengenai gugatan penggugat kurang pihak (Plurium Litis

Consortium). Dengan dasar dan alasan diantaranya bahwa sebagaimana tertera dalam Perjanjian Pembiayaan Nomor : 10610/MDA/VIII/2012 dan Perjanjian Pembiayaan Nomor: 10013/MBA/XII/2011, telah disepakati bersama bahwa Penggugat dalam melakukan perjanjian pembiayaan tersebut mendapatkan persetujuan dari istrinya yang bernama Ny. Amrinarsih. Atas persetujuan dari pemilik jaminan yang bernama Saridjo Oetomo dan Ny. Tasrini, maka Seharusnya pihak yang tersebut dalam perjanjian selaku Mudharib dijadikan pihak dalam perkara Aquo.

Dengan demikian Gugatan Penggugat Konvensi adalah kurang pihak, dan Gugatan yang demikian adalah Gugatan yang tidak dapat diterima, Yurisprudensi MARI No. 201K/Sip/1974 tanggal 28 Januari 1976, yang menyatakan bahwa: Suatu gugatan yang tidak lengkap para pihaknya dengan pengertian masih terdapat orang-orang/badan hukum lain yang harus ikut digugat, tetapi tidak diikutkan maka gugatan demikian dinyatakan tidak dapat diterima".

Bahwa berdasarkan hal ini terbukti Tergugat dan Penggugat telah melakukan transaksi/akad mudharabah yang ditanda tangani oleh Penggugat dan Tergugat, seorang yang ikut bertanggungjawab bernama Ny. Amrinarsih, serta pemilik Jaminan bernama Saridjo Oetomo dan Ny. Tasrini.

Keikutsertaan tanda tangan ketiga orang dalam akad tersebut, yakni Ny. Amrinarsih sebagai orang yang ikut bertanggungjawab, serta Saridjo Oetomo dan Ny. Tasrini sebagai pemilik Jaminan, merupakan keterlibatan yang sangat menentukan terhadap berlangsungnya akad tersebut, sehingga manakala terjadi permasalahan hukum terhadap akad atau akibat dari adanya akad tersebut, maka ketiga orang itu harus terlibat pula.

Dalil Penggugat yang menyatakan tidak menjadikan istri (Ny. Amrinarsih) sebagai pihak dikarenakan dalam perjanjian pembiayaan belum mendapat persetujuan dari istri Penggugat adalah bertentangan dengan bukti-bukti di atas.

Dalil bantahan Penggugat yang menyatakan tidak menjadikan pemilik jaminan yang bernama Saridjo Oetomo yang merupakan orang tua penggugat sebagai pihak penggugat dikarenakan telah meninggal dunia pada tahun 2016. Berdasarkan hal itu dalil tersebut dapat dibenarkan.

Dalil bantahan Penggugat yang menyatakan tidak menjadikan istri pemilik jaminan yang bernama Ny Tasrini yang merupakan orang tua penggugat sebagai pihak penggugat dengan pertimbangan kemanusiaan dikarenakan telah berusia 83 Tahun dan dalam keadaan sakit sakitan ditakutkan akan memperparah kondisi kesehatan jika mengetahui adanya perkara a quo adalah tidak beralasan hukum. Keadaan tua dan sakit seseorang tidak menghilangkan hak dan kewajiban kebendaan seseorang.

Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan di atas, maka Penggugat dalam mengajukan gugatan wanprestasi harus melibatkan istri Penggugat (Ny. Amrinarsih) dan orang tua Penggugat bernama Ny Tasrini yang secara nyata terlibat dalam transaksi/akad tersebut. Sedangkan Saridjo Oetomo meskipun ikut terlibat tetapi karena pada saat diajukannya gugatan ini telah meninggal dunia maka tidak dilibatkan.

Dengan tidak dilibatkannya istri Penggugat (Ny. Amrinarsih) dan orang tua Penggugat bernama Ny Tasrini sebagai pihak dalam perkara ini maka gugatan

Penggugat menjadi tidak lengkap subyeknya/kurang pihaknya (*plurium litis consortium*) sebagaimana yurisprudensi Putusan MA Nomor 621K/Sip/1975 tanggal 25 Mei 1977.

Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan di atas maka dalil eksepsi Tergugat telah terbukti berdasarkan hukum sehingga eksepsi Tergugat dapat dikabulkan, sedangkan dalil bantahan Penggugat tidak beralasan hukum sehingga dikesampingkan;

Oleh karena eksepsi Tergugat dikabulkan, maka gugatan Penggugat dinyatakan tidak dapat diterima (*niet onvankelijke verklaard*). Bahwa sebagaimana dipertimbangkan dalam eksepsi bahwa gugatan Penggugat Konvensi dinyatakan kurang pihak (*plurium litis consortium*) sehingga gugatan tersebut dinyatakan tidak dapat diterima (*niet onvankelijke verklaard*). Dalam gugatan rekonvensi para pihaknya sama dengan dalam gugatan konvensi, dengan demikian maka kekurangan pihak terjadi pula dalam gugatan rekonvensi, dimana seharusnya selain Penggugat Konvensi masih ada orang lain sebagaimana tersebut dalam pertimbangan dalam eksepsi yang harus dijadikan sebagai pihak Tergugat Rekonvensi. Oleh karena itu pertimbangan hukum dalam eksepsi secara mutatis mutandis dianggap sebagai pertimbangan hukum juga dalam Rekonvensi maka gugatan Tergugat Konvensi harus pula dinyatakan tidak dapat diterima (*niet onvankelijke verklaard*).

BAB V

KONFIGURASI/MODEL TEORI HUKUM EKONOMI SYARIAH DI INDONESIA

Bab V membahas tentang konfigurasi atau model teori hukum ekonomi syariah di Indonesia. Berdasarkan hasil penelitian tentang teori hukum ekonomi syariah serta bentuk-bentuk teori hukum ekonomi syariah yang digunakan dalam tataran konseptual dan praktis diperoleh model atau konfigurasi teori hukum ekonomi syariah di Indonesia. Lalu, bab ini akan menawarkan model teori hukum ekonomi syariah seperti apa yang tepat di Indonesia.

A. Teori Hukum Ekonomi Syariah yang Bercorak Fikih Muamalah

Dalam tataran teoritik dan praktik model teori hukum ekonomi syariah di Indonesia masih terikat dengan konsep fikih muamalah secara umum. Fikih muamalah yang dimaksud adalah konsep-konsep yang berkaitan dengan akad-akad pada umumnya, seperti akad *al-bay*, murabahah, mudharabah, musyarakah, ijarah, ijarah muntihya bitamlik dan seterusnya. Akad-akad yang terdapat pada fikih muamalah selanjutnya terdapat atau dipositivikasi pada peraturan perundang-undangan, baik setingkat undang-undang, peraturan Bank Indonesia (BI), Peraturan OJK dan lain sebagainya.

Di peradilan agama, dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syariah, para hakim menggunakan dalil yang terdapat pada aturan-aturan yang sudah ada. Peraturan-peraturan yang ada seperti peraturan perbankan, peraturan Otoritas Jasa Keuangan (OJK), Peraturan Bank Indonesia (PBI), Surat Edaran Bank Indonesia (SEBI), Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) dan peraturan lainnya yang berkaitan dengan ekonomi syariah. Secara umum, bahwa teori hukum yang terdapat dalam berbagai peraturan tersebut cukup memadai sebagai landasan dalam menyelesaikan masalah hukum ekonomi syariah.⁵⁸³

Lebih dari itu, Fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN) MUI adalah rujukan penting dalam memutuskan ekonomi syariah. Hanya saja belum semua fatwa DSN-MUI belum menjadi hukum positif, kedudukannya hanya sebagai sumber hukum positif, dimana hukum perbankan, asuransi dan lainnya merujuk pada fatwa DSN MUI. Fatwa DSN MUI dapat menjadi hukum positif ketika ditransformasi menjadi undang-undang peraturan Otoritas Jasa Keuangan (OJK), Surat Ederan Bank Indonesia dan seterusnya. Jika telah dipositivikasi barulah menjadi pedoman mengikat bagi para pelaku usaha di bidang ekonomi syariah.

Hal ini sejalan dengan pendapat Yeni Salma Barlinti yang menyebutkan bahwa Fatwa DSN-MUI tidak mengikat bagi hakim atau para pihak dalam menggunakannya. Fatwa DSN-MUI ini bersifat mengikat jika diserap ke dalam peraturan perundang-undangan. Namun pada hakikatnya fatwa yang dikeluarkan DSN-MUI merupakan hukum positif yang mengikat, sebab keberadaannya sering diligitimasi lewat peraturan perundang-undangan oleh lembaga pemerintah,

⁵⁸³ Wawancara dengan Hakim Ketua Ulil Absyar, Hakim PA Yogyakarta, pada tanggal 28 dan 29 Oktober 2019 di Yogyakarta.

sehingga harus dipatuhi oleh para pelaku ekonomi Syariah.⁵⁸⁴ Oleh karena itu, salah satu hal yang penting dilakukan ke depan adalah positivisasi fatwa DSN-MUI menjadi peraturan perundang-undangan apakah setingkat undang-undang, ataupun peraturan perundang-undangan di bawah itu.⁵⁸⁵

Yang menjadi persoalan adalah sifat khas fatwa adalah terdapat permintaan untuk memberikan hukum. Sebab, Fatwa DSN MUI tentang ekonomi syariah sangat berkaitan dengan kebutuhan dan permintaan pasar. Dengan kata lain, terdapat permintaan dahulu dari pasar apakah produk tersebut sesuai syariah atau tidak, baru kemudian dikeluarkan fatwa DSN tersebut. Sifatnya yang berkembang dan tidak menentu terbitnya menyebabkan proses positivisasi sulit dilakukan disamping hal yang paling penting adalah *political will* pemerintah dan sikap politik Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dalam hal pengesahkan undang-undang.

Temuan dalam penelitian ini, bahwa disamping melihat Fatwa DSN MUI, para hakim tetap merujuk kitab-kitab fiqh yang *mu'tabar* sepanjang tidak bertentangan dengan kaidah-kaidah hukum yang ada.

Sedangkan dalam wilayah hukum privat, hukum ekonomi syariah berdasarkan kesepakatan para pihak yang melakukan perjanjian. Berdasarkan teori akad, akad yang sudah disepakati dan dibuktikan dengan tandatangan para pihak adalah sah dan menjadi hukum bagi kedua belah pihak yang biasa disebut dengan *facta sunt servanda*. Namun demikian, jika kesepakatan yang telah ditandatangani ternyata terdapat masalah, seperti bertentangan dengan syariah maka akad itu boleh di revisi selama belum terjadi transaksi. Jika transaksi telah terjadi diantara kedua belah pihak maka tidak bisa lagi direvisi dan berlaku bagi keduanya atau para pihak. Hal ini terjadi pada perkara hukum ekonomi syariah yang telah diputuskan di Pengadilan.

Dalam Putusan Nomor 88 K/AG/2017 terdapat kasus dimana seorang nasabah dan bank yang telah menyepakati sebuah perjanjian pembiayaan, dimana pihak nasabah memperoleh hak mendapatkan dana, dan tentunya berkewajiban untuk membayar cicilan setiap bulan. Namun, dalam perjalanan waktu, setelah melakukan pembayaran beberapa kali, nasabah mengajukan gugatan dengan mendalilkan akad murabahah tidak memenuhi syarat murabahah.

Dalam melihat perkara ini, hakim berpendapat bahwa seharusnya gugatan terhadap akad murabahah bukan setelah terjadinya kesepakatan, namun sebelum terjadinya kesepakatan. Dalam perkara ini penggugat dapat dikategorikan sebagai pihak yang beritikad tidak baik sehingga tidak wajib dilindungi secara hukum.⁵⁸⁶ Jika Penggugat tetap dilindungi maka akan menjadi preseden buruk yang merusak tatanan lembaga keuangan syari'ah. Padahal debitur/Penggugat telah mendapat dana dari kreditur dengan dana pinjaman murni (*qardul hasan*). Jika terdapat syarat yang dianggap tidak sesuai, maka pulangkan dahulu uang tersebut, baru kemudian membicarakan tentang akad. Berdasarkan kasus di atas, kita dapat

⁵⁸⁴ Yeni Salma Barlinti, Kedudukan Fatwa Dewan Syariah Nasional dalam Sistem Hukum Nasional, Desertasi S3 Universitas Indonesia, Tahun 2010.

⁵⁸⁵ Wawancara dengan Ketua Hakim PA Bantul pada tanggal 29 Oktober 2019.

⁵⁸⁶ Wawancara dengan Hakim Mahkamah Agung, Amran Suedi, Tanggal 21 September 2019 di Mahkamah Agung RI

melihat siapa yang beriktikad baik dan memilah yang mana lebih syar'i, apakah orang yang berakad atau orang yang tidak mau bayar hutang. Pada kasus ini, uang tersebut adalah uang wadhiah dari pihak ketiga.

Perkara ini diawali pemberian hibah orang tua kepada anaknya. Setelah menerima harta hibah, sang anak mengurus sertifikat hak tanah ke Badan Pertahanan Nasional (BPN) yang kemudian mendapatkan sertifikat hak milik (SHM) yang kemudian dijadikan agunan untuk mendapatkan pembiayaan ke bank BRI syariah. Tenor pembiayaan selama 10 tahun. Setelah lima tahun berjalan, nasabah tidak mampu membayar lagi. Atas kejadian ini, oleh si ayah diajukan perkara ini ke Mahkamah Syariah untuk pembatalan hibah. Oleh Mahkamah Syariah dibatalkan hibah tersebut dan dibatalkan pula akad.

Menurut Mahkamah Agung, putusan hakim adalah keliru, sebab hibah telah terjadi dan tanah tersebut telah menjadi milik sang anak secara sempurna. Hibah bisa dibatalkan ketika di roya dahulu, setelah itu baru batalkan hibahnya. Begitu masuk dalam tanggungan maka pemiliknya berubah yakni adalah bank. UU pasal 6 dijelaskan bahwa eksekusi hak tanggungan ada tiga yaitu: parade langsung, bawah tangan atau pihak pengadilan.⁵⁸⁷

Teori akad juga dapat dilihat dalam Putusan Nomor 573 K/AG/2016 dalam hal pelelangan objek agunan hutang. Bahwa, jika nasabah yang terikat akad murabahah dengan bank terbukti tidak membayar angsuran hutang sesuai *aqad* yang disepakati, serta pihak bank telah memperingatkan surat peringatan sebanyak 3 (tiga) kali agar membayar hutang/angsurannya namun tidak diindahkan, maka perbuatan nasabah tersebut dikategorikan sebagai perbuatan *wanprestasi*.⁵⁸⁸ Oleh karena telah *wanprestasi*, maka pelelangan obyek agunan hutang oleh nasabah terhadap obyek jaminan sesuai dengan prosedur yang berlaku yang dilakukan oleh instansi yang berwenang melakukan lelang sesuai dengan ketentuan, maka pelelangan tersebut tidak termasuk dalam unsur perbuatan melawan hukum.

B. Teori Hukum Ekonomi Syariah yang Bercorak Ushul Fiqh

Dalam tataran teoritik dan praktik model teori hukum ekonomi syariah di Indonesia menggunakan ushul fiqh. Pada hakikatnya, fikih yang merupakan hasil pemahaman seorang jurisdik dengan menggunakan "alat" ushul fiqh. Dalam konteks ini, ushul fiqh yang dimaksud adalah teori hukum selain yang berasal dari Al-Quran dan Hadis. Penggunaan teori ushul fiqh dapat dilihat dalam berbagai bentuk kasus dan isu hukum yang dibahas.

1. Teori mashlahah dalam Praktek

Teori mashlahah digunakan oleh Zaitun dalam disertasinya yang berjudul *Prinsip Keadilan Dalam Asuransi Syariah dan Penerapannya di Indonesia*, pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia (UI) Tahun 2017. Disertasi ini ingin melihat praktek asuransi syariah di Indonesia. Teori mashlahah digunakan dalam

⁵⁸⁷ Harta gono gini juga selama masih dalam anggunan bank harus ditolak (NO) karena tidak bisa dieksekusi. Bank mempunyai hak preverensi (didahulukan) dan juga mempunyai hak eksekusi langsung. Wawancara dengan Hakim Mahkamah Agung, Amran Suedi, Tanggal 21 September 2019 di Mahkamah Agung RI

⁵⁸⁸ Putusan Nomor 573 K/AG/2016.

berbagai bentuk dan praktek asuransi. Teori mashlahah dapat dilihat dalam bentuk hukum asuransi dan tata kelola asuransi, kepemilikan perusahaan asuransi syariah.

Teori masalah juga dapat diterapkan dalam hal melindungi pemegang polis, bertanggung serta peserta serta model-model asuransi syariah. Adapun model-model asuransi syariah adalah model hibah, model wakalah bil ujah, model mudharabah musyarakah. Di akhir, teori mashlahah menawarkan model *takaful ijtima'i* sebagai alternative asuransi syariah di masa depan yang berkeadilan.⁵⁸⁹

Konsep mashlahah menjadi teori yang paling banyak digunakan dalam Fatwa DSN-MUI. Terdapat konsep mashlahah dalam fatwa DSN MUI tentang ekonomi syariah diantaranya:

Pertama, fatwa tentang Giro.⁵⁹⁰ Fatwa DSN MUI menjadikan salah satu dasar pengeluaran fatwa tentang giro berdasarkan *mashlahat*. Mashlahat yang menjadi dasar Fatwa DSN tentang Giro terdapat dua hal yakni, pertama, adanya keperluan masyarakat dalam peningkatan kesejahteraan dan dalam bidang investasi, pada masa kini, keperluan terhadap jasa perbankan yang salah satunya adalah giro.⁵⁹¹ Kedua, dalam kenyataan banyak orang yang mempunyai harta namun tidak mempunyai kepandaian dalam usaha memproduktifkannya, sementara itu tidak sedikit pula orang yang tidak memiliki harta namun ia mempunyai kemampuan dalam memproduktifkannya. Oleh karena itu diperlukan adanya kerjasama di antara kedua pihak tersebut.⁵⁹²

Kedua, fatwa tentang tabungan.⁵⁹³ Fatwa DSN MUI menjadikan salah satu dasarnya berdasarkan *mashlahah*. Terdapat bentuk mashlahat yang menjadi dasar keluarnya fatwa tentang tabungan yakni terdapat keperluan masyarakat dalam peningkatan kesejahteraan dan dalam penyimpanan kekayaan, pada masa kini, memerlukan jasa perbankan yang salah satu produk perbankan di bidang penghimpunan dana dari masyarakat adalah tabungan.⁵⁹⁴

Ketiga, fatwa DSN-MUI tentang *tawarruq*.⁵⁹⁵ Fatwa DSN MUI tentang tawarruq dilandasi pada tiga (3) mashlahah yakni, *pertama*, bahwa di kalangan masyarakat dan Lembaga Keuangan Syariah muncul kebutuhan untuk melakukan perdagangan komoditi yang memenuhi prinsip syariah di Bursa. *Kedua*, bahwa dalam merespon kebutuhan tersebut, Bursa memerlukan landasan syariah untuk menyusun peraturan dan tata tertib (PTT) dan menyediakan sistem yang sesuai dengan prinsip syariah dalam pelaksanaan perdagangan komoditi. Ketiga, dalam rangka memperkuat landasan *mashlahah*, fatwa DSN MUI mengutip pendapat Al-

⁵⁸⁹ Zaitun Abdullah, *Prinsip Keadilan dalam Asuransi Syariah dan Penerapannya di Indonesia*, Ringkasan Disertasi (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2017), Hlm. 109

⁵⁹⁰ Fatwa Dewan Syariah Nasional, Nomor: 01/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Giro, hlm. 1.

⁵⁹¹ Giro adalah simpanan dana yang penarikannya dapat dilakukan setiap saat dengan penggunaan cek, bilyet giro, sarana perintah pembayaran lainnya, atau dengan pemindahbukuan.

⁵⁹² Fatwa Dewan Syariah Nasional, Nomor: 01/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Giro, hlm. 3

⁵⁹³ Fatwa Dewan Syariah Nasional, Nomor: 02/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Tabungan

⁵⁹⁴ Simpanan adalah simpanan dana yang penarikannya hanya dapat dilakukan menurut syarat-syarat tertentu yang telah disepakati, tetapi tidak dapat ditarik dengan cek, bilyet giro, dan/atau alat lainnya yang dipersamakan dengan itu.

⁵⁹⁵ Fatwa DSN NO: 82/DSN-MUI/VIII/2011 Tentang Perdagangan Komoditi Berdasarkan Prinsip Syariah di Bursa Komoditi

Ma'ayir Al-Syar'iyah. (2010, h. 413) yang menyatakan *tawarruq* bukan merupakan skema investasi maupun pembiayaan. Tawaruq hanya dibolehkan karena hajat (ada kebutuhan) dengan syarat-syarat yang harus dipenuhi.

Oleh karena itu, lembaga keuangan syariah (LKS) tidak boleh melakukan *tawaruq* dalam memenuhi kebutuhan likuiditas operasionalnya, untuk menggantikan penerimaan dana melalui produk *mudharabah*, *wakalah* untuk investasi, produk reksadana, dan sebagainya. Tawaruq hanya boleh digunakan untuk menutupi kekurangan (kesulitan) likuiditas, menghindari (meminimalisir) kerugian nasabah, dan mengatasi kesulitan operasional LKS.⁵⁹⁶

Keempat, Fatwa DSN tentang *Musyarakah Mutanaqishah*. Sebagaimana diketahui bahwa *Musyarakah mutanaqishah* adalah akad syirkah milik atau 'inan antara dua pihak pada aset tertentu (baik barang konsumsi ataupun usaha). Lalu, kedua pihak sepakat, bahwa salah satu pihak menyewakan dan atau membeli bagian pihak lainnya secara bertahap dengan akad yang terpisah dari akad syirkah. Fatwa DSN tentang hal ini berlandaskan mashlahah dengan beberapa hal:

Pertama, bahwa pembiayaan musyarakah memiliki keunggulan dalam kebersamaan dan keadilan, baik dalam berbagi keuntungan maupun resiko kerugian, sehingga dapat menjadi alternatif dalam proses kepemilikan aset (barang) atau modal.

Kedua, bahwa *Musyarakah Mutanaqishah* dipandang sebagai salah satu macam pembiayaan Musyarakah dengan bentuknya yang umum. Hal itu mengingat bahwa pembiayaan musyarakah dengan bentuknya yang umum terdiri atas beberapa ragam dan macam yang berbeda-beda. Dilihat dari sudut "kesinambungan pembiayaan" (*istimrariyah al-tamwil*), musyarakah terbagi menjadi tiga macam: pembiayaan untuk satu kali transaksi, pembiayaan musyarakah permanen, dan pembiayaan *musyarakah mutanaqishah*.⁵⁹⁷

Teori mashlahah juga terdapat pada beberapa fatwa DSN MUI yang baru. Teori mashlahah terletak pada fungsi hukum sebagai alat bagi kebaikan perbankan syariah untuk melakukan inovasi produk. Diantara fatwa tersebut adalah Fatwa Nomor 102/DSN-MUI/X/2016 tentang *Akad Al-Ijarah al-Mauhufah fi al-Dzimmah*. Akad ini dapat digunakan untuk produk pembiayaan perumahan secara inden. Fatwa ini sangat dibutuhkan untuk mendorong bisnis perbankan syariah dalam hal pembiayaan perumahan. Banyak praktik di masyarakat yang bentuk sewa menyewa menggunakan pola pemesanan manfaat barang dan atau jasa berdasarkan spesifikasi atau inden, maka fatwa ini dapat dimanfaatkan.

Teori mashlahah juga terdapat pada beberapa fatwa lainnya, seperti Fatwa 103/DSN-MUI/X/2016 tentang Novasi subjektif berdasarkan prinsip syariah, Fatwa 105/DSN-MUI/X/2016 tentang penjaminan pengembalian modal pembiayaan mudharabah, musyarakah dan *wakalah bil istitsmar*, Fatwa 106/DSN-MUI/X/2016 tentang wakaf manfaat asuransi dan manfaat investasi pada asuransi

⁵⁹⁶ Fatwa DSN NO: 82/DSN-MUI/VIII/2011 Tentang Fatwa DSN NO: 82/DSN-MUI/VIII/2011 Tentang Perdagangan Komoditi Berdasarkan Prinsip Syariah di Bursa Komoditi, hlm. 11

⁵⁹⁷ Fatwa DSN MUI Nomor: 73/DSN-MUI/XI/2008 Tentang Musyarakah Mutanaqishah, , hlm. 3

jiwa syariah dan Fatwa 108/DSN-MUI/X/2016 tentang pedoman penyelenggaraan pariwisata berdasarkan prinsip syariah.

2. Teori Mashlahah dalam Putusan Pengadilan dan Praktek Perbankan

Konsep mashlahah dalam dilihat dari beberapa putusan Pengadilan Agama tentang ekonomi syariah. Pada Putusan Nomor 383 K/AG/2016, disebutkan bahwa pelelangan atas objek hak tanggungan dapat dilakukan oleh Pemegang Hak Tanggungan sebelum jatuh tempo atau sebelum akad berakhir. Ketentuan ini disertai dengan syarat bahwa harus dapat dibuktikan nasabah melakukan wanprestasi/telah cidera janji terhadap akad.⁵⁹⁸ Dalam hal ini, hak tanggungan memberikan hak istimewa pada kreditur (bank) dan eksekusinya dapat dilakukan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum tanpa melalui persetujuan lagi kepada pemberi hak tanggungan (nasabah). Selanjutnya bank mengambil dana tersebut untuk pelunasan piutangnya.

Konsep mashlahat dapat dilihat dari kepentingan pihak perbankan dimana piutangnya dapat diperolehnya. Dasar putusan ini adalah perilaku wanprestasi nasabah. Wanprestasi yang dilakukan dapat dijadikan alasan untuk eksekusi hak tanggungan walaupun belum jatuh tempo. Dengan kata lain, hak Tanggungan dan jaminan utang lainnya dalam akad ekonomi syariah tetap dapat dieksekusi jika terjadi wanprestasi meskipun belum jatuh tempo pelunasan sesuai dengan yang diperjanjikan setelah diberi peringatan sesuai dengan ketentuan yang berlaku.⁵⁹⁹

Putusan yang berdasarkan mashlahah disini dapat menjadi isu perdebatan. Pertanyaannya, mashlahah untuk siapa? Dan bagaimana konteks terjadinya wanprestasi? Konsep mashlahah dapat digunakan jika kesepakatan antar kedua belah pihak menimbulkan mudharat sehingga harus mengambil jalan lain demi masalah. Namun, jika nasabah tidak beriktikad baik sehingga memberikan peluang untuk ingkar janji kembali, maka hal itu dapat saja dilakukan.

Konsep mashlahat dapat dilihat dari Putusan Nomor 192 K/AG/2017 tentang perbedaan perhitungan.⁶⁰⁰ Dalam perkara ini, terdapat perbedaan penghitungan antara Majelis Hakim dengan gugatan penggugat tentang besarnya sisa angsuran pokok dan keuntungan yang dimuat dalam gugatan penggugat. Hal itu tidak dapat menjadikan gugatan.⁶⁰¹ Perbedaan perhitungan dapat terjadi karena adanya hal seperti adanya keringanan dari Penggugat sesuai dengan perjanjian. Hakim melihat persoalan ini dengan mempertimbangkan ada atau tidaknya keberatan dari para pihak mengenai perbedaan perhitungan tersebut.

Jadi, ukuran bahwa terjadinya perbedaan perhitungan berdasarkan ada atau tidaknya pihak yang berkeberatan. Pertimbangan ini menurut penulis berdasarkan pertimbangan mashlahat dimana penghitungan yang rinci akan mengakibatkan banyaknya waktu dan biaya yang diperlukan. Namun demikian, bukan menafikan

⁵⁹⁸ Putusan Nomor 383 K/AG/2016.

⁵⁹⁹ Hal tersebut berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012, tanggal 29 Agustus 2012, Peradilan Agama berwenang melakukan proses lelang pada jaminan Hak Tanggungan atas akad-akad syariah. Maka SEMA Nomor 4 Tahun 2016, tanggal 9 Desember 2016

⁶⁰⁰ Putusan Nomor 192 K/AG/2017

⁶⁰¹ Putusan Nomor 192 K/AG/2017

keadilan, jika ada yang berkeberatan maka upaya penghitungan tetap dapat dilakukan.

Teori mashlahat digunakan para hakim dalam memutuskan perkara disebabkan kondisi yang mengharuskan dibuatnya hukum. Dalam peradilan, maka hakim dilarang menolak perkara disebabkan ketiadaan hukum yang mengaturnya. Kasus-kasus ekonomi syariah adalah bersifat ril dimana terdapat masalah-masalah yang terjadi dalam masyarakat.⁶⁰²

Misalnya dalam perkara Jaka Mulia Damanik dkk Vs PT. Bank Sumut (Persero) Kantor Pusat Medan, (Putusan Nomor: 1814/Pdt.G/2013/PA.Mdn) Perkara ini adalah antara Jaka Mulia Damanik, Esterlina, Muhammad Erwin sebagai Penggugat dengan PT. Bank Sumut (Persero) Kantor Pusat Medan, Cq. PT. Bank Sumut Kantor Cabang Syariah Tebing Tinggi sebagai Tergugat I, Syawaludin Harahap sebagai Tergugat II, Betty Herlina sebagai Tergugat III.

Dalam putusan disebutkan pelelangan atas objek hak tanggungan dapat dilakukan oleh Pemegang Hak Tanggungan sebelum jatuh tempo atau sebelum akad berakhir dengan syarat bahwa dapat dibuktikan nasabah wanprestasi/telah cidera janji terhadap akad.⁶⁰³ Hak tanggungan memberikan hak istimewa pada kreditur (bank) dan eksekusinya dapat dilakukan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum tanpa melalui persetujuan lagi kepada pemberi hak tanggungan selanjutnya bank mengambil pelunasan piutangnya.

Konsep mashlahat dapat dilihat dalam kondisi wanprestasi walaupun belum jatuh tempo, maka tetap dapat dieksekusi. Dengan demikian, hak Tanggungan dan jaminan utang lainnya dalam akad ekonomi syariah tetap dapat dieksekusi jika terjadi wanprestasi meskipun belum jatuh tempo pelunasan sesuai dengan yang diperjanjikan setelah diberi peringatan sesuai dengan ketentuan yang berlaku".⁶⁰⁴

Praktek mashlahat dapat dilihat dalam Putusan Nomor 573 K/AG/2016. Konsep mashlahat dapat dilihat dalam hal pelelangan objek agunan hutang. Bahwa, walaupun nasabah yang terikat akad murabahah dengan bank terbukti telah tidak membayar angsuran hutang sesuai *akad* yang disepakati, serta telah dikirimkan surat peringatan sebanyak 3 (tiga) kali dari bank agar membayar hutang/angsurannya namun tidak diindahkan, maka perbuatan nasabah tersebut dikategorikan sebagai perbuatan *wanprestasi*.⁶⁰⁵

Oleh karena telah *wanprestasi*, maka pelelangan obyek agunan hutang oleh nasabah terhadap obyek jaminan sesuai dengan prosedur yang berlaku yang dilakukan oleh instansi yang berwenang melakukan lelang sesuai dengan ketentuan, maka pelelangan tersebut tidak termasuk dalam unsur perbuatan melawan hukum.

⁶⁰² Wawancara dengan Hakim Mahkamah Agung, Amran Suedi, Tanggal 21 September 2019 di Mahkamah Agung RI

⁶⁰³ Putusan Nomor 383 K/AG/2016.

⁶⁰⁴ Hal tersebut berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012, tanggal 29 Agustus 2012, Peradilan Agama berwenang melakukan proses lelang pada jaminan Hak Tanggungan atas akad-akad syariah. Maka SEMA Nomor 4 Tahun 2016, tanggal 9 Desember 2016

⁶⁰⁵ Putusan Nomor 573 K/AG/2016.

Dalam Putusan Nomor 88 K/AG/2017 terlihat mashlahah mursalah, dimana jika salah satu pihak menilai bahwa akad murabahah tidak memenuhi syarat *murabahah*, seharusnya melakukan penolakan pada saat akad, bukan setelah berlanjutnya pembayaran cicilan.⁶⁰⁶

Oleh karena itu dalam perkara ini penggugat dapat dikategorikan sebagai pihak yang beriktikad tidak baik sehingga tidak wajib dilindungi secara hukum. Jika Penggugat tetap dilindungi maka akan menjadi preseden buruk yang merusak tatanan lembaga keuangan syari'ah, padahal debitur/Penggugat telah mendapat dana dari kreditur dengan dana pinjaman murni (*qardul hasan*).

Dalam perkara ini penggugat mendalilkan bahwa perjanjian akad *murabahah* tersebut dilakukan dengan kontrak baku dengan penuh rekayasa. Penggugat harus membuktikan dalil-dalil tersebut dalam persidangan. Jika ternyata Penggugat tidak mengajukan bukti apapun yang menyatakan dalil-dalil tentang adanya rekayasa dalam proses pembuatan akad tersebut. Sedangkan Tergugat telah membuktikan bahwa akad *murabahah* telah sah secara hukum dengan bukti-bukti tertulis, dan telah ditandatangani sebagai bentuk kesepakatan atas isi akad, serta telah berjalan angsuran sebanyak 13 kali angsuran, maka dalil Penggugat yang menyatakan akad penuh rekayasa tidak terbukti sehingga harus ditolak; Jika akad belum jatuh tempo akan tetapi telah terbukti nasabah tidak melakukan pembayaran sesuai dengan yang diperjanjikan, maka nasabah telah dinilai *wanprestasi* dan masalah *wanprestasi* tidak harus menunggu akad selesai.⁶⁰⁷

Konsep mashlahat dapat dilihat dari Putusan Nomor 192 K/AG/2017 dalam hal adanya perbedaan perhitungan.⁶⁰⁸ Dalam perkara ini, terdapat perbedaan penghitungan antara Majelis Hakim dengan gugatan Penggugat tentang besarnya sisa angsuran pokok dan keuntungan yang dimuat dalam gugatan Penggugat, tidak dapat menjadikan gugatan Penggugat kabur.⁶⁰⁹ Perbedaan perhitungan dapat terjadi karena adanya hal seperti adanya keringanan dari Penggugat sesuai dengan perjanjian. Hakim melihat persoalan ini dengan mempertimbangkan ada atau tidaknya keberatan dari para pihak mengenai perbedaan perhitungan tersebut. Jadi, ukuran bahwa terjadinya perbedaan perhitungan berdasarkan ada atau tidaknya pihak yang berkeberatan.

Pertimbangan ini menurut penulis berdasarkan pertimbangan mashlahat mursalah dimana penghitungan yang rinci akan mengakibatkan banyaknya waktu dan biaya yang diperlukan. Namun demikian, bukan menafikan keadilan, jika ada yang berkeberatan maka upaya penghitungan tetap dapat dilakukan. Tidak ada ketegasan hukum dalam Al-Qur'an dan Hadist sehingga kita dapat melihat apakah hal tersebut lebih banyak maslahatnya atau mudharatnya.

⁶⁰⁶ Putusan Nomor 88 K/AG/2017

⁶⁰⁷ Hal tersebut sesuai dengan ketentuan Sema Nomor 4 Tahun 2016 rumusan hukum Kamar Agama angka 3, bahwa "Hak tanggungan dan jaminan hutang lainnya dalam akad ekonomi syariah tetap dapat dieksekusi jika terjadi wanprestasi meskipun belum jatuh tempo pelunasan sesuai dengan yang diperjanjikan setelah diberi peringatan sesuai ketentuan yang berlaku",

⁶⁰⁸ Putusan Nomor 192 K/AG/2017

⁶⁰⁹ Putusan Nomor 192 K/AG/2017

Demikian pula dengan pemakaian teori hukum ekonomi syariah dengan Istishab dan Istishan yang berarti memperlakukan hukum yang sudah berlaku atau kembali ke hukum asal sampai terdapat dalil yang menunjukkan perubahannya. Istishan adalah menghitung-hitung sesuatu dan menganggapnya kebaikan menurut akal pada mujtahid. Demikian pula dengan teori 'Urf yang berarti adat istiadat atau kebiasaan yang sudah seperti menjadi adat istiadat namun tetap tidak menyalahi aturan Islam.

Berbeda dengan hal di atas, dalam konteks teori hukum yang dipraktekkan dalam sistem ekonomi Islam dan keuangan Islam, baik produk dan institusinya adalah aturan yang senantiasa mengacu kepada *maqasid al-Shari'ah*⁶¹⁰, sesuai dengan tujuan syariah yaitu kemaslahatan, dan karenanya sistem ekonomi Islam menolak postulat yang dikemukakan oleh ekonom neo klasik yang hanya berorientasi untuk memaksimalkan keuntungan saja.⁶¹¹

Dalam prakteknya, tidak semua hukum ekonomi syariah diterapkan secara ideal di berbagai lembaga keuangan seperti bank, asuransi dan lembaga keuangan lainnya. Padahal, menurut UU Nomor 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas bahwa lembaga keuangan syariah yang berbentuk Perseroan Terbatas harus mempunyai Dewan Pengawas Syariah (DPS). DPS adalah organ yang memastikan bahwa jalannya perusahaan sesuai dengan syariah. Cakupan pengawasan sangat luas, seluas aktivitas bank.

Salah satu titik krusial yang harus di awasi adalah standar kontrak baku. Apakah kontrak baku yang dibuat lembaga keuangan syariah telah sesuai dengan syariah? Inilah yang harus diberi gambaran agar notaris syariah membuat kontrak yang memberikan atau dapat menerapkan asas-asas prinsip syariah. Dalam hal ini, fungsi DPS harus diperkuat untuk melakukan *review* atas klausula baku sehingga klausula yang disepakati sesuai dengan syariah. Sampai disini, peran dan fungsi DPS menjadi kuat,

Teori mashlahah juga terdapat pada akad al-murakkabah (*hybrid contract*) dalam banyak akad diantara yang paling banyak digunakan adalah akad murabahah yang digandengan dengan wakalah. Terjadinya akad jual beli murabahah adalah bank seolah-olah membeli barang dari *dealer*, dan bank menjual kepada nasabah. Penerapan akad wakalah pada akad murabahah adalah berdasarkan mashlahah.⁶¹² Dalam prakteknya, akad murabahah seolah-olah bank membeli sesuatu dan menjual kembali kepada nasabah, padahal hanya meminjam uang. Praktek ini dilegitimasi oleh Fatwa DSN tentang wakalah.

Tidak bisa dipungkiri, bahwa mashlahah pada akad murakkab ini untuk memudahkan dalam transaksi. Dalam praktek perbankan jika dilakukan dengan

⁶¹⁰ Menurut Al-Shatibi bahwa tujuan pokok pembuat undang-undang (*shari'*) adalah tahqiq masalah al-khalqi (merealisasikan kemaslahatan makhluk), dan bahwa kewajiban-kewajiban syariah dimaksudkan untuk memelihara *al-maqasid al-shar'iyah*. Muhammad Khalid Mas'ud. *Shatibi's of Islamic Law* (Islamabad: Islamic Research Institute, 1995), hal. 151.

⁶¹¹Toseef Azid,"Does Ethic Moral Coalition Complement to economic Coalition: AResponse in the Periphery of Islamic Economic," *Humanics* Vol 23No3(2007):153-173.

⁶¹² Wawancara dengan Hakim Mahkamah Agung, Amran Suedi, Tanggal 21 September 2019 di Mahkamah Agung RI

pembiayaan yang bersifat *cash and carry*, tentulah sangat repot. Misalnya dalam membeli mobil, bank tidak mempunyai stok mobil atau stok rumah, disini lain pembeli ingin mencari sendiri merk dan modelnya. Namun, terkadang dalam praktek selalu menemui kendala. Misalnya, seorang nasabah yang ingin pembiayaan umrah, ketika bank syariah menawarkan suatu travel umrah, namun nasabah tidak menginginkan travel tersebut maka pembiayaan tersebut tidak diberikan.

Praktek akad rangkap (*al'uqud al-murakkabah*) berada pada posisi yang dilematis, di satu sisi sebagai hal untuk memudahkan namun disini lain terkesan mencari jalan pembenarnya. Akad murabahah yang kemudian diikuti akad wakalah diselewenangkan sebab barang yang dibeli tidak ada. Pembiayaan yang diberikan pihak perbankan bisa saja dimanfaatkan dalam bentuk lain, bahkan dalam bentuk yang shubhat. Sampai disini, tujuan hukum (*maqashid syariah*) akad tersebut tidak dapat dibenarkan.

Saat ini banyak bentuk akad murakkab. Pada akad yang bisa disatukan adalah akad MMQ, mudharabah musytarakah bithaqah al-iktiman pada kartu kredit. Adapun akad Wakalah bil Ujrah, Kafalah bil Ujrah, Bay Istighlal, Bay Istikjar pada kasus sewa beli. Sedangkan akad di bawah tangan dan yang dinotariskan, seperti Qardh dan Bay' dalam Take Over, Murabahah yang dinotariskan.

Sedangkan akad-akad yang harus terpisah adalah murabahah dan wakalah pada murabahah, akad rahn dan Ijarah pada gadai, Istishna dan Ijarah pada KPR. Pada akad-akad harus terpisah dengan subjek yang berbeda adalah Tawarruq, Salam Paralel dan Istishna Paralel, Akad Mustatir (Tersembunyi) seperti akad kafalah dan wakalah pada tabungan mudharabah disebabkan 'urf perbankan.⁶¹³

Tentang teory hybrid contract ini, sebagaimana penelitian Hasanudin dengan judul "Konsep dan Standar Multi Akad dalam Fatwa Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia" pada tahun 2008⁶¹⁴ menyebutkan bahwa akad Multi Akad (murakkabah) adalah akad yang mengandung beberapa akad yang tidak dapat dipisah-pisahkan.

Menurut Hasanuddin, Dewan Syari'ah Nasional – Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI) tidak mengemukakan konsep multi akad secara jelas, meskipun ada sebanyak 27 Fatwa DSN-MUI yang didalamnya menyebutkan penggunaan akad lebih dari satu. Terdapat beberapa fatwa DSN-MUI menegaskan bahwa suatu akad tidak boleh dikaitkan (*mu'allaq*) dengan akad lain. Bahkan, DSN-MUI secara tegas menolak multi akad bentuk *'uqud mutaqa'bilah*, yaitu suatu akad yang mengandung beberapa akad di mana satu akad dikaitkan (*mu'allaq*) dengan akad lain.

Namun pada saat yang hampir bersamaan, dalam beberapa fatwanya DSN-MUI menerima atau membenarkan bentuk penggabungan akad seperti itu. Penggabungan beberapa akad dalam satu akad bentuk kedua ini disebut dengan *'uqud mujtami'ah*. Kedua bentuk akad tersebut, *mutâqabilah* yang ditolak dan

⁶¹³ Agustianto, Hybrid Contract, Bahan Pelatihan Ekonomi Syariah, 2013

⁶¹⁴ Hasanudin, Konsep dan Standar Multi Akad dalam Fatwa Dewan Syari'ah Nasional – Majelis Ulama Indonesia, Disertasi S3 UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, Tahun 2008

mujtami'ah yang diterima oleh DSN-MUI, adalah akad-akad yang termasuk kategori akad murakkabah (*`uqûd murakkabah*).

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa multi akad yang diterima dan dibenarkan oleh DSN-MUI adalah multi akad dalam arti *`uqûd murakkabah* dengan bentuk *`uqûd mujtâmi'ah*. Tidak semua fatwa yang mengandung penghimpunan beberapa akad termasuk dalam kategori *`uqûd murakkabah* ini, baik bentuk mutâqabilah maupun mujtâmi'ah. Sebagian dari akad-akad tersebut masuk sebagai kategori akad muta'addidah, yaitu penghimpunan beberapa akad yang antara akad satu dengan lainnya berdiri sendiri-sendiri. Untuk jenis akad muta'addidah ini DSN-MUI menerimanya.⁶¹⁵

Teori Maslahah yang dipakai adalah mashlahah At-tufi. Salah satu tokoh hukum Indonesia yang memakai mashlahah model Najmuddin Al-Tufi adalah Prof. Satjipto Raharjo dengan teori hukum progresifnya. Menurut Prof Satjipto bahwa hukum itu dibuat untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Ketika manusia tidak bahagia dengan hukum itu maka hukum yang harus dirubah dan disesuaikan.

Teori mashlahah juga digunakan dalam bentuk musyarakah. Secara prinsip musyarakah tidak boleh ada agunan, namun mengapa fatwa DSN membenarkan adanya agunan? Karena pihak perbankan tidak bisa atau sulit memercayai kejujuran dan niat baik nasabah. Pihak perbankan tidak yakin nasabah jujur secara sistemik sebab bisa jadi nasabah tidak menjalankan usaha itu dengan baik dan benar sehingga akan menimbulkan kemudharatan bagi perbankan.

Oleh karena itu dalam memutus perkara mengenai akad musyarakah maka akad dilihat lebih dahulu apakah kasus ini kesalahan dunia perdagangan atau kesalahan si nasabah. Kalau kesalahan nasabah agunan dipersilahkan dieksekusi, namun jika kesalahan disebabkan kerjasama yang dilakukan merugi apalagi disebabkan kondisi memaksa *force major* seperti terjadinya resesi ekonomi, banjir, bencana alam dan sebagainya, maka itu tidak bisa dibebankan sepenuhnya kepada nasabah.⁶¹⁶

C. Teori Hukum dengan Corak Kehati-hatian

Teori atau prinsip kehati-hatian atau biasa disebut prinsip prudential adalah salah satu prinsip penting dalam dunia bisnis. Prinsip ini telah terdapat dalam konsep hukum Islam. Imam Syafi'i adalah ulama yang menggunakan teori ini. Dalam dunia bisnis seperti perbankan dituntut untuk menerapkan teori ini.

Prinsip kehati-hatian diterapkan dalam putusan hakim Nomor: 0318/Pdt.G/2011/PA.Btl. Perkara ini adalah perkara antara Marjono bin Ngadiran sebagai Pimpinan/Direktur Koperasi Serba Usaha BMT Bina Sejahtera Mandiri (KSU BMT BSM) dengan Agus Wardoyo bin Supadmo, dan Nunik Ismayawati binti Sudiyono. Di awal, kedua pihak melakukan perjanjian/Surat Aqad Syarikat Ijarah Multijasa. Pihak BMT telah melaksanakan prestasi sesuai dengan akad tersebut, dalam hal ini selaku Sohib al-Mal. Penggugat telah membiayai sebagian

⁶¹⁵ Hasanudin, Konsep dan Standar Multi Akad dalam Fatwa Dewan Syari'ah Nasional – Majelis Ulama Indonesia,

⁶¹⁶ Wawancara dengan Hakim Mahkamah Agung, Amran Suedi, Tanggal 21 September 2019 di Mahkamah Agung RI

modal kerja yang diperlukan untuk menjalankan usaha bagi pihak tergugat selaku Mudhorib dengan pembiayaan Ijarah Multijasa sebesar Rp. 100.000.000.

Para tergugat sepakat untuk mengembalikan Pokok Pinjaman, 1 (satu) bulan sejak ditandatanganinya perjanjian/aqad, sehingga jatuh temponya pada tanggal 23 Oktober 2008 serta sepakat untuk memberikan *fee*/ujrah sebesar Rp. 10.000.000, yang akan dibayarkan bersamaan dengan pembayaran pokok pinjaman.

Dalam perjalanannya, para tergugat tidak pernah membayar pokok pinjaman sebesar Rp. 100.000.000 dan juga tidak pernah membayar *fee* (ujrah) sebesar Rp. 10.000.000. Tidak hanya itu, tergugat juga tidak membayar kafarat (denda) sebesar Rp. 30.000,- per hari sebab terlambat membayar terhitung sejak tanggal 24 Oktober 2008. Penggugat telah berusaha untuk menyelesaikan perkara ini secara kekeluargaan dengan pihak para tergugat namun selalu menemui jalan buntu.

Sebaliknya tergugat membantah telah melakukan wan prestasi. Menurut tergugat perjanjian ini tergugat bukan sebagai mudhorib (yang menjalankan pekerjaan) tetapi sebagai pihak yang meminjamkan sertifikat rumahnya. Sedangkan posisi mudhorib adalah PT UKB (Usahajaya Kita Bersama) yang diwakili oleh Moh Khoiri dan Ahmad Rifa'i selaku Direktur dan Direktur Utama PT. UKB. Dalam perjanjian akad Syarikah Ijarah Multijasa tertanggal 23 September 2008, perjanjian ini tidak hanya mengikat tergugat, tetapi juga mengikat PT.UKB sebagai pengguna dan penerima pinjaman yang berkewajiban membayar kembali pinjaman tersebut.

Dengan kata lain, tergugat menilai perikatan yang dilakukan kedua belah pihak tidak absah sebab tidak melibatkan PT. UKB dengan mengajukan bukti surat Seharusnya jika tergugat menilai perjanjian tidak sesuai dengan ketentuan, tergugat membatalkannya dengan cara yang telah ditentukan oleh Peraturan perundang-undangan yang berlaku. Namun, tergugat membiarkan sampai berlalu 3 (Tiga) tahun, bahkan tergugat menyerahkan sertifikat tanah sebagai jaminan sebagai bentuk pengakuan atas kebenaran perjanjian yang telah dilakukan. Hakim menilai jawaban tergugat abscur libel (kabur). Perjanjian yang telah dilaksanakan pada tanggal 23 September 2008 itu dinilai sah menurut hukum telah terbukti dan telah sesuai dengan ketentuan pasal 1320 KUH Perdata, sehingga Para tergugat berkewajiban untuk memenuhi isi perjanjian sebagaimana tersebut dalam firman Allah dalam surat Al Maidah ayat: 1. Para Tergugat dapat dinyatakan sebagai wan prestasi.

Menurut hakim perjanjian yang dilakukan adalah Mudharabah, maka berlaku ketentuan-ketentuan dalam Fatwa Dewan Syari'ah Nasional No. 07/DSN-MUI/IV/2000. Menurut fatwa pembiayaan mudharabah yang macet harus berada dalam status quo baik mengenai jumlah pokok, pembiayaan, nisbah, ta'widh/gantirugi. Hal ini diperkuat Yurisprudensi Mahkamah Agung No 2899/K/Pdt.G/1994 tanggal 15 Pebruari 1996. Penyedia dana menanggung semua kerugian akibat dari mudharabah dan pengelola tidak boleh menanggung kerugian apapun kecuali diakibatkan dari kesalahan yang disengaja, kelalaian, atau pelanggaran kesepakatan.

Hal ini dapat dilihat pada Pasal 243 ayat 2 KHES: Pemilik modal tidak berhak mendapatkan keuntungan, jika usaha yang dilakukan oleh mudhorib merugi. Fatwa DSN No. 43 menyatakan di dalam akad mudharabah tidak diperbolehkan adanya *fee* dan kafarat. Dengan demikian perjanjian Penggugat dan Para Tergugat yang berkenaan dengan nisbah (*fee*) bertentangan dengan ketentuan ketentuan tersebut. Dengan demikian perjanjian tanggal 23 September 2008 yang tersebut dalam pasal II No 3 dan 4 tentang pembagian *fee*/ujroh dan denda /kafarat ditolak.

Putusan hakim yang mengabulkan gugatan pengembalian pembiayaan mudharabah di satu sisi dan menolak pengembalian denda atau kafarat walau sudah diperjanjian secara jelas adalah bentuk keadilan. Penolakan pengembalian denda atau kafarat walau sudah diperjanjian secara jelas adalah bentuk penghukuman hakim terhadap pihak lembaga pembiayaan syariah disebabkan tidak menggunakan asas kehati-hatian dalam memberikan pembiayaan. Ketidakkampuan nasabah memberikan cicilan sejak bulan pertama menunjukkan nasabah sesungguhnya tidak mampu atau tidak mau sama sekali sehingga mengapa Lembaga Keuangan memberikan pembiayaan juga.⁶¹⁷

D. Corak Teori Hukum Barat

Dalam berbagai putusan hakim pengadilan agama, hakim selalu mendahulukan aturan-aturan dalam aturan KUHPerdata lengkap dengan istilah-istilahnya. Dalam hal salah satu pihak melakukan cidera janji, para hakim selalu mendalilkan Pasal-pasal yang terdapat dalam KUHPerdata seperti 1313, 1320 dan seterusnya. Demikian juga dengan istilah-istilah hukum Belanda seperti wan prestasi, badan hukum (*rechtsperson*) dan istilah lainnya walaupun, biasanya tetap diikuti dalil hukum Islam baik mengutip Al-Quran, Hadis, Fatwa DSN-MUI, KHES maupun pendapat ulama.

Secara umum bahwa substansi Hukum Belanda tidak jauh berbeda dengan hukum akad pada fikih muamalah maupun hukum-hukum lainnya termasuk hukum acara. Mahkamah Agung RI pernah membuat hukum acara dengan jumlah pasal 289. Hukum acara ini dilakukan oleh panitia kelompok kerja dengan studi banding di berbagai daerah dan membandingkan dengan hukum perdata Turki. Ternyata hukum acara yang terdapat pada Hukum Perdata Turki Usmaniah 85% mirip dengan HIR dan Rbg yang dipakai di Indonesia, sehingga muncul pertanyaan yang mana lebih dahulu antara HIR dan Rbg. dengan hukum acara Turki Usmani. Sebagaimana diketahui Rbg. dipengaruhi oleh peraturan Perancis. Banyak kutipan literasi Islam digunakan ketika masa renaissance.

Dalam memutuskan perkara, para hakim Pengadilan Agama merujuk pada aturan-aturan yang disepakati, baik dari Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES), Fatwa-DSN MUI. Hakim tidak boleh menolak perkara disebabkan ketiadaan aturan. Oleh karena itu hakim diberi hak penafsiran untuk menafsir, interpretasi. Pada posisi ini hakim adalah pembuat hukum dengan menggunakan

⁶¹⁷ Wawancara dengan Hakim Ketua Pengadilan Agama (PA) Bantul tanggal 29 Oktober 2019 di Bantul, Yogyakarta

metode qiyas, masalah mursalah dan lain-lainnya. Rumusan-rumusan itu tetap dipakai meskipun dalam putusan tidak di jelaskan.

E. Teori Keadilan Biologis

Dalam hukum, keadilan itu tidak bisa berdiri sendiri. Keadilan pasti mempunyai variabel, dan stimulus yang mempengaruhinya. Karenanya, hukum ibarat metabolisme atau suatu pergerakan yang berujung pada hasil dari produk keadilan itu yakni bermanfaat bagi manusia. Adil itu vertikal dengan hukum. Karena jika Hukum horizontal maka hukum bisa sendiri dan adil bisa sendiri. Kalau hukum vertical, keadilan itu puncak namun tidak ada keadilan tanpa hukum.

Oleh karena itulah, keadilan bukanlah hal yang kaku, ia terus bergerak dan bisa terjadi berbeda keadilan antara kasus yang satu dengan lainnya. Mengapa berbeda? Sebab terdapat stimulus yang berbeda. Dengan demikian, hukum itu bukan tujuan, namun merupakan alat, walaupun keadilan itu harus berdasarkan hukum. Tugas hakim adalah membentuk dan membangun agar hukum tetap ada, yang dalam istilah ushul fiqh disebut dengan qiyas.

Dalam melihat kondisi ekonomi syariah saat ini, maka hal yang terpenting adalah kepercayaan umat terhadap ekonomi syariah. Kepercayaan masyarakat baik di internal umat Islam maupun dunia luar terhadap bank syariah masih rendah.

Ada juga teori yang diajukan yaitu teori perbuatan melawan hukum yang diajukan oleh nasabah. Kalau kita terima pembatalan perjanjian itu, maka kita tidak membicarakan benar atau tidaknya dahulu, boleh jadi akad itu ada keliruan. Namun, jika perjanjian itu dibatalkan, maka berdampak terhadap keuangan. Jadi, hal ini untuk kemaslahatan keuangan negara atau masyarakat yang dititipkan di bank. Walaupun ada teori akad yang sudah kita sepakati dan dari segi teori akad bisa dibatalkan namun untuk pertimbangan kemaslahatan dimana uangnya sudah habis dipakai.

Berdasarkan teori ini maka fenomena komunitas anti riba dimana komunitas tersebut berlomba-lomba membatalkan perjanjian di bank konvensional dengan alasan riba. Sedangkan larangan riba sudah terdapat dalam fatwa DSN MUI dan oleh undang-undang, dan selanjutnya dikaitkan dengan jaminan melaksanakan ajaran agama yakni Pasal 29 UUD 1945 tidak dapat diterima. Jika memang sudah mengetahui tentang riba mengapa kesepakatan itu dibuat dan dilaksanakan. Kalau kita lihat pasal 1 angka 23 UU No. 10 Tahun 1998 memberikan pinjaman dengan memakai bunga. Apalagi dikaitkan dengan Pasal 1338 tentang kesepakatan. Kesepakatan yang dibuat oleh para pihak seperti undang-undang bagi kedua belah pihak kecuali menyalahi asas-asas perjanjian itu. Misalnya bunganya tidak sesuai dengan kepatutan atau ada penipuan atau lain-lainnya. Jika ingin menjalankan agama maka pilihannya setelah melakukan kesepakatan.

Kemana diajukan pembatalan perjanjian? Hal itu hanya dapat jika belum sampai ke pengadilan. Kalau sampai itu ke pengadilan maka argumentasi hukum yang dipakai adalah argumentasi Hukum perjanjian. Karena hal ini sudah pilihan. Saat perjanjian telah ditandatangani maka perjanjian perjanjian telah menjadi

Hukum bagi kedua belah. Maka atas gugatan tersebut, hakim bisa menolaknya. Kalau diajukan ke Pengadilan Agama, maka PA tidak berwenang karena kasus itu konvensional. Kalau dia mengajukan ke pengadilan umum memang kewenangannya, namun tidak akan diterima sebab menyalahi asas.

Sampai di sini, di satu sisi terdapat masalah namun di sisi lain dibutuhkan kepastian hukum. Jadi kalau seperti itu dibuat maka tidak ada kepastian hukumnya, padahal keputusan pengadilan itu harus mencerminkan kemanfaatan, kepastian hukum dan keadilan.

Dalam putusan-putusan hakim, seharusnya harus dimunculkan teori-teori Hukum Islam. Persoalan yang muncul adalah, mengapa hakim-hakim agama menyalahkan atau membenarkan suatu perkara selalu dengan menggunakan teori Hukum konvensional seperti pasal-pasal yang terdapat dalam KUHPerdata? Sampai disini, terdapat kontestasi antara hukum Islam dan Hukum Perdata.

Kebanyak hakim yang masih menggunakan teori Hukum konvensional disebabkan kontrak yang dibuat adalah kontrak standart. Kontrak standar mengacu KUHPerdata mengenai perjanjian. Perikatan itu bersumber dari perjanjian dan undang-undang. Sedangkan dalam ekonomi Islam atau perbankan Islam di Indonesia harus terdapat dua ahli ahli perbankan dan ada ahli hukum Islam. Inilah yang belum menyatu didalam diri seseorang hakim.

Di sisi lain, penyusunan fatwa DSN-MUI sungguh tidak hanya disusun oleh ahli hukum Islam, namun juga ahli ekonomi. Mereka masih memandang itu pinjaman, maka keluarlah fatwa demikian. Semestinya seseorang yang berbicara mengenai hukum ekonomi syariah atau perbankan syariah memang menyatu dalam dirinya ilmu perbankan dan juga Hukum Islam. Seorang hakim seyogyanya memahami perbankan dengan hukum Islam. Sulit memahami praktek perbankan syariah kalau kita tidak paham perbankan konvensional. Sebagaimana kita bisa membedakan daging lembu dan daging babi jika kita tidak tahu daging babi dan daging lembu seperti apa setelah pemotongan. Namun jika kita mengenal betul ciri khas dari daging itu tentu kita bisa membedakannya.

Persoalan akad juga muncul berkaitan dengan standar baku atau kontrak. Sampai saat ini belum ada gugatan tentang standar kontrak di putusan ekonomi syariah. Secara umum gugatan masih bersifat antara nasabah dengan pihak bank. Mengenai standar kontrak belum mempunyai norma atau instrumen hukumnya. Disebabkan belum ada, maka tidak bisa digugat. Hal ini masalah pilihan hukum atau hak khayar. Pada saat penandatanganan kontrak, pihak nasabah disodorkan standar kontrak dan ketika menandatangani ia tidak membaca. Itu berlaku khayar, jika ia ambil maka berlakulah standar kontrak itu.

Sebagai contoh, saat seseorang membeli rumah angsuran KPR di bank muamalat kemudian disodorkan kontrak standart, dan nasabah tidak mau, maka tidak ada masalah dengan kontrak standart itu. Persoalannya, kalau mau dibuat kontraknya semuanya, tentu sangat berat dan masyarakat tidak tereduksi. Lalu, bagaimana kedudukannya dalam pandangan syariah? Sampai disini, pentingnya Dewan Syariah Nasional. DPS perlu merumuskan standart kontrak, karena prosedurnya itu sebetulnya kalau pakai standart OJK punya. Tapi OJK membuat peraturan itu harus ada fatwa DSN, karena dalam UU perbankan No. 21 Tahun 2008 DSN yang mentukan syariah atau tidaknya.

Kalau begitu untuk standart kontrak perbankan syariah perlukah persetujuan dari DPS? Tidak juga, karena DPS itu diluar direksi. Yang bertanggungjawabkan seluruh operasional perbankan adalah direksi. Mengawasi berarti setelah jalan. Yang berperan disitu adalah DSN. Dalam dunia Perbankan tidak seperti keadilan menurut kita, jadi tidak harus sama.

Dalam hal hukum materil, Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) perlu disinkronisasi dengan Fatwa DSN. Sebab, selama ini, KHES hanya untuk lingkungan peradilan bukan untuk DSN. Disinilah perlu sinergi antara DSN dengan pengadilan. Yang menjadi hal penting adalah jika KHES ditingkatkan menjadi UU Hukum Ekonomi Syariah. Beberapa hal yang belum diatur secara kuat seperti berkaitan subjek hukum sehingga hakim selalu merujuk kepada KUHPerduta. Walaupun pada sisi lain, KHES sudah cukup lengkap dimana mirip dengan Qonun pada masa Turki Usmani (Al-Ahkam Al-Adliyah). KHES harusnya diterapkan bukan hanya di pengadilan, namun juga di dunia industri. Sebab sangat janggal jika hakim membuat acuannya KHES sementara dalam pelaksanaan eksekutifnya tidak merujuk KHES.

Sedangkan di sisi lain, sampai saat ini perbankan konvensional tidak mempunyai UU hukum materil mengenai perdagangan. KUHPerduta sendiri bukan UU sebagaimana dahulu KUHPerduta merupakan hukum materil di peradilan Eropa, Hukum acaranya RV dan hukum materilnya BW. Sekarang ada surat edaran Mahkamah Agung menyatakan bahwa BW bukan UU namun hanya menjadi pedoman saja.

Hakim Pengadilan Agama memperoleh pendidikan dan sertifikasi untuk penyelesaian ekonomi syariah. Dalam pelatihan, tidak ada standart baku teori yang dipergunakan oleh hakim dalam mengajarkan di pelatihan sertifikasi. Yang ada hanya materi, seperti materi tentang perbankan dan pegadaian. Kalau teori itu sudah mengikat, itu kebebasan hakim mau memakai teori apa. Kunci hakim dalam memutuskan perkara adalah membuat pertimbangan hukum dengan mencukupkan semua dalil-dalilnya. Yang penting adalah setiap menjatuhkan putusan, hakim harus membuat dalil-dalil yang menjadi dasar Hukum baik berasal dari hukum Islam maupun yang dikaitkan dengan BWnya.

Dalam konteks peradilan, perintah untuk menekankan menggunakan teori hukum Islam tetap ada, namun MA tidak membatasi hakim untuk menyerap dari teori-teori hukum umum juga sepanjang relavan dari kasus yang dihadapi. Pada intinya, hakim harus menggali hukum yang berkembang di masyarakat.

Kalau dikaitkan, dalam kajian teoritis berkembang termasuk teori *Analysis Economic of Law*, juga dipakai. Misalkan dalam perkara nafkah anak, ditetapkan misalnya 10 juta satu bulan, tetapi secara teorinya kita anggap ketika menentukan 10 juta adalah batas bawah sehingga hakim membuat dengan tmbahan 10% setiap tahun. Itu buktinya batas bawah. Hakim tidak mengatakan dengan tegas berdasarkan teori batas Syahrur. Itu ada dikepala hakim.

Penggunaan teori batas paling banyak dikaitkan dengan masalah hibah atau wasiat. Penentuan 1/3 atau harta bersama mungkin itu yang paling banyak berkaitan dengan *analysis economic of law*. Harta bersama antara suami istri, siapakah yang paling banyak berperan diantara suami istri, siapa yang tidak banyak melakukan kewajiban. Jadi itu juga tergantung teori kondisi sosiologisnya.

Jadi kalau misalnya disuatu daerah kebiasaannya lebih berperan laki-laki. Ada juga di suatu daerah yang dominan bekerja adalah perempuan. Ada nilai kebanggaan bisa membahagiakan suaminya. Itu doktrin teologis. Untuk itulah pentingnya hakim menyerap nilai-nilai yang berkembang dimasyarakat.

Demikian juga halnya dalam pembagian harta bersama. Terdapat beberapa putusan yang menyalahi KHI misalnya harta bersama dibagi tiga dan seterusnya. Yang penting, hakim tidak menafikan KHI sebagai rujukan awal. Misalnya menimbang bahwa dalam KHI bahwa kalau terjadi cerai antara suami-istri maka harta dibagi dua, namun hakim berpendapat berbeda, pada saat itulah, hakim mempunyai teori hukum tersendiri yakni teorinya ada dibelakang kepala hakim.

Hal ini sama dengan perkara perceraian dimana keluarga tidak harmonis. Salah satu ciri umum bertengkar adalah suara kuat, tidak bersama saat bepergian. Paling tidak, itu adalah ciri-ciri keluarga yang kurang harmonis. Namun ada disuatu daerah seperti di Tapanuli Selatan, disana sangat tabu jika ada suami istri yang baru menikah berbicara atau berjalan bersama berdua. Demikian pula dengan cara berjalan bersama orang tua yang tidak boleh sejajar, formasinya harus seperti bebek yang berjalan beriringan. Seseorang yang baru menikah tidak tinggal bersama orang tuanya lagi. Jika musim ladang, dia tinggal di ladang. Kebiasaannya laki-laki sebelum masak nasi maka dia bekerja di hutan sedangkan istrinya memasak.

Sampai di sini, para hakim harus masuk penilaian aspek sosiologis. Jika tidak maka akan berdampak terhadap putusan hakim dimana hakim menilai kondisi perkawinannya benar-benar retak dan tidak harmonis. Padahal kalau memang orang sana itu merupakan hal yang biasa, sehingga dia tolaklah perceraian.

Demikian pula dengan kegiatan ekonomi dimana terjadi kebiasaan dalam perdagangan. Sebagai contoh, perdagangan saham, tidak terdapat lagi akadnya. Oleh karena itu, kebiasaan hakim dalam memutuskan perkara ekonomi syariah kebanyakan adalah dalam hal pembatalan perjanjian, perbuatan melawan hukum. Misalkan, karena pembiayaannya sudah macet, jadi sudah dieksekusi. Jadi eksekusi diajukan langsung oleh bank langsung ke KPKNL, bukan pengadilan yang mengeksekusinya. Karena tidak merasa puas, para pihak mengajukan ke pengadilan dengan delil pembatalan perjanjian atau perbuatan melawan hukum.

Secara umum, bahwa perkara ekonomi syariah yang masuk ke peradilan, termasuk di Peradilan Agama Bandung adalah perkara perbankan syariah. Sedangkan perkara lainnya seperti asuransi, pegadaian belum pernah diperkarakan. Dalam perkara perbankan beberapa diantaranya sudah sampai pada tingkat banding dan kasasi.

Perkara selain perbankan, seperti asuransi pernah terjadi di Pengadilan Agama Medan. Perkara ini berkaitan dengan pihak bank yang membayar asuransi dimana pihak nasabah telah meninggal dan asuransinya belum dibayarkan. Persoalan terjadi pada saat klaim oleh pihak keluarga (ahli waris) dimana pihak asuransi tidak mau membayar klaim sebab premi tidak dibayar.

Perkara ini berkaitan dengan subjek hukum, dimana ahli waris berdebat apakah dia bisa mengklaim atau tidak. Sedangkan pihak bank hanya mengeksekusi jaminan. Begitu meninggal nasabah mereka tidak sanggup

membayar, jaminan nasabah dieksekusi oleh pihak bank. Lalu perasaan dari nasabah karena sudah meninggal karena sudah dicover oleh asuransi mestinya itu sudah selesai. Masalah muncul disebabkan pihak bank terlambat membayar asuransi. Lalu, muncul persoalan berapa lama unlimited setelah akad dibayarkan asuransi? Hal ini tidak diatur. Hal ini sama halnya dengan surat kuasa pemasangan hak tanggungan dimana secara praktek surat kuasa pemasangan hak tanggungan tidak ada tanggalnya. Kalau dia tidak macet maka tidak akan dipakai yang seperti itu.

Masalah Hukum jaminan selalu terjadi tentang harga lelang. Oleh bank, harganya di bawah harga pasar. Untuk melihat persoalan ini, pada waktu lelang akan sangat berbeda harga tanah yang tidak berkasus dengan yang berkasus. Orang yang membeli tanah harus memperhitungkan biaya pengosongan atau biaya lainnya. Terdapat biaya eksekusi pengosongan, belum lagi memakai jasa pihak kepolisian, boleh jadi tidak hanya sekali eksekusi. Karena itulah, harga lelang tidak pasti seperti harga pasar, karena dia harus memperhitungkan semuanya hal termasuk biaya pengosongan. Oleh karena itu, dalam UU dibuka peluang jual beli dibawah tangan asalkan harganya lebih tinggi.

Persoalan teori Hukum yang bisa digunakan dalam perkara ekonomi syariah sangat tergantung pada situasi dunia industry khususnya perbankan. Pihak bank selalu menggunakan prinsip kehati-hatian. Dengan kata lain, bank tidak mau rugi sedikitpun. Karenanya, sewaktu nasabah mengajukan pembiayaan, maka dia harus mempunyai asuransi jiwa. Pihak bank khawatir jika nasabah belum melunaskan, kemudian nasabah tersebut meninggal. Lalu walaupun nasabah itu tidak meninggal misalnya rumahnya terbakar, maka harus ada asuransi juga. Kalau dia tidak meninggal dan juga tidak terbakar rumahnya tetapi dia di PHK, maka juga harus ada jaminan.

Dalam hal asuransi, tidak ada menyangkut masalah jaminan. Jika dilihat UU No. 4 Tahun 1996 asuransi dibentuk untuk masalah kredit. Kalau untuk kredit, berarti pemberian pinjaman berbasis bunga, sementara syariah tidak mengenal bunga. Jadi perlu dibuat UU syariah. Jaminan secara filosofi harus berbasis pembiayaan tidak berbasis riba. Lalu didalamnya itu perlu pengaturan. Karena prinsip kapitalisme tidak mau berbagi atau tidak mau rugi. Bank itu tidak ada ruginya, serugi-ruginya bank, maka adalah untung. Apakah untung banyak atau untung sedikit. Pada saat terjadi pembiayaan maka sudah ditetapkan marginnya, jikapun macet, pihak bank tinggal menjual jaminan untuk pelunasan hutang. Padahal dia sudah membayar sekian. Pada waktu menjual jaminan itu semua biaya yang menyangkut masalah eksekusi juga ditanggung nasabah. Kenapa bank tidak menanggung paling tidak biaya eksekusinya?.

Perbankan syariah sewaktu menetapkan margin, ada 5 hal yang diperhatikannya, yaitu, Pertama itu adalah Kompetitor yaitu sesama perbankan syariah dan juga perbankan konvensional. Sekarang kalau margin konvensional sekian, bank konvensional sewaktu menghitung margin juga memperhitungkan biaya kredit macet. Salah satu unsur penetapan komponen bunga adalah potensi kredit macet sekian persen. Kalau bunga 10 % mungkin potensi kredit macet 2%, maka diambil 2% dari pinjaman itu untuk membiayai potensi kredit macet. Namun ketika kreditnya macet tidak dipakai asas itu. Inilah yang dicontoh oleh

bank syariah. Karena sudah dibuat potensi kredit macet dan ternyata macet mengapa bukan ini yang diambil untuk menutupi, padahal bank sudah untung. Jika benar demikian, dalam konteks bank syariah, apakah hal ini merupakan pendapatan non hal atau keuntungan? Sampai di sini diperlukan fatwa terkait dengan unsur dan batas margin. Selain itu, perlu diperhatikan tentang keuntungan yang diperlukan untuk diberikan ke nasabah/pemegang saham serta biaya untuk mendapatkan modal serta yang tidak langsung dan biaya langsung.

Sampai disini, factor yang membuat tidak idealnya bank syariah adalah sewaktu bank melihat saingan yang diluar itu yaitu bank konvensional. Sementara bank konvensional sudah menetapkan komponennya termasuk kredit macet. Untuk menentukan besarnya juga termasuk liquid atau tidaknya jaminan. Makanya kalau jaminannya ada sertifikat deposito dan ada satu tanah, pasti lebih murah bunga deposito. Karena ini liquid. Bank syariah selalu berlindung dibalik argumentasi suku bunga sebab sangat bergantung pada suku bunga itu sendiri.

Oleh karena itu diperlukan penataan yang dibuat semacam regulasi yang dapat menjamin transparansi dalam menetapkan margin, jujur dan terbuka. Ketika bank syariah telah menetapkan margin resiko macet pembiayaan namun ketika pembiayaan macet margin resiko tadi tidak digunakan. Hal ini disebabkan regulasi tidak mendukung. Seyogyanya setelah jaminan dijual dan dikeluarkan biaya-biaya mengenai pelaksanaan eksekusi barulah diserahkan kepada pihak nasabah.

Demikian pula halnya dengan pembayaran cicilan oleh nasabah dimana pembayaran yang dilakukan adalah bunganya, bukan pokoknya. Karenanya, tidaklah heran jika utang pokoknya masih banyak tetapi bunganya sudah habis karena dipakai dalam teorinya memakai margin dahulu. Jika meminjam di bank konvensional dalam tenor 10 tahun misalnya, setelah membayar selama tiga (3) tahun, nasabah baru membayar bunganya saja. Dalam hal saat melunasi (lunas maju) misalnya, maka pembayarannya juga masih sangat besar.

Untuk mersepons kondisi ini, maka banyak hal yang harus dibenahi. Bukan berarti semuanya harus ditinggalkan. Dalam kaedah disebutkan “Kalau tidak dapat semua maka jangan ditinggal semua”.

F. Keadilan Berimbang

Sebagaimana tujuan Hukum yang disampaikan Gustav tentang keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan, tidaklah semua kasus bisa menjangkau ke 3 hal itu. Ada beberapa hal kita mengutamakan keadilan namun dalam hal lain mengutamakan kepastian Hukum dan kemanfaatannya. Khusus dalam perkara ekonomi syariah, maka teori masalah mursalah, sadd al zariah, dan juga qiyas selalu menjadi primadona. Jadi tidak selalu memakai teori Gustav, walaupun secara umum teori tersebut tetap kita pakai.

Hal ini disebabkan hukum ekonomi syariah yang terjadi saat ini berbeda berbeda dengan zaman Rasulullah. Oleh karena itu, teori masalah mursalah menjadi sangat penting. Misalnya akad Murabahah pada zaman Rasulullah adalah menjual apa yang kita miliki sendiri. Murabahah bagian dari jual beli. Prakteknya sekarang murabahah tidak seperti itu. Bank sebagai yang punya modal tidak punya barang, idak punya stok barang. Saya mau beli rumah, makanya akadnya

diikuti dengan wakalah sehingga nasabah sendiri yang mencari rumahnya. Bank tidak mempunyai stok rumah. Itu bisa dilakukan karena itu berdasarkan masalah mursalah.

Maslahah mursalah merupakan teori yang dalam kaidah Hukum juga disebut *public interest*. Sebenarnya keduanya sama hanya beda label nama saja. Keduanya merupakan kaidah hukum. Teori mashlahah merupakan alat ukur manfaat dan mudharat. Lebih rinci, tolak ukur public interest risk dan benefit.

Kita masih sangat terikat dengan istilah-istilah teori hukum belanda, bagaimana kontestasi hukum belanda dulu dengan sekarang? Karena mau tidak mau misalnya tentang wanprestasi tentang perbuatan melawan hukum kita harus kembali ke 1238 kemudian 1365. Sebab jika kembali ke fiqh maka fikih tidak punya kekuatan. Kecuali ada doktrin tertentu dan itu dalam suatu persoalan.

Hakim selalu merujuk ke KUHPerdara tentang wanprestasi sebab pengaturan sudah detail yakni terdapat 1338, 1320 dan seterusnya. Sementara kita sudah mencoba mengambil Kompilasi hukum ekonomi syariah, namun masalah wanprestasi belum ada ukurannya. Namun tidak semua hal merujuk ke KUHPerdara, misalnya pasal 1242 KUHP “barang siapa yang wanprestasi dan kreditur dapat menggunakan bunga” maka kita tidak dapat memakai pasal tersebut. Sampai disini, fikih perjanjian seharusnya bisa dikodifikasi menjadi hukum nasional.

Dalam hukum perjanjian masih bercampur antara fiqh dan KUHP seperti hal dalam menyelesaikan perkara kontrak, asas kebebasan berkontrak. Dalam KUHPerdara setiap orang bebas membuat apa saja dalam kontrak sepanjang tidak melanggar kesusilaan dan ketertiban umum. Namun dalam Islam tidak hanya sampai disitu, dalam syariah kita tidak boleh membuka kandang babi atau membuka pabrik alkohol atau menyewa rumah untuk prostitusi. Maka itu menjadi kontrak tidak halal.

Melihat perkembangan ekonomi syariah saat ini maka seyogyanya putusan-putusan hakim dapat menjadi alat untuk memperkuat perkembangan ekonomi syariah. Dalam konteks teori Hukum maka teori mashlahah yang harus di kembangkan dan digunakan lebih banyak karena pasti banyak hal-hal yang secara fiqh bertentangan. Sebab perkembangan bentuk dan model ekonomi terus berkembang.

Menggunakan mashlahah sebagai teori bukan berarti menentang nash Al-Quran atau hadits. Sebelum menetapkan mashlahah, maka harus ditentukan lebih dahulu nash yang *qath'i* dan nash yang *zhanni*. Dalam bidang ekonomi, tidak semua nash bersifat absolut (*qath'i*), banyak juga bersifat zhanni. Untuk itu kita harus mereformulasi ulang nash-nash itu mana dia yang di bidang ekonomi syariah yang mana yang zhan dan qathi yang tidak boleh dilanggar.

Ada kasus yang menarik dimana kasus ini bertujuan hanya untuk melakukan shock therapy. Saat kasus masuk ke pengadilan, terlebih dahulu saya memeriksa gugatan sebab gugatan tersebut merupakan gugatan sederhana dengan transaksi dengan nominal di bawah 200 juta. Saat saling berhadapan di ruang sidang, pihak tergugat tidak hadir dalam persidangan. Lalu saya memeriksa mengapa perkara ini masuk ke pengadilan dimana seharusnya bisa melalui teguran atau somasi terlebih dahulu. Lalu, jawaban penggugat hanya untuk shock

terapy bahwa BMT punya power agar para pihak yang wanprestasi itu nantinya mempunyai rasa takut kalau sudah sampai pengadilan dan akhirnya dengan adanya pengajuan gugatan ini nantinya dia kan punya itikat baik untuk membayar hutangnya. Orang jawa itu memiliki rasa malu yang tinggi. Rata rata perkara tahun 2018 itu sudah dicabut semuanya yang merupakan gugatan sederhana dengan pengugat yang sama dan dari lembaga yang sama juga.

Jika tergugat menghubungi lembaga keuangan yang bersangkutan dengan mengatakan “pak saya mau bayar,” maka gugatan itu di cabut. Jadi perkara ekonomi sederhana di Semarang ini semuanya telah dicabut. Bagi orang jawa atau orang awam, jika masalah sudah sampai ke pengadilan atau sampai ke polisi itu sudah merupakan sebuah aib.

Perkara ekonomi syariah biasa juga dikaitkan dengan perbuatan melawan Hukum. Misalnya, bangunan dan tanah KPR yang sudah di lelang lalu yang punya rumah mengajukan gugatan melawan hukum. Demikian pula perkara seorang mahasiswa yang mana ibunya berhutang kemudian ditagih. Kemudian anaknya yang seorang mahasiswa mencari lawyer dan memberikan kuasa padahal mahasiswa tidak memiliki legal standing dan tidak ada kaitannya di bank. Pada saat itu, ibunya juga dihadirkan dalam persidangan dan kemudian gugatannya dicabut karena perkara ini tidak memiliki legal standing.

Dalam prakteknya, lawyer juga tidak pilah perkara yang bisa diajukan, mereka maju tanpa mempelajari perkara terlebih dahulu. Bagi hakim, jika perkara digelar dan para pihak tidak mempersiapkan diri maka siding di skors untuk melakukan musyawarah.

Dalam memutuskan perkara, teori yang digunakan tentu berasal dari ilmu yang berkaitan dengan fikih muamalah dan juga ushul fikih seperti mashlahah. Persoalan muncul saat para pihak juga tidak faham istilah-istilah yang terdapat dalam bank syariah termasuk pihak bank syariah

Sedangkan dalam hal sumber Hukum yang menjadi rujukan hakim yang masih menggunakan Hukum Belanda, hal ini disebabkan hukum acara yang ada di pengadilan agama masih menggunakan hukum umum. Pengadilan di Jawa menggunakan HIR, sedangkan di luar Jawa menggunakan Rbg. Itu semua memang peraturan beracara dari Pengadilan Agamanya kecuali yang diatur secara khusus. Hal ini yang menyebabkan hakim dalam mengambil putusan lebih mendahulukan Hukum Umum terlebih dahulu, karena semua semua hukum acara yang berlaku di peradilan umum juga diberlakukan di Peradilan Agama kecuali yang diatur secara khusus seperti perkara perceraian yang dilakukan secara tertutup.

Sedangkan untuk perkara ekonomi syariah masih menggunakan hukum acara yang sama dengan hukum acara yang berlaku di peradilan umum. Oleh karena itu hakim di peradilan agama memiliki pola pikir yang masih mendahulukan hukum acara yang berlaku di peradilan umum terlebih dahulu kemudian baru menggunakan hukum Islam.

Untuk hukum materil, seperti di PERMA bahwa dalam hukum Syari'ah itu juga menyebutkan istilah wanprestasi bukan istilah hukum Islam. Jadi hal ini terjadi memang dari peraturan atas sudah terbentuk seperti itu. Walaupun kita orang orang syari'ah yang memang seharusnya membiasakan menggunakan

istilah istilah hukum Islam namun karena sudah diatur dari atas jadi sudah ter *minded* dari awal. Seperti halnya tentang pemilihan saksi, bahwa saksi itu harus laki laki, tidak boleh perempuan. Namun hal ini tidak dapat diterapkan sebab dikhawatirkan menyulitkan para pihak. Demikian pu;a dalam kenyataan tidak semua pegawai bank itu laki laki, kebanyakan juga perempuan. Hal ini akan menyulitkan jalannya penyelesaian perkara.

Adapun peranan hukum dan pengadilan dalam perkembangan ekonomi syari'ah dapat dilakukan dengan beberapa hal:

1. Pemurnian akad. Banyak istilah dan substansi akad yang masih belum murni syariah. Beberapa istilah yang masih ambigu misalnya, antara ta'zir dan denda. Ta'zir dan hasil ta'zir harus diberikan kepada hal-hal yang sosial. Sedangkan istilah denda pada istilah konvensional itu hanya menyebutkan badan sosial tanpa ada penjelasan badan sosial mana yang di maksud tersebut.
2. Penguatan fungsi Dewan Pengawas Syariah (DPS). Dalam konteks Jawa Tengah, peran DPS hanya formalitas. Sedangkan yang melakukan pemeriksaan kelengkapan semuanya merupakan anggota anggota kecil seperti mahasiswa
3. Penguatan sumber daya insani perbankan. Banyak personal bank yang masih tidak paham dalam penyebutan istilah istilah. Contohnya sekarang banyak pegadaian yang berbasis syariah, mereka juga masih tidak paham dalam penyebutan istilah istilah syariah. Jadi disinilah yang menyebabkan kurangnya penggunaan istilah istilah syariah dalam ekonomi syariah.

G. Menegaskan Keadilan Hulu ke Hilir

Dalam praktik di lembaga keuangan syariah. Terdapat persoalan yang menjadi salah satu penghambat perkembangan syariah. Dalam berbagai kasus yang ditangani pengadilan agama bahwa pada satu sisi pihak lembaga keuangan syariah memberikan pembiayaan kepada nasabah dengan kesepakatan memberikan agunan. Namun disisi lain, nasabah merasakan ketidakadilan dalam pembiayaan yang diberikan tersebut. Pada saat di persidangan, maka terjadi perdebatan dan laga alat bukti.

Oleh Salah satu titik krusial yang harus di awasi adalah standar kontrak baku. Apakah kontrak baku yang dibuat lembaga keuangan syariah telah sesuai dengan syariah? Tidak hanya itu, apakah standar baku dipahami kedua belah pihak terutama nasabah, dimana nasabah merasa dirugikan disebabkan pemahaman terjadi akad syariah tidak sama antara yang diharapkan dengan kenyataan. Dalam hal ini nasabah biasanya hanya menandatangani akad tanpa mengetahui detail tentang apa dan mekanisme apa dalam akad yang disepakati.

Keadilan yang harus ditegakkan tidak hanya saat sampainya perkara di persidangan. Namun, harus dicari akar penyebabnya yakni isi kontrak yang disepakati para pihak. Karenanya dibutuhkan keadilan hulu hingga hilir. Teori keadilan harus telah dilaksanakan sejak pembuatan kontrak yang biasanya adalah kontrak baku. Nasabah dan pihak lembaga keuangan syariah harus secara bersama-sama memahami isi kontrak. Demikian juga notaris harus mampu memberikan penjelasan yang benar tentang isi kontrak yang sesuai dengan prinsip

syariah. Tidak hanya itu, fungsi DPS harus diperkuat untuk melakukan review atas klausula baku sehingga klausula yang disepakati sesuai dengan syariah. Sampai disini, peran dan fungsi DPS menjadi kuat,

Dalam perkara Nomor 88 K/AG/2017 sebagaimana disebutkan di atas, dimana nasabah dan bank yang telah menyepakati sebuah perjanjian pembiayaan, Namun, dalam perjalanan waktu, setelah melakukan pembayaran beberapa kali, nasabah mengajukan gugatan dengan mendalilkan akad murabahah tidak memenuhi syarat murabahah disebabkan ketidakpahaman nasabah atas kontrak.

Hakim dalam perkara ini berpendapat gugatan terhadap akad, murabahah yang telah disepakati dan dijalankan sebagian tidak bisa membatalkan perjanjian. Dalam perkara ini penggugat dapat dikategorikan sebagai pihak yang beriktikad tidak baik sehingga tidak wajib dilindungi secara hukum.⁶¹⁸ Benar bahwa perjanjian telah disepakati bersama, namun bisa jadi nasabah tidak paham secara keseluruhan, dan nasabah baru faham saat tidak bisa membayar dan menimbulkan konsekuensi yang tidak diketahuinya sejak awal. Walaupun, hakim mempunyai alasan, jika penggugat tetap dilindungi maka akan menjadi preseden buruk yang merusak tatanan lembaga keuangan syariah.

⁶¹⁸ Wawancara dengan Hakim Mahkamah Agung, Amran Suedi, Tanggal 21 September 2019 di Mahkamah Agung RI

BAB VI **PENUTUP**

A. Kesimpulan

Berdasarkan hasil penelitian yang telah dibahas pada bab-bab sebelumnya, maka dapat disimpulkan tiga hal sebagai berikut:

1. Konsep teori hukum ekonomi syariah selain berlandaskan pada landasan hukum Islam yakni Al-Quran, Al-Hadis, ijtihad dan pendapat para ulama juga harus disesuaikan dengan kondisi ekonomi mashlahah. Teori hukum ekonomi syariah berdasarkan ekonomi mashlahah adalah teori hukum yang tidak hanya melihat hukum berdasarkan benar salah, namun melihat konsep teori hukum berdasarkan manfaat dan mudharat. Hukum yang berdasarkan mashlahat-mudharat harus bisa dibuktikan secara kualitatif maupun kuantitatif. Oleh karena itu, teori hukum ekonomi syariah memberikan landasan yang kuat untuk menggeser paradigma hukum ke arah yang lebih manfaat dan menghindari dari yang mudharat.
2. Teori hukum ekonomi syariah mengalami perkembangan dan pergeseran yang signifikan pasca positivisasi hukum ekonomi syariah melalui perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Teori hukum ekonomi syariah menjadi ilmu yang berdiri sendiri setelah berlakunya UU Nomor 10 Tahun 1998 tentang Hukum Perbankan dan dipertegas setelah berlakunya UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah berikut dengan turunannya dalam bentuk Peraturan Bank Indonesia (PBI), Surat Edaran Bank Indonesia (SEBI, Peraturan Otoritas Jasa Keuangan (POJK) dan seterusnya. Pelaksanaan teori tersebut menjadi kuat setelah berlakunya UU Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama. Berikutnya, perkembangan tersebut masih mengalami kendala, diantaranya disebabkan sosialisasi dan edukasi ekonomi syariah kepada seluruh stake holders.
3. Model teori ekonomi syariah Indonesia berdasarkan tiga bentuk yakni teori hukum ekonomi syariah yang murni berasal dari fikih muamalah, model teori hukum ekonomi syariah melebar (extended) dan model teori hukum ekonomi syariah yang kombinasi dengan teori hukum lainnya. Dalam menghadapi problematika hukum ekonomi yang dinamis maka model teori ekonomi syariah harus bersifat mashlahah legal movement (pergerakan hukum yang berorientasi mashlahah). Teori hukum ekonomi syariah harus aktif bergerak melihat dimana terdapat kemashlahatan ekonomi (*mashlahah economics*).

B. Saran-saran

Berdasarkan hasil penelitian yang telah dibahas pada bab-bab sebelumnya. Terdapat beberapa saran-saran sebagai berikut:

1. Memperkuat kurikulum hukum ekonomi syariah yang berkaitan dengan hukum acara. Banyak perkara ekonomi syariah yang masuk ke

Comment [x30]: Tidak perlu dimiringkan

Pengadilan Agama tidak sampai pada tataran hukum materil disebabkan oleh kesalahan dalam hukum formil.

2. Pembahasan Teori Hukum ekonomi syariah harus diperluas tidak hanya berkaitan dengan perbankan syariah, asuransi syariah, namun juga hukum-hukum ekonomi lainnya seperti hukum perlindungan konsumen, hukum persaingan usaha, hukum HKI dan lain sebagainya sehingga keadilan substantif dapat diperoleh.
3. Diperlukan upaya sosialisasi dan edukasi kepada masyarakat tentang hukum ekonomi syariah. Sosialisasi tidak hanya kepada masyarakat namun juga kepada pihak perbankan atau lembaga ekonomi lainnya.