

DISKURSUS HUKUM ISLAM DI INDONESIA

Lahaji

Kamaruddin

Abdul Haris Abbas

Aida Humaira

Muh. Fudhail Rahman

Penerbit

Institut Agama Islam Negeri Sultan Amai Gorontalo

2023

DISKURSUS HUKUM ISLAM DI INDONESIA

DISKURSUS HUKUM ISLAM DI INDONESIA

Penulis:

Lahaji

Kamaruddin

Abdul Haris Abbas

Aida Humaira

Muh. Fudhail Rahman

Editor

Nazar Husain Hadi Pranata Wibawa

Hak Cipta dilindungi Undang-Undang
All rights reserved

Cetakan I Maret 2023

ISBN 978-623-93168-7-7

Diterbitkan oleh:

Institut Agama Islam Negeri Sultan Amai Gorontalo

Alamat:

Lantai II Gedung P3M Kampus II

Jl. Sultan Amai Kel. Pone Kab. Gorontalo

Telp. 0435-880251,821942,822725

KATA PENGANTAR

Para penulis menghadirkan buku diskursus tentang hukum Islam yang berkembang di Indonesia. Pertama berjudul ***Politik hukum pelebagaan peradilan agama di Indonesia***. Secara historis, tampak dipermukaan betapa nuansa politik memang selalu menyertai sejarah peradilan agama. Pada masa kerajaan Nusantara dan kerajaan Melayu, lembaga peradilan agama dapat eksis, karena didukung oleh kehendak politik penguasa/raja. Demikian pula sebaliknya, pada masa kolonial, lembaga ini cenderung dimarginalkan karena kepentingan politik hukum kolonial. Apa yang terjadi pada fase awal kemerdekaan, juga menguatkan tesis tersebut. Karena tidak terbangunnya hubungan yang simbiosis mutualistik antara Islam dan negara, maka sulit bagi negara bersikap akomodatif terhadap kepentingan umat Islam.

Kedua berjudul ***Beragam norma hukum dalam penerapan waris***; Persamaan dan latar belakang persamaan perbandingan sistem hukum waris adat, hukum waris Islam dan hukum waris perdata Barat (BW) adalah memberi pemaknaan sama dengan tujuan hukum waris merupakan suatu hukum yang mengatur tentang bagaimana mengalihkan suatu harta dari si mayit kepada ahli warisnya

Perbedaan dan latar belakang perbedaan perbandingan sistem hukum waris adat, Islam dan perdata Barat adalah suatu perbedaan diawali cara pandang mereka dari sumber dimana mengambil hukum tersebut, baik dari asas-asas, prinsip-prinsip, serta cara pembagian atau bagian masing-masing dari ahli waris.

Ketiga berjudul ***Hukum Islam dalam hukum nasional***. Dalam upaya penerapan hukum Islam di Indonesia, terdapat empat teori pemikiran mengenai penerapan hukum Islam (syari'at) di Indonesia: a) Teori pemikiran formalistik-legalistik; b) Teori Pemikiran Strukturalistik; c) Teori Pemikiran Kulturalistik; c) Teori Pemikiran Substantialistik-Aplikatif. Dari segi orientasi penerapannya dapat diklasifikasikan menjadi tiga kelompok. Orientasi pertama memang sangat idealistis dalam konteks Islam, tapi kurang realistis dalam konteks masyarakat dan bangsa Indonesia yang sangat plural. Sedangkan orientasi kedua sangat idealistis dalam konteks keindonesiaan tapi kurang realistis dalam konteks Islam, yang ajarannya tidak memisahkan antara agama dengan negara. Tarikan yang kuat terhadap salah satu orientasi akan mengakibatkan semakin kuatnya tarikan ke arah orientasi yang berlawanan, dan bahkan akan menimbulkan konflik internal yang lebih besar. Oleh karena itu, diperlukan jalan tengah di antara keduanya, yakni menjadikan Islam sebagai sub-ideologi bagi Pancasila

Strategi upaya integrasi hukum Islam bagi pembinaan hukum nasional harus didukung oleh tiga komponen dengan berbagai persaratan yakni: (1) komponen struktur, (2) komponen substansi, dan (3) komponen kultur. Dengan ketiga komponen tersebut, maka yang menjadi garapan umat pada masa-masa mendatang tidak saja pada bidang-bidang hukum privat, tetapi juga bidang hukum yang menyangkut sektor publik. Dengan demikian, hukum Islam akan mempunyai posisi tawar yang tinggi dalam proses transformasi bagi pembinaan hukum nasional.

Judul keempat ***istihsan dalam proses istinbat hukum***. Istihsan sebagai metode dalam berijtihad adalah termasuk dalil hukum yang masih diperselisihkan penggunaannya di kalangan ulama usul. Perbedaan pendapat dalam penggunaannya bukan hanya disebabkan oleh perbedaan dalam mengartikannya, tetapi memang berbeda dalam menempatkannya sebagai suatu dalil yang berdiri sendiri.

Istihsan beserta implikasinya yang mencakup penjelasan tentang pengertian (secara bahasa dan istilah) menurut ulama yang mendukung maupun yang menolak istihsan, macam-macam istihsan, dalil kehujjahan istihsan, sejarah perkembangan istihisan sebagai sumber hukum, perdebatan ulama tentang kehujjahan istihsan, dan penerapan istihsan dalam hukum kontemporer.

Tulisan terakhir berjudul ***Bai' salam dalam transaksi muamalat***. Dalam transaksi jual beli di lembaga keuangan syariah dewasa ini, dapat dilihat penerapannya bahwa di samping jual beli murabahah, dikenal pula dengan jual beli salam (ban salam). Jual beli yang bermakna jual beli pesanan ini hampir tidak ditemukan dasarnya dalam sejarah era Rasulullah secara detil. Bahkan aplikasinya ketika itu sebagaimana yang dikenal saat ini adalah sesuatu yang dilarang. Namun, seiring dengan perjalanan waktu kebutuhan dan kepentingan masyarakat yang besar terhadap aplikasi bai' salam ini, maka di antara ulama membolehkannya atas dasar maslahat dan 'urf. Secara umum, aplikasi ba salam sangat dekat kepada bai istisna, yang keduanya bermakna jual belt pesanan, tapi hanya berbeda pada teluis serahterima bunya dan lama waktu pemesanan.

Gorontalo, Maret 2023

Penulis

Daftar isi

Politik hukum pelebagaan peradilan agama di Indonesia	
Lahaji	1
Beragam norma hukum dalam penerapan waris	
Kamaruddin	43
Hukum Islam dalam hukum nasional	
Abdul Haris Abbas	74
Istihsan dalam proses istinbat hukum	
Aida Humaira	108
Bai' salam dalam transaksi muamalat	
Muh. Fudhail Rahman	136

POLITIK HUKUM PELEMBAGAAN PERADILAN AGAMA DI INDONESIA

Lahaji

Fakultas Syariah

IAIN Sultan Amai Gorontalo

PENDAHULUAN

Suatu institusi keagamaan atau kemasyarakatan sulit dipahami jika tidak dikaitkan dengan perkembangan sosial politik yang mengitarinya. Asumsi ini diperkuat oleh tesis NJ Coulson yang menyebutkan bahwa hukum senantiasa hidup dan berkembang sejalan dengan laju perkembangan suatu masyarakat.¹

Secara sosiologis, tidak sulit membuktikan tesis tersebut, karena implementasi cita hukum² dan kesadaran

¹ NJ Coulson, *A History of Islamic Law* (Edinburgh University Press, 1991), h. 1

² Cita hukum adalah konstruksi pikir yang merupakan keharusan untuk mengarahkan hukum kepada cita-cita yang diinginkan masyarakat. Karena itu, cita hukum berfungsi sebagai bintang pemandu bagi tercapainya cita-cita masyarakat lihat A Hamid S. Attamimi, "Hukum Indonesia Hendaknya Tidak

hukum juga turut dibentuk oleh konfigurasi sosio-politik yang berkembang dalam tatanan kehidupan kemasyarakatan. Karena itulah, Peradilan Islam juga tidak dapat melepaskan diri dari pengaruh lingkungan sosial politik yang mengitarinya.³

Secara historis, Peradilan Agama di Indonesia telah lama memainkan peran yang penting dalam penegakan hukum di kalangan masyarakat Muslim. Peran itu bahkan telah berlangsung jauh sebelum negara Indonesia merdeka. Pada masa awal kedatangan Islam di Nusantara, ketika komunitas Muslim belum terbentuk, pelebagaan hukum Islam memang masih bersifat *mulzim bi nafsih* (berlaku dengan sendirinya), tanpa ada kekuatan politik yang mendorongnya karena memang masyarakat Muslim belum membentuk suatu pemerintahan. Periode ini dikenal dengan era *tahkim*. Pada era ini, umat Islam menyelesaikan persoalannya secara sederhana dengan cara mengangkat seseorang yang dianggap memiliki otoritas menjadi *muhakkam*

Pola *tahkim* ini kemudian berkembang seiring dengan perkembangan masyarakat Muslim. Ketika kerajaan-kerajaan Islam telah terbentuk, maka pola ini berkembang menjadi

Meninggalkan Cita Hukum dan Cita Negara, dalam *Mmbar Hukum* No. 13 Tahun V 1994, h 2

³ Daniel S. Lev, *Peradilan Agama Islam di Indonesia*, terj. Zaini Ahmad Noch (Jakarta Intermasa, 1986), h. 18

pelimpahan wewenang oleh ahlul halli wa al 'aqdi.. Selanjutnya berkembang menjadi tauliyah dari Imam atau delegation of authority. Pada era ini, hakim sudah diangkat oleh sultan atau raja.⁴

Dalam hubungan ini perlu dicatat bahwa pada masa-masa awal Peradilan Islam itu, wewenangnya sangat luas dan tidak terbatas hanya pada urusan alwal al-syakhsiyali saja, seperti nikah, talak rujuk, waris, ladanalt, tetapi juga mencakup hukum pidana (jinayah), sehingga Peradilan Islam ketika itu betul-betul merupakan peradilan umum bagi umat Islam.⁵

Selain dalam masalah yurisdiksi, para raja/sultan juga menempatkan aparat pengadilan ketika itu pada posisi penting. Bahkan di beberapa kerajaan, jabatan ketua pengadilan langsung dijabat oleh Sultan. Melihat eksistensinya yang sedemikian kuat itulah, maka Lev berpendapat bahwa di setiap tempat yang pengaruh Islamnya kuat, pasti di daerah itu terdapat Peradilan Agama. Bahkan di beberapa daerah yang secara de jure tidak terdapat Peradilan Agama sekalipun, seperti Sulawesi Utara, Gayo, Alas, dan lain-lain, ulama-ulama setempat tetap diberi tugas oleh penguasa untuk melaksanakan tugas-tugas Peradilan. Lev bahkan memastikan, bahwa khusus di Jawa, sejak abad keenam belas,

⁴ Daniel S. Lev, *Peradilan Agama*, h. 1-3

⁵ M Djamil Latif, *Kedudukan dan Kekuasaan Peradilan Agama di Indonesia* (Jakarta Bulan Bintang, 1983), h. 9

tidak ada Peradilan resmi lain yang melayani rakyat di pulau ini selain Pengadilan Agama dengan hukum materilnya bersumber dari hukum Islam.⁶ Nuktah penting yang perlu digarisbawahi dalam konteks ini adalah eksisnya lembaga Peradilan Islam karena legal policy yang dikembangkan para sultan.

Kehadiran kolonial Belanda menjadikan arah perkembangan Peradilan Islam tidak lagi linear dengan aspirasi umat. Sesuai dengan politik hukum yang dikembangkannya, maka pada masa-masa awal kedatangannya, Belanda membiarkan lembaga-lembaga yang ada dalam masyarakat berjalan sebagaimana sebelumnya, termasuk lembaga Peradilan Agama.⁷ Langkah itu diambil sebagai upaya menghindari perlawanan dari masyarakat setempat. Tetapi, ketika Belanda sudah merasa kuat dan memandang hukum Islam dan lembaga-lembaganya sebagai ancaman, maka secara bertahap dan sistematis, Belanda berusaha mengurangi peran dan wewenang hukum Islam dan institusi Peradilan Agama. Pada masa-masa itulah, lahir politik hukum seperti *Adatrecht Politiek receptie in complexu theorie* dan *receptie theorie*. Meskipun dalam bentuknya ada

⁶ Daniel S. Lev. *Peradilan Agama Islam di Indonesia*, h 25

⁷ Muhammad Daud Ali, "Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Hukum Indonesia." dalam Taufik Abdullah dan Sharon Shiddieque (ed.), *Tradisi dan Kebangkitan Islam di Asia Tenggara* Jakarta: LP3ES. 1988). h 212

perbedaan di antara teori-teori yang dikembangkan kolonial Belanda itu, namun tujuan akhirnya adalah menghambat meluasnya hukum Islam. Sebagai efek domino politik hukum Belanda itu bagi lembaga Peradilan Islam adalah lemahnya posisi Peradilan Agama, baik dari segi kewenangan, status, citra, kelembagaan dan sebagainya.

Sebagai bias dari politik hukum Belanda, maka perjalanan sejarah Peradilan Agama pasca kemerdekaan tidak serta merta lebih baik ketimbang fase sebelumnya. Keberadaan dan perannya selalu ditempatkan dalam posisi marginal, bahkan dalam fase tertentu diusahakan untuk dihapuskan. Fenomena tersebut paling tidak berlangsung sampai tahun 1989 ketika Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama diundangkan, terlepas dari kenyataan bahwa secara normatif Peradilan Agama telah diakui sebagai "Peradilan negara" dalam Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970.

Salah satu wujud marginalisasi Peradilan Agama adalah tidak diberikannya hak untuk menjalankan sendiri keputusan yang dibuatnya. Untuk dapat dijalankan, putusan pengadilan agama harus mendapat restu atau izin dari pengadilan negeri dalam bentuk *executoir verklaring*.

Kenyataan itu tentu saja merupakan fenomena yang unik sekaligus diskriminatif, karena lembaga peradilan lainnya sebagaimana diatur dalam Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 diberi hak untuk menjalankan sendiri

keputusannya. Kenyataan itulah yang mendorong banyak pihak menyebut Peradilan Agama ketika itu dengan istilah pejoratif. Munawir Sjadzali misalnya, dengan penuh kekecewaan menyebut Peradilan Agama ketika itu sebagai peradilan "pupuk bawang", yang berarti diakui secara politik dan hukum, namun pengakuan itu tidak disertai dengan pemberian hak-hak sebagaimana mestinya.⁸

Dengan nada yang kurang lebih sama, Busthanul Arifin bahkan tidak menyebutnya sebagai lembaga peradilan sama sekali, tetapi semata-mata sebagai lembaga keagamaan yang diberi tugas untuk mendamaikan orang-orang Islam yang bersengketa tentang soal keluarga.⁹

⁸ Munawir Sjadzali "Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Moh Mahfudh, dkk (ed.). *Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia* (Yogyakarta Ull Press, 1993), h. 27

⁹ Busthanul Arifin, *Transformas Hukum Islam ke Hukum Nasional Bertemin dengan Benang Kusat* (Jakarta Yayasan al-Hikmah 2001), h 150 Kekecewaan itu ternyata juga dirasakan oleh seluruh komunitas Peradilan Agama Sebagai langkah protes dan sekaligus menggelorakan monil perjuangan kesetaraan, maka di setiap pengadilan Agama pada salah satu dindingnya selalu tergantung surat Umar bin Khattab kepada Abu Musa al-Asyari Surat itu berisi deklarasi bahwa Peradilan dalam Islam adalah waph dan sunnah yang harus dukuti. Tidak ada manfaatnya berkata tentang kebenaran jika tidak dijalankan Surat tersebut sering dijadikan hujah hakim Peradilan Agama bahwa Peradilan Agama adalah Peradilan yang mandiri sejak zaman Nabi Karena itu, pemarginalan Peradilan im dipandang sebagai ketidakadilan dan politik hukum pemerintah kolonial Belanda sampai Orde Baru Makna simbolik yang muncul dari penempatan surat Umar tadi adalah bukan pada teknis Peradilannya, namun pada keinginan bahwa Peradilan dan hukum Islam harus ada Karena itu, apapun kondisi politiknya, Peradilan Agama tidak boleh ditinggalkan dan harus diperjuangkan eksistensinya

Pandangan-pandangan itu mewakili ekspresi kekecewaan terhadap sistem politik hukum nasional yang diskriminatif. Ironisnya, diskriminasi dalam hal yurisdiksi tersebut melebar ke sejumlah persoalan lain sehingga Peradilan Agama benar-benar sempurna menjadi peradilan yang dianaktirikan. Misalnya dalam penampilan fisik gedung, kerap kali peradilan ini menempati bangunan seadanya. Demikian pula hakim-hakimnya. Sampai pada tahun 1990-an, masih banyak hakimnya yang digaji secara honorer. Tidak seperti hakim-hakim pada lingkungan peradilan yang lain, hakim-hakim Peradilan Agama hanya memiliki status sebagai "hakim departemen", bukan sebagai "hakim negara".¹⁰

Baru pada tahun 1989, melalui Undang-undang Nomor 7, Peradilan Agama memperoleh "kemerdekaan" dalam arti dapat memerankan diri sebagai lembaga peradilan yang sesungguhnya. Tetapi, sejak awal perlu dicatat bahwa "kemerdekaan" itu tidak datang dengan sendirinya. Melainkan melalui perjuangan politik yang sangat panjang dan berliku. Kemunculannya merupakan hasil dari tarik-menarik kekuatan-kekuatan politik yang mengitarinya, baik kekuatan politik itu didasari oleh agama, ekonomi, sosial maupun aspek lainnya. Hukum sebagai produk politik inilah yang akan dibahas dalam makalah ini. Dengan kata lain,

¹⁰ Achmad Gunaryo, *Pergumila Politik dan Hukum Islam: Reposisi Peradilan Agama dari Peradilan "Pupuk Bawang Menuju Peradilan yang Sesungguhnya*, (Semarang Pustaka Pelajar. 2006),h.4

bagaimana proses-proses pengumpulan politik pelebagaan Peradilan Agama di Indonesia, akan direkonstruksi dalam tulisan ini.

PEMBAHASAN

1. Dinamika Politik di Indonesia pada saat Pelebagaan Peradilan Agama

Pelebagaan peradilan agama Islam di Indonesia terjadi pada masa Orde Baru Oleh karena itu, untuk memahami pengumpulan politis yang menyertai pelebagaan itu, gambaran tentang dinamika politik umat pada masa itu, dan sikap negara terhadap politik yang dikembangkan umat Islam patut dielaborasi secara komprehensif.

Pada dekade 1980-an, telah terjadi perubahan-perubahan drastis dalam bidang sosial, agama, dan khususnya politik di Indonesia. Umat Islam dalam menyalurkan aspirasi politiknya tidak lagi terjebak pada bentuk-bentuk formalisme dengan kecenderungan eksklusivitas yang tinggi seperti tuntutan berdirinya negara Islam. Pada dekade ini, pendekatan politik yang mereka lakukan lebih substantif dan integratif. Perjuangan umat lebih mengarah pada sikap-sikap inklusif dan menghindarkan diri dari pemisahan-pemisahan kateogoris yang kaku. Inklusivitas itu ditunjukkan dengan pengembangan dan

sosialisasi wacana bahwa umat Islam juga adalah bagian dari kategori sosial yang lebih luas yaitu bangsa Indonesia.

Menurut catatan Bahtiar Effendy, penekanan utama dari perubahan orientasi politik demikian itu adalah terbentuknya hubungan yang saling melengkapi dan harmonis antara Islam dan negara, sekaligus mengikis hubungan yang antagonistik-jukstapositional sebagaimana yang terjadi pada periode-periode sebelumnya yang ternyata selalu berakhir dengan kegagalan.¹¹

Seperti sering diungkapkan para analis, hubungan antara Islam dan negara di Indonesia, terutama pada masa-masa awal kemerdekaan sampai berakhirnya masa Orde Lama, pada sebagian besar sejarahnya merupakan cerita antagonisme. Untuk waktu yang agak lama, sejarah Islam Indonesia ditandai dengan kemandegan politik. Bahkan, Islam politik (political Islam) pernah dianggap sebagai pesaing kekuasaan. Karena adanya persepsi yang sedemikian itu, pihak negara berusaha untuk menghalangi dan melakukan domestikasi terhadap gerak ideologis politik Islam. Sebagai konsekuensinya, bukan saja para aktivis Islam gagal untuk menjadikan Islam sebagai ideologi dan atau agama negara (pada 1945 serta pada dekade 1950-an), tetapi

¹¹ Bahtiar Effendy, *Islam dan Negara: Transformasi Pemikiran dan Praktik Politik Islam di Indonesia* (Jakarta Paramadina, 1998), h. 271

mereka juga sering disebut sebagai kelompok yang secara politik minoritas, marginal dan atau dianggap "outsider".¹²

Tahun-tahun panjang di masa awal pemerintahan Orde Baru pun, paling tidak hingga pertengahan atau akhir 1970-an, politik Islam merupakan sesuatu yang oleh negara dianggap ancaman. Oleh karena itu, apapun langgam dan format yang dimunculkan para aktivis politik Islam, ditanggapi oleh negara dengan kebijakan domestikasi.

Melihat hubungan kontra antagonistik seperti itulah, maka sejak awal dasawarsa 1970-an mulai muncul pemikiran baru. Nada dasar intelektualisme baru itu dibentuk dan dipengaruhi oleh situasi politik yang tidak menguntungkan Islam serta akibat negatifnya yang dirasakan oleh pemikir dan aktivisnya. Kondisi yang tidak mengenakkan itu muncul antara lain, disebabkan oleh hubungan yang kurang harmonis dan integratif antara Islam dan negara. Karena itu perlu dibuka jalan agar hubungan Islam dan negara menjadi harmonis.

Gerakan pemikiran ini dimotori oleh generasi pemikir dan aktivis Muslim baru yang sejak 1970-an, berusaha untuk

¹² Ruth Mc Vey, "Faith as the Outsider Islam in Indonesian Politics, dalam James Pescatori (ed.), *Islam in the Political Process* (Cambridge Cambridge University Press, 1983), h. 199

mengembangkan format politik Islam yang lebih memperhatikan isi (substance), daripada bentuk (form). Dengan kecenderungan semacam itu, mereka berharap agar soal keislaman dan keindonesiaan dapat disintesis dan diintegrasikan dengan baik.¹³

Mereka kemudian mencoba menawarkan konsep baru melalui tiga garapan utama. Pertama, berhubungan dengan pembaharuan pemikiran keagamaan. Kedua, berkaitan dengan masalah pembaruan politik dan birokrasi. Ketiga, menyangkut isu transformasi sosial.¹⁴

Perkembangan intelektualisme Islam baru pada tiga bidang garapan itu telah membawa berbagai implikasi. Khusus bagi perkembangan diskursus pemikiran dan praktik politik Islam, pola ini akhirnya memunculkan dasar-dasar teologis baru, aspirasi-aspirasi baru serta pendekatan baru

¹³ Ide tentang integrasi "keislaman dan keindonesiaan" dapat dilihat misalnya dalam tulisan Nurcholish madjid, "Integrasi Kelslaman dan keindoneesiaan untuk Menatap Masa Depan Bangsa, *Makalah*, disampaikan pada peresmian berdirinya Yayasan Wakaf Paramadina, Jakarta, 1986

¹⁴ Bahtiar Effendy, *Teologi Beru Politik Islam Pertautan antara Agama, Negara dan Demokrasi* (Yogyakarta Galang Press, 2001). h 10 Uraian lebih rinci terhadap ketiga wilayah garapan itu telah dijelaskan oleh Bahtar Effendi dalam Disertasinya untuk meraih gelar Doktor pada Departemen Ilmu Politik Ohio State University Amerika Serikat Islam and The State The Transformation of Islamic Political Ideas and Practices in Indonesia," yang kemudian diterbitkan dalam bentuk buku yang berjudul *Islamdan Negara Transformasi Pemikiran dan Praktik Politik Islam di Indonesia* (Jakarta Paramadina, 1998)

dalam berpolitik. Pada masa-masa itu, "politik keummatan" kalau istilah ini bisa digunakan sebagai padanan dari politik Islam, diarahkan untuk mengembangkan dimensi substantif politik Islam. Sementara nuansa-nuansa simbolik ideologis - yang tidak saja pernah ditolak tetapi juga dijadikan sumber untuk mengembangkan antagonisme politik terhadap Islam-dijauhkan. Inilah yang mengubah pola politik Islam lama, baik dari segi pemikiran (cita-cita dan aspirasi) dan praktik (cara, alat dan instrumen untuk merealisasikan aspirasi).¹⁵

Dalam konteks keindonesiaan, munculnya pemikiran baru itu dapat dilihat sebagai panacea untuk menciptakan sebuah sintesis yang secara sosiologis- keagamaan lebih memungkinkan. Sejauh ini, upaya-upaya tersebut dilakukan dengan cara mengembangkan pemikiran-pemikiran keagamaan dan aktivisme politik yang dianggap sesuai dengan situasi sosial keagamaan masyarakat Indonesia yang heterogen. Gerakan pemikiran ini berusaha untuk mengembangkan format politik Islam yang lebih memperhatikan isi (substance), daripada bentuk (form). Dengan model dasar semacam itu, mereka berharap agar soal keislaman dan keindonesiaan dapat disintesis dan diintegrasikan dengan baik.

¹⁵ Bosco Carvallo dan Dasrizal (eds). *Aspirasi Umat Islam Indonesia* (Jakarta: Lappenas. 1983), h. 45.

Langkah-langkah ini dalam banyak hal, telah mencairkan hubungan ideologis dan politis antara Islam dan negara yang selama ini tegang, saling curiga dan bersifat antagonis. Demikianlah, sejak pertengahan dasawarsa 1980-an telah terjadi perubahan besar-besaran atas politik Islam. Hal itu ditandai dengan dirumuskannya sejumlah kebijakan yang dinilai sejalan dengan preferensi sosial budaya, ekonomi dan politik komunitas Muslim.

Meskipun lahirnya sejumlah aturan yang sejalan dengan preferensi ajaran Islam tersebut tidak semata-mata disebabkan karena satu aspek, tetapi dari sisi politik harus diakui bahwa diakomodasinya kepentingan komunitas Islam itu untuk sebagiannya disebabkan karena semakin mencairnya hubungan antara Islam dan negara. Karena hubungan yang cair itulah, maka semakin terbuka akses bagi kalangan Muslim ke kekuasaan yang ditandai dengan duduknya banyak aktivis Islam di pemerintahan dan lembaga legislatif. Pandangan seperti itu semakin argumentatif jika dikaitkan dengan akibat-akibat positif yang dihasilkannya. Apa yang dulu pernah dikenal dengan istilah "Islamisasi birokrasi" dan "ijo royo-royo" merupakan indikasi dari

keberhasilan pendekatan "integratif" di atas yang sulit untuk dibantah.¹⁶

Sejak terbangunnya hubungan yang simbiosis-mutualis antara Islam dan negara, maka secara bertahap kecenderungan-kecenderungan pemikiran di kalangan umat Islam juga mengalami pergeseran paradigma. Jika sebelumnya, pemikiran dan agenda politik umat selalu dibangun dalam konteks yang legal- formal dan eksklusif, kini umat Islam semakin terbuka dengan pandangan- pandangan baru yang lebih inklusif dan substansialistik.

Kegagalan yang berulang dalam kancah politik, pembangunan bidang agama yang secara faktual bermanfaat bagi umat Islam, politik agama yang lebih akomodatif terhadap aspirasi umat Islam dan sebagainya, adalah faktor-faktor yang ikut mendorong terjadinya pergeseran pemikiran di kalangan umat Islam. Dengan kata lain, karena situasinya yang sudah sedemikian jauh berbeda, maka umat Islam mulai meredefinisikan dan memformulasikan kembali keberadaan dan posisi politiknya, menghadapi perkembangan-perkembangan baru yang dirasakannya sudah berbeda dengan masa-masa sebelumnya.

¹⁶ Bahtiar Effendy, *Teologi Baru Politik Islam Pertanton Agama Negara dan Demokrasi* (Yogyakarta: Galang Press, 2001). h 35

2. Konfigurasi Politik Mengiringi Pelembagaan Peradilan Agama di Indonesia

Untuk menjelaskan konfigurasi politik hukum pemerintah dalam pelembagaan peradilan Agama di Indonesia, maka secara kronologis perlu diungkapkan proses lahirnya lembaga Peradilan Agama tersebut, mulai dari ide dasarnya, persiapannya, penyusunan sampai finalisasi produk hukumnya.

Pada tanggal 3 Desember 1988, Presiden Soeharto, dengan amanat Presiden Nomor R06/PN/XII/1988, mengajukan sebuah draft Rancangan Undang-undang tentang Peradilan Agama ke DPR. Dari sisi rentang waktu, pengajuan RUU tersebut tentulah sangat terlambat, karena terhitung sejak dikeluarkannya UU No. 14/1970 tentang Kekuasaan Kehakiman, dalam pasal 10 ayat 1 Undang-undang itu, eksistensi lembaga Peradilan Agama sudah digariskan Artinya dibutuhkan waktu sekitar 18 tahun sebelum pemerintah menindaklanjuti amanah dalam UU 14/1970 itu.

Dari sisi proses perjuangan ke arah itu, pengajuan draft RUUPA oleh pemerintah tersebut sebenarnya merupakan realisasi dan kelanjutan dari apa yang telah dirintis oleh kementerian agama tujuh belas tahun sebelumnya. Pada tahun 1971, di tengah kegusaran akan

banyaknya pihak yang secara politik berupaya menghapuskan Peradilan Agama sebagaimana dimatkan dalam UU 14/1970 itu, Menteri Agama KH. Moeh. Dahlan berinisiatif mengajukan izin prakarsa kepada Presiden untuk menyusun RUU Peradilan Agama.¹⁷ Tetapi dengan kondisi politik dan posisi umat Islam secara politik ketika itu, dapat dimengerti jika kemudian Presiden tidak merespons usul Menteri Agama itu.

Presiden bahkan menyerahkan persoalannya kepada Menteri Kehakiman. Mengingat hubungan antara Departemen Agama dan Departemen Kehakiman yang didominasi oleh PNI ketika itu kurang baik, maka penyerahan persoalan oleh Presiden kepada Menteri Kehakiman ditanggapi dengan sikap skeptis dan bahkan curiga, mengingat selama ini Departemen Kehakiman yang menjadi basis kekuatan nasionalis sekuler selalu berseberangan pendapat dengan Departemen Agama yang merupakan basis golongan Islam. Pengalaman tahun 1958 dan 1967 menjadi trauma yang tidak mudah dilupakan oleh Departemen Agama. Pada tahun-tahun itu, Departemen Agama selalu gagal

¹⁷ Berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 15 Tahun 1970 yang kemudian diperbaharui dengan Keputusan Presiden Nomor 198 Tahun 1998, maka setiap Departemen atau Lembaga Pemerintah Non-Departemen (LPND) yang akan membuat atau menyusun suatu Rancangan Undang-undang (RUU) harus mengajukan izin prakarsa kepada Presiden. Hal itu merupakan bagian dari konsekuensi dianutnya sistem presidensial

memperjuangkan Undang-undang Perkawinan umat Islam di perlemen karena selalu ditentang oleh Departemen Kehakiman.

Kekhawatiran pihak Departemen Agama menjadi kenyataan, ketika pada tanggal 16 Desember 1974 Menteri Kehakiman dengan nomor surat SM/K/XII/1974 melayangkan surat jawaban kepada Menteri Agama yang berisi penolakan atas izin prakarsa seperti yang diajukan Menteri Agama. Alasannya, karena Peradilan Umum belum memiliki Undang-undang yang mengaturnya. Dengan kata lain, RUU Peradilan Agama tidak boleh mendahului RUU Peradilan Umum

Meskipun tidak tampak di permukaan, penolakan itu semakin menunjukkan rivalitas antara Departemen Agama dengan Departemen Kehakiman. Bagi Departemen Agama sendiri, tidak ada relevansi antara penolakan dengan alasan yang dikemukakan. Bahkan persoalannya bukan terletak pada penolakan itu, tetapi pada alasan mengapa harus menunggu Peradilan Umum. Sikap-sikap seperti itulah yang sebagiannya menunjukkan bahwa sejak lama posisi Peradilan Agama hanya dianggap subordinasi Peradilan Umum.

Pengalaman-pengalaman seperti ini pula yang dapat menjelaskan mengapa kerjasama antara Departemen Agama dan Departemen Kehakiman pada masa-masa selanjutnya

sangat minim, walaupun ada lebih banyak didasari pada unsur-unsur formalitas belaka.

Mencairnya hubungan pusat kekuasaan dengan politik Islam pada dekade delapan puluhan juga berdampak pada mencairnya hubungan antara kedua departemen tersebut. Setidaknya hal itu terefleksi dari keluarnya Surat Menteri Kehakiman tertanggal 30 Juli 1983 untuk mengajukan izin prakarsa penyusunan RUU tentang hukum acara Peradilan Agama kepada Presiden. Pemerintah melalui suratnya tertanggal 12 September 1983 No. B-2736/M.Sesneg/9/1983 menyetujui prakarsa tersebut. Dua hari sebelum turunnya persetujuan Presiden itu, Menteri Kehakiman bahkan juga telah mengajukan izin prakarsa RUU dan RPP tentang susunan dan kekuasaan badan-badan Peradilan Agama. Untuk menyelesaikan proyek ini, Departemen Agama dan Departemen Kehakiman melakukan kontak dan konsultasi yang lebih intens.

Pada tanggal 22 Desember 1986, Panglima ABRI dengan suratnya No.R/773- 16/01/09 menyampaikan beberapa masukan menyangkut RUUPA. Dalam surat itu, panglima memandang perlu dilakukan penyempurnaan terhadap kekurangan maupun kelemahan sebelum diajukan ke DPR. Selain itu, Panglima juga mengharapkan agar RUU itu tidak diajukan sebelum berakhirnya masa sidang DPR, mengingat Pemilu 1987 sudah semakin dekat. Mengingat

sensitifnya isu ini, maka mempertimbangkan saran dari Panglima ABRI, dilakukanlah penyempurnaan-penyempurnaan melalui pembahasan bersama Menteri Kehakiman, Menteri Agama. Ketua Mahkamah Agung dan Menteri Sekretaris Negara.

Hasil dari penyempurnaan itu adalah bahwa hukum acara yang berlaku pada pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum juga berlaku untuk lingkungan Peradilan Agama sebagai wujud dari asas *lex generalis*. Tetapi yang menyangkut asas- asas hukum Islam secara spesifik dianggap *lex spesialis*, seperti persoalan talak dan li'an

Sesuai dengan ketentuan pasal 3 ayat (1) angka 2 Inpres No 15 tahun 1970, setiap RUU yang akan diajukan ke Presiden, terlebih dahulu diajukan kepada Menteri Kehakiman, maka proses selanjutnya lebih bersifat formalitas. Wakil Sekretaris Kabinet mengirim draft RUU yang telah disempurnakan itu ke Menteri Kehakiman dengan surat No. B.588/Waseskab/10/88 tertanggal 16 Oktober 1989. Dua hari setelahnya, Menteri Kehakiman menyampaikan persetujuannya melalui suratnya bernomor M.U.M.01.06.81

Di masyarakat, pengajuan RUU itu mendapat respon yang beragam. Secara sederhana reaksi masyarakat itu dapat dikategorikan dalam dua kelompok, yakni reaksi yang

mendukung dan yang menolak Dalam penilaian Mahfud, sejumlah kritik dan reaksi khususnya dari pihak-pihak yang tidak setuju lebih sarat muatan politisnya ketimbang hukumnya. Dalam penilaiannya, masyarakat lebih mendahulukan kegaduhan-kegaduhan yang berbau politis, dan sebaliknya menenggelamkan logika yuridis yang seharusnya dikedepankan 18

Sebagai kelompok yang setuju, Mahfud berpandangan bahwa paling tidak ada tiga landasan kosntitusional pengajuan RUU ini, yakni Pancasila, Dekrit Presiden 5 Juli 1959 dan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945. Dalam pandangannya, Mahfud menilai bahwa tidak saja sila Ketuhanan Yang Maha Esa cukup menjadi dasar berlakunya hukum-hukum agama di Indonesia, tetapi sekaligus meruntuhkan teori resepsi yang dulu dicetuskan Belanda. Demikian pula halnya dengan Dekrit Presiden 5 Juli 1959. Point penting yang terkandung dalam Dekrit itu adalah kembali ke UUD 1945. UUD 1945 yang dimaksud oleh Dekrit adalah UUD 1945 yang disahkan oleh PPKI pada 18 Agustus 1945. Dengan demikian, pengajuan RUU itu tidak ada hubungannya sama sekali dengan Piagam Jakarta, sebagaimana dituduhkan oleh pihak Kristen. Demikian pula pasal II aturan peralihan menyebutkan bahwa lembaga dan

¹⁸ Moh Mahfud MD, *Hukum dan Pilar-pilar Demokrasi* (Yogyakarta Gama Media, 1999), h. 355

peraturan yang ada sebelum Indonesia merdeka masih tetap berlaku selama belum dibuat lembaga dan aturan yang baru. Sejak Indonesia merdeka, Peradilan Agama tidak pernah dihapuskan, artinya tidak ada peraturan baru yang menggantikan peraturan lama menyangkut Peradilan Agama. Bahkan setelah Indonesia merdeka, keberadaan Peradilan Agama diakui oleh Undang-undang, misalnya Undang-undang Darurat No. 1 Tahun 1951, UU No. 19 tahun 1964 dan UU No. 14 tahun 1970. Berdasarkan Undang- undang itu saja, demikian kata Mahfud, sudah cukup menjadi dasar perigesahan RUU itu menjadi Undang-undang.¹⁹

Lain halnya dengan para penentangannya yang tidak melihat alasan-alasan yuridis diberlakukannya, tetapi mengembangkan wacana perdebatan yang politis dan emosional. S. Wijoyo misalnya, dalam tulisannya yang dimuat dalam Mingguan Katolik, Hidup, Wijoyo menyerang bahwa RUU Peradilan Agama itu dibuat atas kesepakatan pemerintah dengan golongan ekstrim kanan yakni Islam. Dengan mengutip tembang Macapat, Agina Ageming Ajt, Wijoyo menilai bahwa pemerintah sedang melegitimasi konsep dominasi mayoritas dalam hal pemeluk agama dan pemberlakuan hukum. Indonesia, dalam pandangannya sedang bergerak ke arah theokrasi yang sudah dimulai sejak pemberlakuan Undang-undang Perkawinan tahun 1974.

¹⁹ *Ibid.*, h. 357-362

Dalam analisisnya, sama dengan RUU perkawinan, UU peradilan juga mengedepankan prinsip-prinsip hukum Islam.²⁰ Wijoyo bahkan menuduh bahwa pengajuan RUU itu dekat dengan DI dan III serta merupakan bagian dari rencana yang lebih besar untuk mendirikan negara Islam, setelah umat Islam mengalamike olitik dalam kasus Piagam Jakarta.²¹

Senada dengan Wijoyo, Frans Magnis Suseno juga menolak RUUPA. Bedanya, karena Magnis seorang teolog, maka pandangannya dikemas dalam bahasa filsafat politik scholastik-sophistik. Dia beranggapan bahwa RUU itu menyalahi Pancasila. Secara konsepsional filosofis, dengan RUU itu berarti akan terjadi penyerahan sebagian wewenang negara (dalam hal ini peradilan negara) ke Peradilan Agama. Dia keberatan atas penyerahan itu karena memandang bahwa Peradilan Agama adalah badan non- negara. Dia juga khawatir jika sebuah Undang-undang hanya didasarkan penafsirannya pada suatu agama tertentu saja, maka kewibawaan, kedaulatan dan kekuasaan negara di mata penganut agama tersebut akan pudar. Sekali mereka diberi kesempatan untuk itu, maka mereka akan menuntut untuk

²⁰ Wijoyo. "Antara Negara Agama dan Negara Pancasila, dalam *Hidup*, No 7, 12 Pebruari 1989, h 15.

²¹ Lihat S Wijoyo. "Kesaktian Pancasila dalam Tantangan, dalam *Hidup*. No. 10, 5 Maret 1989 h. 7

bidang yang lain. Karena itu, negara harus mencegah terjadinya dwi-loyalitas (loyalitas terhadap negara dan loyalitas terhadap agama sekaligus), apalagi sampai timbul anggapan bahwa negara adalah "sub-unsur administratif sebuah agama." 22

Selain secara perseorangan, pihak Kristen juga menolak RUUPA itu secara kelembagaan. Persekutuan Gereja Indonesia (PGI) dalam suratnya ke DPR tanggal 10 Mei 1989 menyatakan keprihatiannya sehubungan dengan RUUPA itu. Dalam pandangan PGI, RUUPA berpotensi mengganggu ideologi Pancasila sebagai konsensus nasional.²³ Sikap dan pandangan politiknya itu merupakan hasil dari persidangan tahunan MPL (Majelis Pekerja Lengkap) yang diikuti oleh 60 Gereja anggota dari 24-29 April 1989 di Bogor.²⁴ Dalam acara dengar pendapat dengan fraksi Golongan Karya, pada 7 Juli 1989, PGI meminta agar dilakukan peninjauan kembali secara keseluruhan terhadap RUUPA.²⁵ Sementara itu, Konferensi Wali Gereja Indonesia (KWI) dalam acara dengar pendapat dengan DPR berpendapat bahwa seharusnya urusan agama dipisahkan dari urusan negara. Menurut Ketua I KWI Mgr Leo Soekoto SJ, keabsahan hukum agama mestinya tidak

²² Franz Magnis Suseno "Seputar Rencana UU Peradilan Agama dalam Kompas, to Juni 1989

²³ Lihat *Tempo*, 24 Juni 1989

²⁴ Lihat *Suara Pembaharuan*, 17 Mei 1989

²⁵ Lihat *Suara Pembaharuan*, 8 Juli 1989

didasarkan pada kewenangan negara. "agama ada bukan karena negara, begitu pula sebaliknya, negara ada bukan karena agama."²⁶

Dengan derajat intensitas penolakan yang agak ringan, kalangan Hindu dan Budha, tidak banyak mengeluarkan pernyataan maupun reaksi. Kompas 4 Juli 1989 misalnya memberitakan bahwa Parisada Hindu Darma pusat menginginkan agar RUUPA dipertegas, khususnya menyangkut nama. Nama "Peradilan Agama" mestinya untuk semua agama, tetapi pada kenyataannya hanya dimaksudkan untuk agama Islam. Pada hari yang sama, Media Indonesia melaporkan bahwa Hindu juga meminta Undang-undang Peradilan Agama Hindu. Sedangkan umat Budha, menurut wakil Ketua Umum Walubi (Wali Umat Budha Indonesia) Agi Cece, umat Budha tertekan dengan kata agama dalam RUUPA.²⁷

Penentangan juga datang dari sebagian masyarakat Muslim sendiri. R. Suprpto misalnya, mantan Gubernur DKI dan Wakil Ketua MPR ketika itu, mengatakan bahwa pengertian pasal 29 ayat (2) UUD 1945 adalah negara sebatas menjamin, bukan mengatur kemerdekaan beragama. Demikian pula GBHN hanya menginginkan satu sistem

²⁶ Lihat *Suara Pembaharuan*, 6 Juli 1989

²⁷ Lihat *Pos Kota*, 5 Juli 1989

hukum yang berlaku. R. Suprpto lebih jauh mengusulkan agar UU No. 14 Tahun 1970 yang dijadikan dasar yuridis pengajuan RUU, ditinjau kembali.²⁸ Dengan nada yang kurang lebih sama, Amir Mahmud juga berpendapat demikian. Menurut mantan Menteri Dalam Negeri itu, hukum Islam tidak dapat dimasukkan ke dalam hukum nasional, karena yang dimaksud hukum nasional adalah hukum Pancasila.²⁹

Sejalan dengan perdebatan politik yang berlangsung di parlemen maupun para tokoh, terjadi pula pragmentasi pada media. Kompas, Suara Pembaharuam, Minggu Katolik Hidup pada barisan yang menolak, sementara Pelita, Panji Masyarakat, Merdeka, Suara Karya pada barisan yang mendukung. Di antara media tersebut, Suara Pembaharuanlah yang paling gigih menentang RUUPA. Tidak kurang dari 18 tulisannya dalam tajuk rencana menyuarakan aspirasi penentangannya. Berikut adalah beberapa pandangan Suara Pembalanum. Misalnya: RUUPA dianggap bertentangan dengan Wawasan Nusantara (17 Maret 1989); di Indonesia hanya boleh ada satu hukum nasional (28 Maret 1989); RUUPA diadakan berdasarkan pendekatan "ad hoc" yang dapat menimbulkan kekacauan (17 April 1989); RUUPA tidak sesuai dengan UUD 1945 (24 Juli 1989), RUUPA tidak

²⁸ Lihat *Suara Pembaharuan*, 16 Juni 1989

²⁹ Lihat *Tempo*, 24 Juni 1989

melaksanakan Dekrit Presiden 5 Juli 1959 (11 Juli 1989), dan lain-lain.

Menarik untuk dicatat, bahwa hampir semua argumentasi yang diajukan oleh kelompok yang menolak RUUPA, tidak berhubungan dengan materi yang terkandung dalam RUUPA tersebut. Argumentasi-argumentasi yang diajukan justru lebih mempersoalkan mengapa RUUPA itu harus diajukan.

Dengan melihat respons yang diberikan, dapat dikatakan bahwa keberadaan Peradilan Agama di Indonesia masih dianggap bermasalah, khususnya oleh golongan Kristen. Jika disederhanakan, argumen mereka bermuara pada dua isu besar yakni unifikasi hukum dan pemisahan negara dari agama.

Isu tersebut kemudian disanggah secara akademis oleh Yoesoef Sou'yb Diingatkannya bahwa BW (Burgelijk Wetboek) yang sering dianggap sebagai kesatuan hukum (unifikatif) adalah warisan Belanda yang proses pembuatannya tidak lepas dari ajaran Kristen. Yoesoef mencatat bahwa BW sebelumnya hanya diperuntukkan bagi mereka yang beragama Kristen, "Burgelijk stand voor Indonesische Christenen S. 64-142, 85-185. Sedangkan keberlakuannya di Hindia Belanda didasarkan pada Staatsblad 1847 No. 23 tanggal 1 Mei 1848. Itu berlaku untuk:

(1) orang-orang Eropa, (2) pribumi turunan Eropa, dan (3) pribumi yang memeluk agama Kristen. Untuk selain ketiga kategori di atas (sering disebut golongan bumiputera), berlaku agama dan kebiasannya berdasarkan IS (Indische Staatstregeling) pasal 131 ayat (2-b), Staatsblaad 1925 NO.415 jo No. 557. Syou'yb menjelaskan bahwa BW yang berlaku di Hindia Belanda itu adalah BW yang sudah dikondansikan dengan BW yang berlaku di Netherland. Jika ditelusuri, jelas sekali bahwa BW itu merupakan pengadopsian dari Code Civil Napoleon yang tidak dapat dikatakan netral dari ajaran Kristen. Karena itu, menurut Yoesoef, jika BW diberlakukan di Indonesia, itu berarti pemberlakuan hukum minoritas terhadap mayoritas. Karena itu, tanyanya, atas dasar apa orang-orang Kristen keberatan terhadap pemberlakuan hukum Islam untuk umat Islam sendiri.³⁰

Kelemahan lain yang sering dikemukakan adalah ide pemisahan urusan negara dari urusan agama. Bagi kalangan Islam, persoalan itu harus didudukkan dalam konteksnya. Dalam konteks Indonesia, pemisahan itu tidak mungkin dilakukan, karena persoalannya harus dikaitkan dengan bagaimana kontrak atau perjanjian sosial yang terjadi ketika bangsa ini hendak didirikan. Dahlan Ranuwihardjo

³⁰ Yoesoef Sou yb. "BW dan RUUPA" dalam *Waspada*, 3 Agustus 1989, h 5

merupakan salah satu tokoh yang tampil menjernihkan isu ini.³¹

Point penting yang ingin disampaikan Dahlan Ranuwihardjo adalah bahwa bukan hanya pemisahan antara negara dan agama yang memiliki landasan falsafi, tetapi juga penyatuan negara dan agama. Karena itu, menyalahkan penyatuan agama dan negara, tidak sepenuhnya juga benar. Apalagi dalam konteks Indonesia, munculnya negara berawal dari Proklamasi 17 Agustus 1945. Menurut Ranuwihardjo, Proklamasi itu hanyalah salah satu mata rantai dari sejumlah mata rantai yang terbangun sebelumnya. Dengan demikian, Proklamasi tidaklah berdiri sendiri.

Tidak hanya Ranuwihardjo yang memberi komentar terhadap pikiran-pikiran Magnis Suseno dan kawan-kawan yang menolak RUUPA, Yusril Ihza Mahendra, HM. Rasyidi, Alamsyah Ratu Prawiranegara, dan lain-lain juga ikut aktif dalam perdebatan itu.

Yusril misalnya, ia menilai pendapat Magnis berspekulasi terlalu jauh sehingga kehilangan pijakan empirisnya (realitas sosiologis maupun normatif).³² Rasyidi

³¹ Dahlan Ranuwiharjo. "Negara, Agama dan Hukum Sebuah Pendekatan Falsah dalam *Pelita*, 21 Juni 1989, h 17

³² Yuzril Ihza Mahendra. "Kedaulatan Negara dan Peradilan Agama", dalam *Pelita*, 27 Juni 1989. h 10.

bahkan berani mengklaim Magnis Suseno tidak mengerti bahwa Peradilan Agama adalah peradilan negara. Karena ia dibentuk atas dasar Undang-undang, maka salah jika Suseno menganggap Peradilan Agama sebagai peradilan swasta yang "bukan negara".³³

Kelemahan lain dari argumentasi Magnis, catat Yusril, adalah bahwa dia tidak dapat membedakan antara hukum formil dan hukum materiil. Apa yang diusulkan dalam RUUPA itu adalah hukum formil yang mengatur susunan, kekuasaan dan wewenang PA. Hukum materiil yang menjadi dasar dalam penyelesaian perkara sama sekali tidak dibicarakan dalam RUU ini, karena memang telah ada.³⁴

Reaksi yang diberikan oleh tokoh-tokoh Kristen yang menentang RUUPA memang sering terasa amat keras mengingat isunya yang memang sensitif. Ungkapan-ungkapan seperti merongrong Pancasila. Piagam Jakarta, ekstrim kanan, dan sebagainya, mengandung sensitifitas politik yang tinggi bagi umat Islam. Dengan stigma-stigma politik semacam itulah, umat Islam merasa sudah lama terpinggirkan secara politik maupun ekonomi Dalam kasus RUUPA ini, tampaknya kaum penentang kembali ingin menempatkan umat Islam dalam posisi terpojok dan defensif

³³ H.M. Rasyidi, "Seputar Rencana Undang-undang Peradilan Agama,," dalam *Panji Masyarakat* No. 616, 19 Juni 1989. h 35

³⁴ Yuznil Ihza Mahendra, "Kedaulatan Negara dan Peradilan Agama", h. 10

Tampak sekali argumen yang mereka ajukan dibangun secara serampangan dan semata-mata menggunakan metode debat. Argumentasi yang mereka ajukan tidak jarang menghantam balik mereka. Bahkan pada tataran tertentu, reaksi balik kalangan Islam tidak kalah provokatifnya.

Ismail Sunny misalnya, setelah menganalisa argumen-argumen para penentang RUUPA, dikatakannya bahwa argumen itu lemah dan tidak tepat. Sunny memberi contoh isu negara Islam yang dikaitkan dengan RUU ini, karena mereka anggap pijakannya Piagam Jakarta. Kata Sunny, "Coba baca lagi Piagam Jakarta khususnya tujuh kata itu. Apa di sana ada disebut dengan negara Islam? Tanya Sunny menantang tokoh-tokoh intelektual dan hukum non-Muslim. "Saya tantang siapa saja yang menganggap RUU ini pencerminan dari Piagam Jakarta! Sebetulnya mereka itu tidak mengerti Piagam Jakarta, tetapi karena kehabisan bahan lalu mereka bawa-bawa.³⁵

Menanggapi isu lain yang dikemukakan para penentang RUUPA bahwa umat Islam adalah kelompok yang anti Pancasila, Alamsyah Ratu Prawiranegara bereaksi keras Dalam catatan Alamsyah, justru yang paling Pancasilais

³⁵ Lihat Panjimas No 619 Agustus 1989, h 29 Dalam edisi ini secara khusus dimuat berbagai tanggapan seputar Rancangan Undang-undang Peradilan Agama

adalah umat Islam. 36 MAWI dan DGI sendiri sampai dibubarkan tidak pernah menyatakan penerimaan atau penolakannya terhadap Pancasila, sampai berubah nama menjadi KWI dan PGI pun, mereka tidak mengakui Pancasila sebagai satu-satunya asas, lain dengan organisasi-organisasi Islam lainnya seperti NU dan Muhammadiyah.

Karena itu, tuduhan pihak Kristen bahwa umat Islam menentang Pancasila merupakan suatu ironi. Dalam pandangan Alamsyah, Pancasila adalah hasil pengorbanan umat Islam untuk bangsa Indonesia. Bahkan kata alamsyah, mereka yang non-Islam masuk ke Republik Indonesia tanpa membeli karcis."³⁷

Di luar perdebatan kalangan media adan tokoh-tokoh secara perseorangan, perdebatan juga terjadi di kalangan partai. PPP sudah pasti setuju RUUPA, tetapi kalangan Golkar apalagi PDI menunjukkan sikap yang berbeda.

Khusus di kalangan partai Golkar, pergumulan internal juga terjadi dalam menyikapi RUUPA ini. Kordinator Polkam Golkar sampai menyebarkan tulisan setebal 17 halaman yang isinya menentang keras RUUPA. Terbelahlah

³⁶ Alamsyah R. Prawiranegara. "Strategi Perjuangan Umat Islam di Bidang Hukum," dalam Amrullah Ahmad dkk (eds). *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional* (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), h. 239

³⁷ *Ibid*

Golkar ke dalam dua kubu, yang setuju dan yang tidak setuju. Persaingan antara kelompok Muslim dan non-Muslim di kalangan partai akhirnya mengemuka, sebelum akhirnya persoalannya diambil alih oleh Ketua Umum DPP. Dalam rapat yang dipimpin oleh Wahono, pernyataan setebal 17 halaman tadi akhirnya dinyatakan tidak pernah ada.³⁸

Dalam keseluruhan perdebatan di parlemen, hanya fraksi PDI yang mempertanyakan dan menilai mengapa RUU itu diajukan. Garis-garis persoalan yang disampaikan kurang lebih sama dengan yang disampaikan oleh para penentang RUUPA, khususnya kalangan Gereja dan Harian Suara Pembaharuan.

Melalui juru bicaranya, tanggapan fraksi PDI itu dijawab oleh pemerintah pada tanggal 19 Juni 1989 dalam Sidang Paripurna Menteri Agama Munawir Sjadzali mewakili pemerintah mengatakan bahwa perlu ada usaha pelurusan kembali terhadap berbagai pandangan yang mengatakan bahwa RUUPA tidak memiliki landasan konstitusional.³⁹ Pemerintah menegaskan bahwa landasan konstitusional RUUPA adalah Pasal 24, 25, 27, 28, 29 dan 30 UUD 1945. Pasal-pasal ini menurut pemerintah adalah rujukan

³⁸ Lihat *Tempo*, 24 Juni 1989

³⁹ Munawir Sjadzali, "Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam, dalam Moh Mahfud MD dkk (ed.), *Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia* (Yogyakarta: Ull Press, 1993), h 79

konstitusional pengajuan RUUPA. Dalam pandangan pemerintah, jika RUUPA akan berlaku khusus untuk umat Islam, maka itu tidak bertentangan dengan pasal 27 UUD 1945. Sebagai konsekuensi pangakuan negara terhadap kehidupan beragama, pemerintah merasa perlu untuk memfasilitasinya. Bahkan diungkapkan juga bahwa hukum negara tidak boleh bertentangan dengan hukum agama, begitu juga sebaliknya. Memang, Munawir melanjutkan, pasal 29 UUD 1945 mengatakan bahwa "negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadah menurut agama dan kepercayaannya itu," tetapi kata jaminan di sini dalam pandangan pemerintah tidak boleh diartikan semata-mata menjamin saja. Artinya pemerintah tidak boleh lepas tangan dari pengaturan segala kebutuhan keagamaan masyarakat. Kalau itu terjadi, berarti sama artinya dengan negara sekuler. Dalam negara sekuler, kata Munawir, pemerintah dilarang mendirikan atau membantu tempat-tempat ibadah. Anak-anak sekolah di sekolah-sekolah negeri tidak diperbolehkan berdoa dan sebagainya. Justru yang demikian itu, tegas Munawir, bertentangan dengan Pancasila.⁴⁰

Pemerintah memandang bahwa pengertian satu hukum nasional dalam wawasan nasional adalah sistem hukum nasional. Sistem hukum nasional inilah yang

⁴⁰ *Ibid.* h. 81

mewadahi hukum-hukum nasional yang berlakunya bisa untuk golongan-golongan tertentu. Menteri Agama memberi contoh bahwa di Indonesia telah berlaku hukum keprotokoleran yang hanya berlaku khusus untuk pejabat negara dan tokoh masyarakat tertentu. Ada pula hukum militer yang keberlakuannya khusus untuk anggota militer. Hukum adat Batak untuk masyarakat Batak. Hukum adat Jawa untuk masyarakat Jawa, dan seterusnya. Hukum-hukum khusus itu tetap dalam kerangka sistem hukum nasional. Jadi, satu hukum nasional tidak dapat diartikan sebagai "satu-satunya" hukum. Karena kalau begitu pengertiannya, justru ketidakadilan yang tercipta, bukan keadilan, karena akan terjadi pemaksaan-pemaksaan

Pemerintah juga menolak argumentasi fraksi PDI yang memandang RUUPA itu akan mengarah pada pembentukan negara Islam. Pemerintah berargumen bahwa Peradilan Agama telah ada sejak zaman Hindia Belanda. Sejak itu sampai hari ini, keberadaannya pun dilindungi oleh Undang-undang Terakhir, diatur dalam Undang-undang No. 14 Tahun 1970. Meski demikian, Indonesia tidak pernah disebut sebagai negara Islam. Sebab kalau hanya gara-gara ada Peradilan Agama kemudian Indonesia disebut negara Islam atau akan berimplikasi pada pendirian negara Islam, maka logikanya sejak zaman Hindia Belanda hingga kini, Indonesia

adalah negara Islam. Tetapi ternyata tidak demikian. Munawir menambahkan:

"kalau Peradilan Agama terkait dengan Piagam Jakarta, maka tidak mungkin UU No.14 Tahun 1970 dan Repelita IV memuat ketentuan-ketentuan tentang Peradilan Agama itu, dan tidak mungkin pula ada UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung."⁴¹

Pergumulan yang terjadi dalam gedung DPR memang tidak seramai yang terjadi di luar. Meski demikian, tidak diragukan bahwa pada tataran tertentu semua perdebatan yang terjadi di luar gedung parlemen itu tidak dapat dipisahkan dari wujud ekspresi mereka yang ada di dalam gedung parlemen Apalagi pka itu dipandang dari konstalasi kekuatan politik saat itu, di mana posisi Presiden sangatlah dominan, melebihi kekuatan-kekuatan partai-partai politik di parlemen. Apa yang sudah diputuskan oleh Presiden, biasanya parlemen tinggal mengiyakan.⁴²

Terlepas dari segala macam interpretasi baik legal maupun politik yang telah dan mungkin masih akan muncul serta sejumlah ketidakpuasan pihak-pihak tertentu, disahkannya UU No. 7/1989 tentang peradilan agama

⁴¹ *Ibid.* h. 84

⁴² R William Liddle, *Leadersing and Culture Idonesian Politics* (Sydney Asian Studies Association of Australia and Allen & Unwin, 1996), h. 18

merupakan lompatan besar dalam dinamisasi hukum Islam di Indonesia. Dengan UU itu, wewenang peradilan tidak saja dipulihkan kembali, tetapi juga segala putusan pengadilan agama dapat dilaksanakan sendiri tanpa harus meminta pengukuhan dari pengadilan negeri. Dalam keadaannya yang demikian, maka dari sisi politik hukum, pelebagaan hukum Islam dalam bentuk Peradilan Agama telah mengalami reposisi, dari apa yang diistilahkan Munawir sebagai politik peradilan pupuk bawang yang selalu dikebiri, 43 ke peradilan yang sesungguhnya.

PENUTUP

Adapun kesimpulan awal yang dapat penulis tarik, berdasarkan permasalahan yang telah dikemukakan adalah sebagai berikut:

Secara historis, tampak dipermukaan betapa nuansa politik memang selalu menyertai sejarah peradilan agama. Pada masa kerajaan Nusantara dan kerajaan Melayu, lembaga peradilan agama dapat eksis, karena didukung oleh kehendak politik penguasa/raja. Demikian pula sebaliknya, pada masa

⁴³ Politik peradilan pupuk bawang mengandung art politik hukum yang membiarkan peradilan agama tetap hidup, tetapi tanpa eksistensi yang jelas. Istilah itu diperkenalkan pertama kali oleh Munawar Sadzah Lihar Munawir Sjadzali. *Islam Realitas Baru dan Orientasi Masa Depan Bangsa* (Jakarta Universitas Indonesia Press, 1993). h 27

kolonial, lembaga ini cenderung dimarginalkan karena kepentingan politik hukum kolonial. Apa yang terjadi pada fase awal kemerdekaan, juga menguatkan tesis tersebut. Karena tidak terbangunnya hubungan yang simbiosis mutualistik antara Islam dan negara, maka sulit bagi negara bersikap akomodatif terhadap kepentingan umat Islam

Argumen kuatnya pengaruh politik hukum negara menjadi semakin menemukan justifikasinya, jika mengingat bahwa sejak awal, peradilan agama telah memiliki landasan filosofis. Itulah yang kemudian memudahkan pemerintah meyakinkan parlemen untuk menyetujui lembaga ini. Argumen-argumen itu meliputi: Pertama, UU itu bertujuan untuk menyeragamkan dasar hukum Peradilan Agama di Indonesia. Kedua, sebagai pelaksanaan Undang-Undang Republik Indonesia No. 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan kehakiman yang dalam salah satu pasalnya memang mengamanatkan agar semua lingkungan peradilan (Peradilan Umum, Peradilan Agama, Peradilan Militer dan Peradilan Tata Usaha Negara) memiliki susunan kekuasaan dan acara yang diatur oleh undang-undang tersendiri. Ketiga, untuk memenuhi kebutuhan akan perlunya kodifikasi dan upaya pembaharuan hukum, sebagaimana diamanatkan dalam GBHN 1988 Pemerintah memandang bahwa dengan UU Peradilan Agama itu maka akan tercipta unifikasi hukum acara Peradilan Agama. Selama ini hukum acara pada

Peradilan Agama didasarkan pada kitab-kitab fiqh, sehingga pada tingkatan aplikatif sering kali terjadi persoalan yang sama diputus secara berbeda oleh hakim karena pilihan literatur fiqhnya berbeda. Sebagai bagian dari tugas pemerintah untuk menjamin ketertiban dan kepastian hukum bagi masyarakat. maka disahkannya UU ini sudah sepatutnya.

Secara de jure, peradilan agama sejak awal telah meletakkan dasar-dasar konstitusional bagi pelebagaan hukum Islam. Kedudukannya yang demikian, secara khusus tercantum dalam pasal 29 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945. Dalam pasal itu, jelas disebutkan bahwa Negara berdasar Ketuhanan Yang Maha Esa. Kaidah fundamental dalam pasal 29 ayat (1) itu dapat ditafsirkan dalam banyak arti, diantaranya ialah negara wajib menjalankan syariat semua agama yang berlaku di Indonesia. kalau untuk menjalankan syariat itu memerlukan bantuan kekuasaan negara. Jika dengan dasar-dasar yang begitu kuat, ternyata perkembangan pelebagaan hukum Islam mengalami hambatan, maka tentulah ada variabel lain yang begitu kuat mempengaruhinya. Sesuai dengan teori yang mendasari, faktor tersebut adalah politik hukum negara Indonesia butuh waktu 44 tahun untuk melihat perwujudan nyata landasan yuridis itu, karena adanya momentum yang mendukung.

Dengan melihat perkembangan politik dalam dekade sebelumnya, tampak bahwa di kalangan umat Islam memang telah terjadi pergeseran pemikiran yang cukup signifikan. Kegagalan yang berulang dalam kancah politik, pembangunan bidang agama yang secara faktual bermanfaat bagi umat Islam, politik agama yang lebih akomodatif terhadap aspirasi umat Islam dan sebagainya, adalah faktor-faktor yang ikut mendorong umat Islam mulai meredefinisikan dan memformulasikan kembali keberadaan dan posisi politiknya, menghadapi perkembangan-perkembangan baru yang dirasakannya sudah berbeda dengan masa-masa sebelumnya. Dengan kata lain, selama konstruk pemikiran keagamaan umat tidak diorientasikan ke upaya-upaya yang dapat mengganggu konstruk negara, maka sulit bagi negara untuk menghalang-halangi perkembangan hukum Islam. Apa yang penulis maksudkan terutama berkaitan dengan bagaimana seharusnya umat menyikapi perkembangan politik yang ada dan selalu berusaha meredefinisikan dan memformulasikan kembali keberadaan dan posist politiknya, ke arah hubungan yang simbiotis-mutualistik dengan negara. Karena itu, jika negara memandang sikap-sikap yang kontra antagonistik sebagai penghalang bagi hubungan yang integralistik, maka juga tidak ada alasan ideologis yang mengharuskan umat mempertahankan sikap-sikap seperti itu secara kaku. Bagaimanapun juga, secara normatif dan historis, Islam

memandang hubungan antara negara dan agama bukanlah dua hal yang saling memusuhi

DAFTAR PUSTAKA

Ali, Mohammad Daud, Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Hukum Indonesia. Jakarta:Yayasan Risalah, 1984

Arifin, Busthanul, Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya, Jakarta: Gema Insani Press, 1996

Attamimi, A Hamid S. "Hukum Indonesia Hendaknya Tidak Meninggalkan Cita Hukum dan Cita Negara, dalam Mimbar Hukum No. 13, Tahun V 1994.

Carvallo, Bosco. dan Dasrizal (eds). Aspirasi Umat Islam Indonesia Jakarta. Lappenas, 1983

Coulson, NJ., A History of Islamic Law, Edinburgh: University Press, 1991. Effendy, Bahtiar, Teologi Baru Politik Islam Pertautan antara Agama Negara dan Demokrasi, Yogyakarta: Galang Press, 2001

Gunaryo, Achmad, Pergumulan Politik dan Hukum Islam Reposisi Peradilan Agama dari Peradilan Pupuk Bawang Menuju Peradilan Yang Sesungguhnya, Semarang Pustaka Pelajar, 2006,

- Halim, Abdul, Politik Hukum Islam di Indonesia, Jakarta: Ciputat Press, 2005.
- Latif, M. Djamil. Kedudukan dan Kekuasaan Peradilan Agama di Indonesia, Jakarta: Bulan Bintang, 1983
- Lev, Daniel S., "Islamic Courts in Indonesia: A Study in The Political Bases of Legal Institutions." diterjemahkan oleh Zainal Abidin Noch dengan judul Peradilan Agama di Indonesia: Suatu Studi tentang Landasan Politik Lembaga-Lembaga Hukum, Jakarta: Intermedia, 1980.
- Mahendra, Yuzril Ihza, "Kedaulatan Negara dan Peradilan Agama, dalam Pelita, 27 Juni 1989
- Mahfud MD, Moh.. Politik Hukum di Indonesia, Jakarta: Pustaka LP3ES, 1998.
- Mahfud MD, Moh.. Hukum dan Pilar-Pilar Demokrasi, Yogyakarta: Gama Media, 1999
- Prawiranegara, Alamsyah R., "Strategi Perjuangan Umat Islam di Bidang Hukum," dalam Ahmad dkk (eds.). Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional. Jakarta: Gema Insani Press, 1996,
- Ranuwiharjo, Dahlan, "Negara, Agama dan Hukum: Sebuah Pendekatan Falsafi," dalam Pelita, 21 Juni 1989.

Sjadzali, Munawir. "Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam," dalam Moh. Mahfud dkk (ed.). Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia, Yogyakarta: UII Press, 1993

Vey, Ruth Me., "Faith as the Outsider. Islam in Indonesian Politics," dalam James Piscatori (ed.), Islam in the Political Process, Cambridge: Cambridge University Press, 1983

BERAGAM NORMA HUKUM DALAM PENERAPAN WARIS

Kamaruddin

STAIN Kendari

PENDAHULUAN

Di Indonesia, sistem hukum waris masih bersifat pluralistik, artinya masih berlaku beberapa sistem hukum yang mengaturnya (legalitas formal) yakni hukum waris adat, hukum waris Islam, dan hukum waris perdata Barat (BW). Terjadinya pemberlakuan berbagai macam sistem hukum waris tersebut karena disebabkan oleh suatu kebutuhan masyarakat pada zamannya dalam merespon berbagai macam kepentingan yang dihadapinya, kemudian secara legalitas formalnya menurut konstitusi negara masih dibenarkan atas perberlakuannya sehingga sampai saat ini belum terjadi unifikasi hukum terkait dengan sistem hukum waris.

Sistem hukum waris merupakan bagian yang penting dalam mengatur hubungan dalam hukum keluarga dalam hal bagaimana menyelesaikan sengketa yang terkait dengan pembagian warisan. Ini dapat dipahami bahwa kalau tidak

diatur dengan baik maka masalah warisan banyak terjadi pertengkaran bahkan saling membunuh antara para ahli waris. Setiap terjadi peristiwa kematian seseorang, segera timbul pertanyaan "bagaimana harta peninggalannya (jika ada) harus dibagikan kepada yang berhak menerimanya dan kepada siapa saja harta itu dipindahkan, serta bagaimana caranya. Semua ini harus diatur dalam hukum kewarisan"

Untuk dapat memenuhi dan mewujudkan kebutuhan hukum bagi masyarakat Indonesia di masa kini dan masa akan datang serta di dalam rangka membangun masyarakat yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka penyusunan hukum nasional sangat diperlukan adanya konsepsi-konsepsi, asas-asas hukum sekaligus penerapan hukumnya.¹

Hukum waris adat meliputi keseluruhan asas, norma dan keputusan/ketetapan hukum yang bertalian dengan proses penerusan serta pengendalian harta benda (material) dan harta cita (non-material) dari generasi yang satu kepada generasi berikutnya, c.q. ahli waris. Hukum waris adat yang berlaku di Indonesia sangat beraneka ragam tergantung pada daerahnya masing-masing Hal ini menunjukkan adanya

¹ H. Hilman Hadikusuma, *Hukum Waris Adat*, (Bandung PT Citra Adaya Bakti, 2003), h. 1

perbedaan-perbedaan daerah hukum adat yang satu dengan lainnya, yang berkaitan dengan sistem kekeluargaan dengan jenis serta status harta yang akan diwariskan

Kemudian hukum waris Islam adalah ketentuan hukum yang mengatur pembagian harta kekayaan yang dimiliki seseorang pada waktu ia meninggal dunia. Sedangkan hukum kodifikasi atau perdata Barat adalah ketentuan hukum yang mengatur akibat-akibat hukum, umumnya di bidang hukum harta kekayaan karena kematian seseorang yaitu pengalihan harta yang ditinggalkan si mati beserta akibat akibat pengasingan tersebut bagi para penerimanya, baik dalam hubungan antar mereka maupun antar mereka dengan pihak ketiga.

Ketiga sistem hukum tersebut menjadi dasar pertimbangan untuk dapat diajukan sebagai sumber dalam pembangunan hukum nasional yang dapat diunifikasi menjadi satu kesatuan dalam mengatur hukum waris di Indonesia. Sebagai sistem hukum, maka ketiga sistem tersebut di dalam wujudnya seperti sekarang ini tidak terlepas dari asas-asas dan penerapan hukum yang mendukungnya

Menurut Sudikno Mertokusumo bahwa asas hukum adalah suatu pikiran dasar yang terdapat di dalam atau peraturan yang konkrit. Sebagai pikiran dasar kemudian

terjelma di dalam peraturan konkrit, maka asas hukum menurut Nieuwenhus dalam Sudikno Mertokusuma pada hakikatnya selain memiliki landasan atau berakar pada nilai-nilai sebagai pedoman oleh kehidupan bersama. Dan penerapan hukum adalah sesuatu hal yang menjadi harapan dan dambaan bagi setiap orang sebagai sebuah konsep nilai hukum bagi masyarakat.² Seperti diketahui bahwa asas hukum adalah pikiran dasar yang terdapat di dalam atau di belakang dari setiap sistem hukum dan terjelma di dalam peraturan konkrit yang merupakan hukum positif. Sedangkan penerapan hukum adalah keputusan dalam menjalankan peraturan konkrit yang juga merupakan hukum positif.³

Asas hukum bersifat umum dan abstrak, maka pada umumnya tidak dituangkan atau diterapkan langsung pada peristiwa konkrit Hanya saja dalam mencari asas-asas hukum dapat dicari pada sifat-sifat atau ciri-ciri umum dalam peraturan konkrit. Asas hukum dapat dijabarkan di atas aturan-aturan pokok atau perubahan konkrit atau bahwa asas hukum dapat ditemukan dalam hukum positif, asas hukum itu hanya berlaku dalam hukum positif termasuk pula dalam hal penerapannya. Misalnya, asas hukum kewarisan menurut hukum perdata Barat (BW) adalah berasal dari cara

² Sudikno Mertokusuma, 1996 : 6

³ Sudikno Mertokusuma, 1996 : 5

pikir dan pandangan hidup yang berakar dalam kenyataan masyarakat bangsa Eropa yang memiliki gaya hidup materialistis dan individualistis yang selanjutnya menjadi pedoman dalam hal bagaimanakah berbagai hak dan kewajiban pewaris dan ahli waris di dalam peralihan harta kekayaan sebagai harta Warisan.

Demikian juga halnya hukum adat, di mana hukum kewarisannya berasal dari sifat dan alam pikiran bangsa Indonesia yang sifat kekeluargaannya baik bersifat patrilmuncal, matrilineal, maupun parental atau bilateral. Bagi hukum kewarisan hukum Islam, meskipun yang sumbernya dari Alquran dan Hadis, ternyata dalam penerapannya senantiasa memperhatikan keadaan dan perkembangan masyarakat di mana hukum tersebut dilaksanakan.

Meskipun ketiga sistem hukum di atas berbeda sumber, latar belakang dan asal-usulnya serta kondisi masyarakat yang mendukungnya, namun ketiga sistem hukum tersebut sama-sama mengakui bahwa kewarisan adalah hukum kekeluargaan. Dengan demikian pada gilirannya penerapan hukum kewarisan dari ketiga sistem hukum tersebut akan memperkuat dan membuat luwes sistem hukum kewarisan nasional yang dicita-citakan (*ius constituendum*) Ini berarti ketiga sistem kewarisan tersebut berfungsi melengkapi dan membuat lebih luwes serta

memberi dimensi etis kepada Hukum Kewarisan Nasional yang pada gilirannya berfungsi di dalam menciptakan ketertiban dan kesejahteraan dalam hidup masyarakat pada gilirannya ke depan sangat dibutuhkan terjadinya suatu inifikasi hukum.

Namun demikian, dapat menjadi problem tersendiri bagi masyarakat terutama terhadap pilihan hukum yang sifatnya dualisme apakah konsisten terhadap sistem hukum Islam atau sekalian digabungkan. Oleh karena itu, dalam makalah ini akan dipersoalkan adalah bagaimana perbandingan sistem hukum waris dalam penerapannya suatu kajian normatif dengan melihat pola dan kecenderungannya.

PEMBAHASAN

1. Persamaan dan Latar Belakang Persamaan Sistem Hukum Adat, Islam dan Perdata Barat (BW)

Perbandingan sistem hukum waris, baik menurut hukum adat, hukum Islam dan hukum Perdata Barat di lihat dari sisi persamaan dapat ditemukan pada aspek pemaknaan dan tujuannya, kemudian latar belakang persamaannya pada intinya adalah sama-sama mengatur dalam hal-hal pembagian harta peninggalan dan yang berkaitan dengan kepentingan si mayit jika telah meninggal dunia. Dalam hal ini dapat di lihat dalam berbagai kajian teorinya sebagai berikut:

a. Dilihat dari aspek pemaknaannya:

1.) Hukum waris adat

Istilah waris di dalam kelengkapan istilah hukum waris adat diambil dari bahasa Arab yang telah menjadi bahasa Indonesia, dengan pengertian bahwa di dalam hukum waris adat tidak semata-mata hanya akan menguraikan tentang waris dalam hubungannya dengan ahli waris, tetapi lebih luas dari itu. Adapun pengertian hukum waris adat adalah aturan-aturan hukum yang mengenai cara bagaimana dari abad ke abad penerusan dan peralihan dari harta kekayaan yang berwujud dan tidak berwujud dari generasi pada generasi.⁴ Pengertian lain hukum waris adat adalah hukum waris yang memuat tentang harta warisan, siapa pewaris dan ahli waris, serta cara bagaimana harta warisan (hak maupun kewajiban) itu dialihkan dari pewaris kepada ahli waris.⁵

Menurut Soepomo, hukum adat waris adalah memuat peraturan-peraturan yang mengatur proses meneruskan serta mengoperkan barang-barang harta benda dan barang-barang yang tidak berwujud benda dari suatu angkatan

⁴ H. Hilman Hadikusuma. *Hukum Waris Adat* (Bandung PT Citra Aditya Bakti, 2003), h. 7.

⁵ M Rasyid Ariman. *Hukum Waris Adat dalam Yurisprudensi*, Jakarta Ghalia Indonesia, 1988) h. 9

manusia kepada keturunannya.⁶ Kemudian menurut Prof. Ter Haar, bahwa hukum waris adat adalah aturan hukum yang bertalian dengan proses penerusan dan pengoperan harta kekayaan yang berwujud (materiil) dan tidak berwujud (immaterial) dari suatu generasi kepada generasi berikutnya. Serta menurut Prof. Djodjodigono, bahwa hukum waris adat adalah berpindahnya harta benda seseorang manusia kepada angkatan tunas/generasi yang menyusul.⁷

Dengan demikian hukum waris adat memuat ketentuan-ketentuan yang mengatur cara penerusan dan peralihan harta kekayaan (berwujud atau tidak berwujud dari pewaris kepada para warisnya.

2.) Hukum waris Islam

Hukum waris Islam adalah hukum yang mengatur proses peralihan harta dari orang yang mati kepada ahli warisnya yang masih hidup.⁸ Kemudian menurut fuqaha bahwa hukum kewarisan Islam adalah suatu ilmu yang dengan dialah dapat kita ketahui orang yang menerima pusaka, orang tidak menerima pusaka, serta kadar yang

⁶ Soepomo. *Bab-bab tentang Hukum Adat*, (Jakarta Universitas, 1967), h. 72

⁷ KH Ahmad Azhar Bashir, *Hukum Kewarisan menurut Hukum Adat dan Hukum Islam*, Jakarta: Proyek Pembinaan Peradilan Agama Depag, 1978), h. 119

⁸ Amir Syarifuddin, *Garis-garis Besar Fikih*, (Jakarta Kencana, 2003), h. 148

diterima tiap-tiap ahli waris dan cara membaginya. Defenisi lain yang menurut Muhammah Asy-Syarbini bahwa hukum kewarisan Islam adalah ilmu fikih yang bertautan dengan pembagian harta pusaka, pengetahuan tentang cara perhitungan yang dapat menyampaikan kepada pembagian harta pusaka dan pengetahuan mengenai bagian-bagian wajib dari harta peninggalan untuk setiap pemilik hak pusaka Kemudian menurut Ali Afandi dengan mengutip defenisi dari Mr. A. Petion, bahwa hukum waris adalah suatu rangkaian ketentuan-ketentuan, dimana berhubungan dengan meninggalnya seseorang, akibat-akibatnya di dalam bidang kebendaan, diatur yaitu akibat beralihnya harta peninggalan dari seseorang yang meninggal kepada ahli waris, baik di dalam hubungannya antara mereka sendiri, maupun dengan pihak ketiga.⁹ Serta dalam Kompilasi Hukum Islam, yang dimaksud dengan hukum kewarisan adalah hukum yang mengatur tentang pemindahan hak kepemilikan harta peninggalan (tirkah) pewaris, menentukan siapa-siapa yang berhak menjadi ahli waris dan berapa bagian-bagiannya masing-masing (Inpres Nomor 1 Tahun 1991).

3.) Hukum Waris Perdata Barat

⁹ Ali Alfandi, *Hukum Waris-Hukum Keluarga Hukum Pembuktian Menurut KUHPerdata (BW)*, (Jakarta : Bina Aksara ,198) , h. 457

Pengertian hukum waris Perdata adalah hukum yang mengatur mengenai apa yang harus terjadi dengan harta kekayaan seseorang yang meninggal dunia, mengatur peralihan harta kekayaan yang ditinggalkan oleh seseorang yang meninggal, serta akibat-akibatnya bagi para ahli waris.¹⁰

b. Di lihat dari aspek tujuannya:

a. Hukum adat

Tujuan hukum waris adat adalah tidak lain bagaimana cara harta warisan (hak maupun kewajiban) itu dialihkan dari pewaris kepada ahli waris.

b. Hukum Islam

Tujuan hukum waris Islam adalah bagaimana mengatur proses peralihan harta dari orang yang meninggal kepada ahli warisnya yang masih hidup.¹¹

c. Hukum perdata Barat

Tujuan hukum waris perdata Barat adalah bagaimana mengatur peralihan harta kekayaan yang ditinggalkan oleh

¹⁰ Surini Ahlan Syarif dan Nurul Eimiyah, *Hukum Kewarisan Perdata barat (Pewarisan Menurut Undang-undang)*, (Jakarta : Kencana, 2004), h 11

¹¹ Amir Syarifuddin *Garis-garis Besar Fikih*, (Jakarta : Kencana. 2003), h. 148

seseorang yang meninggal, serta akibat- akibatnya bagi para ahli waris.¹²

2.) Perbedaan dan Latar Belakang Perbedaan Sistem Hukum Adat, Islam dan Perdata Barat (BW)

Kemudian perbandingan sistem hukum waris, baik menurut hukum adat, hukum Islam dan hukum Perdata Barat di lihat dari sisi perbedaan dapat ditemukan pada aspek sumber hukumnya, asas-asasnya, prinsip-prinsipnya, serta bagian masing-masing dari ahli waris.

Adapun latar belakang perbedaannya pada intinya adalah terletak pada aspek hukum yang hidup dalam masyarakat itu sendiri, yakni sesuai dengan nilai-nilai yang dianutnya, sehingga pada tataran aplikasinya tentu pula berbeda. Selain itu, latar belakang perbedaannya adalah sumber hukum itu sendiri (hukum adat sumbernya dari unsur kebiasaan masyarakat, hukum Islam sumbernya dari Allah SWT, dan hukum perdata Barat sumbernya dari civil law system dari Belanda) sehingga dalam penerapannya sudah pasti mengalami perbedaan pula. Termasuk pula perbedaan dalam sistem yang dibangun. Dalam kaitan ini dapat di lihat dalam berbagai kajian teorinya sebagai berikut:

¹² Surini Ahlan Syarif dan Nurul Eimiyah, *op.cit*

a. Di lihat dari aspek sumber hukum kewarisan

1.) Hukum waris adat

Dalam hukum waris adat tak satupun dasar hukum yang konkrit yang menjadi suatu dasar pijakan (seperti hukum Islam dan hukum perdata Barat) di dalam mengambil suatu kebijakan hukum karena selain sifat yang berbeda-beda juga di sesuaikan dengan kondisi daerah. Sehingga hal-hal yang berupa ayat-ayat atau pasal-pasal sebagai dasarnya hukum tidak ditemukan akan tetapi jika mencari salah satu dasar hukum adalah dengan melakukan musyawarah dan mufakat. Karena hukum waris adat tidak mengenal adanya hak bagi waris untuk sewaktu-waktu menuntut agar harta warisan di bagikan kepada para waris.¹³

2.) Hukum waris Islam

Adapun dasar hukum waris menurut hukum Islam adalah terdapat dalam Surah An-nisa ayat 11-12.

Allah mensyari'atkan bagimu tentang (pembagian pusaka untuk) anak-anakmu. Yaitu bahagian seorang anak lelaki sama dengan bahagian dua orang anak perempuan; dan jika anak itu semuanya perempuan lebih dari dua, Maka bagi mereka dua pertiga dari harta yang ditinggalkan, jika anak

¹³ Hilman Hadikusuma, *Hukum Waris Adat*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2003), h. 10

perempuan itu seorang saja, Maka ia memperoleh separo harta dan untuk dua orang ibu-bapa, bagi masing-masingnya seperenam dari harta yang ditinggalkan, jika yang meninggal itu mempunyai anak; jika orang yang meninggal tidak mempunyai anak dan ia diwarisi oleh ibu-bapanya (saja), Maka ibunya mendapat sepertiga; jika yang meninggal itu mempunyai beberapa saudara, Maka ibunya mendapat seperenam. (Pembagian-pembagian tersebut di atas) sesudah dipenuhi wasiat yang ia buat atau (dan) sesudah dibayar hutangnya. (Tentang) orang tuamu dan anak-anakmu, kamu tidak mengetahui siapa di antara mereka yang lebih dekat (banyak) manfaatnya bagimu, ini adalah ketetapan dari Allah. Sesungguhnya Allah Maha mengetahui lagi Maha Bijaksana 12. Dan bagimu (suami-suami) seperdua dari harta yang ditinggalkan oleh isteri-isterimu, jika mereka tidak mempunyai anak jika isteri-isterimu itu mempunyai anak, Maka kamu mendapat seperempat dari harta yang ditinggalkannya sesudah dipenuhi wasiat yang mereka buat atau (dan) sesudah dibayar hutangnya. Para isteri memperoleh seperempat harta yang kamu tinggalkan jika kamu tidak mempunyai anak jika kamu mempunyai anak. Maka Para isteri memperoleh seperdelapan dari harta yang kamu tinggalkan sesudah dipenuhi wasiat yang kamu buat atau (dan) sesudah dibayar hutang-hutangmu jika seseorang mati, baik laki-laki maupun perempuan yang tidak meninggalkan ayah dan tidak meninggalkan anak, tetapi

mempunyai seorang saudara laki-laki (seibu saja) atau seorang saudara perempuan (seibu saja), Maka bagi masing-masing dari kedua jenis saudara itu seperenam harta. tetapi jika saudara-saudara sibu itu lebih dari seorang Maka mereka bersekutu dalam yang sepertiga itu, sesudah dipenuhi wasiat yang dibuat olehnya atau sesudah dibayar hutangnya dengan tidak memberi mudharat (kepada ahli waris). (Allah menetapkan yang demikian itu sebagai) syari'at yang benar-benar dari Allah, dan Allah Maha mengetahui lagi Maha Penyantun.

3.) Hukum perdata Barat

Sedangkan dalam hukum perdata terdapat pada Pasal 830-873 Kitab Undang- undang Hukum Perdata. Pasal 830 dan 832, dinyatakan bahwa Pewarisan hanya berlangsung karena kematian. Apabila beberapa orang antara mana yang satu adalah untuk menjadi waris yang lain, karena satu malapetaka yang sama, atau pada satu hari, telah menemui ajalnya, dengan tak dapat diketahui siapakah kiranya yang mati terlebih dahulu, maka dianggaplah mereka telah meninggal dunia pada detik saat yang sama, dan perpindahan warisan dari yang satu kepada yang lain tidaklah berlangsung karenanya

4.) Dilihat dari aspek asas-asas hukum waris

1.) Menurut Hukum Adat

Hukum waris adat bangsa Indonesia bukan semata-mata terdapat asas kerukunan dan asas kesamaan hak dalam pewarisan, tetapi juga terdapat asas-asas hukum yang terdiri:

1. Asas Ketuhanan dan pengendalian diri,
2. Asas Kesamaan hak dan kebersamaan hak
3. Asas Kerukunan dan kekeluargaan,
4. Asas Musyawarah dan mufakat,
5. Asas Keadilan dan par ¹⁴ mirma Asas-asas tersebut kebanyakan nampak dalam masalah pewarisan dan penyelesaian harta warisan, tetapi tidaklah bahwa asas-asas itu hanya milik hukum waris adat, ia pun merupakan asas-asas yang terdapat dan juga berpengaruh dalam bidang-bidang lain.

2.) Menurut Hukum Islam

Pada dasarnya, asas-asas kewarisan yang dapat ditemukan dalam Alqur'an, asas dimaksud dibatasi sampai tiga macam saja, yakni:

¹⁴ Hilman Hadikusuma, *Hukum Waris Adat*, Bandung : PT Citra Aditya Bakti, 2003), b. 21

- Asas keadilan;
- Asas kemutlakan;
- Asas individual.¹⁵

Menyangkut asas-asas hukum kewarisan Islam sebagai lanjutan dan tambahan sebagaimana tersebut di atas, maka asas tersebut dapat digali dari ayat-ayat hukum kewarisan serta Sunnah Nabi Muhammad saw. Asas-asas yang dimaksud dapat diklasifikasikan sebagai berikut:

a.) *Asas Ijbari*

Secara etimologis kata "Ijbari" mengandung arti paksaan (compulsory) yaitu melakukan sesuatu di luar kehendak sendiri. Dalam hal hukum waris berarti terjadinya peralihan harta seseorang yang telah meninggal dunia kepada yang masih hidup dengan sendirinya. Dengan perkataan lain adalah bahwa dengan adanya kematian si pewaris secara otomatis hartanya beralih kepada ahli warisnya, tanpa terkecuali apakah ahli warisnya suka menerima atau tidak (demikian juga halnya bagi si pewaris)

¹⁵ Ali Parman, *Kewarisan Dalam Alquran Suatu Kajian Hukum Dengan Pendekatan Tafsir Tematik*, (Jakarta Raja Grafindo Persada, 1995), h. 72

b.) Asas Bilateral

Asas Bilateral dalam hukum kewarisan Islam adalah seseorang menerima hak warisan dari kedua belah pihak garis kerabat, yaitu dari garis keturunan perempuan maupun garis keturunan laki-laki.

c.) Asas Individual

Asas individual adalah setiap ahli waris secara individu berhak atas bagian didapatnya tanpa terikat kepada ahli waris lainnya (sebaaimana dengan pewarisan kolektif yang dijumpai dalam hukum adat)

d.) Asas Keadilan Berimbang

Asas keadilan berimbang maksudnya adalah keseimbangan antara hak dan kewajiban dan keseimbangan antara yang memperoleh dengan keperluan dan kegunaan.

e.) Asas Semata Akibat Kematian¹⁶

Hukum waris Islam memandang bahwa terjadinya peralihan harta hanya semata-mata disebabkan adanya kematian. Dengan perkataan lain harta seseorang tidak dapat beralih (dengan pewarisan) seandainya dia masih hidup

¹⁶ Sahrawadi K. Lubis dan Komis Simanjuntak, *Hukum Waris Islam (Lengkap & Praktis)*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2004), h. 36-38

3.) *Menurut Hukum Perdata Barat*

Kemudian asas hukum kewarisan menurut hukum perdata Barat (BW) dalam pewarisan berdasarkan Surat Wasiat (Testament) adalah

- a.) Asas Pelembagaan Hibah Wasiat dan Testamen
- b.) Asas Pembatasan Kewenangan Pewaris Melalui Pelembagaan *Legitime Portie*.¹⁷

Adapun asas-asas hukum kewarisan menurut hukumperdata Barat (BW) dalam pewarisan berdasarkan Undang-undang, adalah :

- a) Asas Kematian;
- b) Asas Hubungan Darah dan Hubungan Perkawinan;
- c) Asas Perderajatan;
- d) Asas Pergantian Tempat (Plantsterculling);
- e) Asas Individual;
- f) Asas Bilateral;

¹⁷ Andi Nuzul, *Relevansi Beberapa Asas Hukum Kewarisan Menurut KUHPerdata dengan Asas Hukum Kewarisan Islam dan Hukum Adat Dalam Perspektif Pembentukan Hukum Kewarisan Nasional* (Jurnal Mimbar Hukum) 2004), h 7:21

g) Asas Segala Hak dan Kewajiban Pewaris beralih kepada Ahli Waris¹⁸

c. Di lihat dari aspek prinsip-prinsip hukum waris

1) Menurut hukum adat

Menurut Prof. Hazairin, menyebutkan adanya tiga sistem kewarisan adat yaitu:

a) sistem individual,

b) sistem kolektif,

c) sistem mayorat

Sistem kewarisan individual adalah suatu sistem kewarisan dimana harta peninggalan dapat dibagi-bagikan dan dimiliki secara individual diantara para pewaris. Sistem ini dianut dalam masyarakat parental di Jawa misalnya. Kemudian menurut Hilman Hadikusuma bahwa pewarisan dengan sistem individual atau perorangan adalah sistem pewarisan di mana setiap pewaris mendapatkan pembagian untuk dapat menguasai dan atau memiliki harta warisan menurut bagiannya masing- masing.¹⁹

¹⁸ *Ibid*, h.7-16

¹⁹ Hilman Hadikusuma, *Hukum Waris Adat*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti 2003), h. 32

Sistem kewarisan kolektif adalah suatu sistem kewarisan dimana harta peninggalan diwaris oleh sekelompok waris yang merupakan persekutuan hak, dimana harta itu merupakan pusaka yang tidak dapat dibagi-bagikan kepada para waris untuk dimiliki secara individual. Misalnya, harta pusaka dalam masyarakat matrilineal di Minangkabau, dan dalam batas-batas tertentu terdapat juga dalam masyarakat parental di Minahasa (baning kalakeran), demikian pula dalam masyarakat patrilineal di Ambon (tanah dati). Kemudian menurut Soerjono Seokanto bahwa sistem kewarisan kolektif, yaitu sistem kewarisan di mana harta peninggalan diwarisi oleh sekumpulan ahli waris yang merupakan semacam hukum, di mana harta tersebut tidak boleh dibagi-bagikan pemilikannya di antara para ahli waris dan yang boleh dibagikan adalah hanya pemakaiannya. Dan menurut Hilman Hadikusuma, bahwa pewarisan dengan sistem kolektif ialah di mana harta peninggalan diteruskan dan dialihkan pemilikannya dari pewaris kepada waris sebagai kesatuan yang tidak terbagi-bagi penguasaan dan pemilikannya, melainkan setiap waris berhak untuk mengusahakan atau mendapat hasil dari peninggalan itu.²⁰

Sistem kewarisan mayorat adalah suatu sistem kewarisan dimana anak tertua laki-laki (misalnya di Bali dan Batak) atau perempuan (misalnya di Sumatera Selatan,

²⁰ *Ibid*

Tanah-Semendo dan di Kalimantan Barat, suku Dayak) pada saat wafat pewaris berhak tunggal untuk mewaris seluruh atau sejumlah harta pokok dari harta peninggalan.²¹ Kemudian menurut Seorjono Soekanto bahwa sistem mayorat dapat dibagi menjadi dua macam yakni mayorat laki-laki yaitu apabila anak laki-laki tertua pada saat pewaris meninggal atau anak laki-laki sulung (atau keturunan laki-laki) merupakan ahli waris tunggal Dan mayorat perempuan yaitu apabila perempuan tertua pada saat pewaris meninggal adalah ahli waris tunggal.

2) Menurut Hukum Islam

Dalam sistem kewarisan menurut hukum Islam mempunyai prinsip-prinsip, sebagai berikut

- a) Hukum waris Islam menempuh jalan tengah antara memberi kebebasan penuh kepada seseorang untuk memindahkan harta peninggalannya dengan jalan wasiat kepada orang lain yang dikehendaki seperti yang berlaku dalam masyarakat kapitalis/individualis, dan melarang sama sekali komunisme yang tidak mengakui hak milik perseorangan, yang dengan sendirinya tidak mengenal sistem warisan.

²¹ KH Ahmad Azhar Bashir, *Hukum Waris Islam*. (Yogyakarta: Ull Pres, 2001), h.36

- b) Hukum waris Islam lebih condong untuk membagi harta warisan kepada sebanyak mungkin ahli waris yang sederajat, dengan menentukan bagian-bagian tertentu kepada beberapa ahli waris. Misalnya apabila ahli waris terdiri dari ayah, ibu, suami (duda) atau isteri (janda) dan anak-anak, mereka semua berhak atas harta warisan.
- c) Hukum waris Islam tidak membedakan hak anak-anak atas harta warisan, anak yang sulung, menengah atau bungsu, telah besar atau baru saja lahir, telah berkeluarga atau belum, semua berhak atas harta peninggalan orang tua. Tetapi besar kecil bagian yang diterima dibedakan sejalan dengan besar kecil beban kewajiban yang harus ditunaikan dalam kehidupan keluarga. Misalnya anak laki-laki yang dibebani nafkah keluarga mempunyai hak lebih besar daripada anak perempuan yang tidak dibebani nafkah keluarga.
- d) Hukum waris Islam membedakan besar kecil bagian-bagian tertentu ahli waris diselaraskan dengan kebutuhannya dalam hidup sehari-hari, disamping memandang jauh dekatnya hubungan dengan pewaris.²²

²² KH. Ahmad Azhar Bashir. *Hukum Waris Islam*, (Yogyakarta: Ull Pres. 2001) h. 39-41

3) Menurut Hukum Perdata Barat (BW)

Dalam sistem kewarisan menurut hukum perdata Barat (BW) mempunyai prinsip-prinsip sebagai berikut:

- a) Pasa dasarnya yang dapat beralih pada ahli waris hanya hak dan kewajiban di bidang hukum kekayaan saja.
- b) Dalam meninggalnya seseorang, seketika itu segala hak dan kewajiban pewaris beralih pada ahli warisnya (hak saisine). Hak saisine adalah ahli waris demi hukum memperoleh kekayaan pewaris tanpa menuntut penyerahan.
- c) Yang berhak mewaris pada dasarnya adalah keluarga sedarah dengan pewaris.
- d) Pada dasarnya harta peninggalan tidak boleh dibiarkan dalam keadaan tidak terbagi
- e) Pada dasarnya setiap orang, termasuk bayi yang baru lahir, cakap mewaris, kecuali mereka yang dinyatakan tak patut mewaris.²³

²³ Surini Ahlan Sjarif, dan Nurul Elmiyah, *Hukum Kewarisan Perdata Barat (Pewarisan Menurut Undang-undang*. (Jakarta: Kencana, 2004), h 15-16

d. Di lihat dari aspek ahli waris dan bagian masing-masing

1) Menurut hukum adat

Dalam hukum waris dapat terdapat pengelompokan ahli waris yang tersusun hierarkis. Kelompok utama adalah anak-anak dan keturunannya, sesuai ketentuan bahwa pewarisan adalah pengoperan dan penerusan harta benda dari suatu generasi kepada generasi yang menyusul. Kelompok berikutnya adalah orang tua pewaris, ibu bapaknya. Kelompok berikutnya adalah saudara-saudara kandung pewaris beserta keturunannya. Kelompok selanjutnya adalah orang tua dari orang tua pewaris, kakek dan nenek. Kelompok terakhir adalah anak-anak dari kakek nenek pewaris, paman bibi pewaris dan keturunannya.²⁴

Berdasar atas pengelompokan ahli waris tersebut, maka apabila kelompok pertama ada, kelompok berikutnya terhalang. Hakekatnya hanya anak keturunan yang merupakan ahli waris, diibaratkan air yang senantiasa mengalir ke bawah. Jika kelompok pertama tidak ada sama sekali, baru kelompok kedua berhak atas warisan dan seterusnya. Dalam pewarisan tersebut dianut prinsip penggantian waris (*plaats- vervulling*).

²⁴ KH. Ahmad Azhar Bashir, Hukum Waris Islam, (Yogyakarta Ull Pres, 2001), h. 37

Anak yang lahir di luar perkawinan dipandang hanya mempunyai hubungan waris-mewaris dengan ibunya dan dengan keluarga dari ibunya. Tetapi anak yang lahir dalam perkawinan yang sah, tanpa memperhatikan apakah laki-laki yang menjadi suami ibunya adalah yang menyebabkan terjadinya kehamilan atau tidak dipandang sebagai anak sah yang berhak waris, sedangkan janda atau duda pada dasarnya bukan ahli waris. Bagi suami yang ditinggalkan mati istrinya (duda) masalah warisan harta kekayaan mendiang istrinya biasanya tidak menjadi persoalan. Karena suami (duda) dapat berdiri sendiri mencukupkan kebutuhan hidupnya. Berbeda halnya dengan janda, yang meskipun termasuk ahli waris, namun hidupnya masih memerlukan harta peninggalan suaminya. Oleh karena itu selama masih belum kawin, janda berhak menikmati harta peninggalan sekedar diperlukan sebagai cagak hidupnya.²⁵

2) Menurut hukum Islam

Hukum waris Islam mengenal tiga golongan ahli waris:

- a) Ahli waris yang memperoleh bagian-bagian tertentu menurut Al-Qur'an dan atau Sunnah Rasul, disebut waris dzawil furudh. Yang termasuk ahli waris dzawil furudh terdiri dari 12 orang, yaitu: suami, isteri, ayah, ibu, anak perempuan, cucu perempuan (dari anak laki-laki),

²⁵ *Ibid*, h. 38

saudara perempuan kandung, saudara perempuan seayah, saudara laki-laki dan perempuan seibu, nenek, dan kakek.²⁶

- b) Ahli waris yang bagiannya tidak ditentukan dalam Al-Qur'an maupun Sunnah Rasul disebut waris 'ashabah
- c) Ahli waris yang mempunyai hubungan famili dengan pewaris, tetapi tidak termasuk golongan waris terdahulu, disebut dzawil arham.

3) Menurut Hukum Perdata Barat

Hukum waris perdata mengenal 4 golongan ahli waris, yakni:

- a) Ahli waris golongan Pertama.
- b) Ahli waris golongan Kedua.
- c) Ahli waris golongan Ketiga.
- d) Ahli waris golongan Keempat.

Ahli waris golongan Pertama adalah terdiri dari: Anak-anak dan keturunannya artinya anak-anak tidak dapat mewaris bersama-sama dengan keturunan, satu akan menutup yang lain. Sehingga yang dimaksud dengan anak adalah anak yang dilahirkan dalam perkawinan yang sah,

²⁶ *Ibid*, h. 42

Suami atau isteri yang hidup terlama (Sejak Januari 1936 baru diakui sebagai ahli waris golongan Pertama) sehingga besarnya bagian isteri/suami yang hidup terlama dalam Pasal 852a KUHPerduta ditentukan sama dengan bagian anak

Ahli waris golongan Kedua terdiri dari: Orang tua, saudara laki-laki; saudara perempuan; Keturunan saudara laki-laki dan perempuan tersebut.

Adapun besarnya bagian masing-masing ahli waris golongan Kedua adalah berdasarkan Pasal 854 ayat (1) KUHPerduta: "Jika bapak dan ibu mewaris bersama seorang saudara baik laki-laki maupun perempuan, mereka masing-masing memperoleh $\frac{1}{3}$ harta warisan". Artinya kalau ahli waris golongan Pertama sudah tidak ada lagi.

Ahli waris golongan Ketiga adalah terdiri dari "Keluarga sedarah dalam garis lurus ke atas, sesudah orang tua (Kakek dan nenek ke atas). Dalam Pasal 853 KUHPerduta mengatakan: "Ahli waris golongan ketiga ini terdiri dari sekalian keluarga dalam garis lurus ke atas, baik dari garis ayah maupun ibu" Sehingga apabila terjadi hal seperti ini maka warisan dibagi 2 bagian terlebih dahulu (kloving) Satu bagian untuk keluarga sedarah dalam garis ayah lurus ke atas dan satu bagian untuk keluarga sedarah dalam garis ibu lurus ke atas. Kemudian dalam Pasal 861 ayat (2): "Bahwa jika dalam garis yang satu tidak ada keluarga sedarah dalam

derajat yang mengizinkan untuk mewaris, maka segala keluarga sedarah dalam garis yang lain memperoleh seluruh warisan"

Ahli waris golongan Keempat adalah terdiri dari keluarga sedarah lainnya dalam garis menyimpang sampai derajat ke enam. Golongan keempat ini diatur dalam Pasal 858 KUHPerdara menyatakan:

"Bila tidak ada saudara laki-laki dan perempuan dan juga tidak ada keluarga sedarah yang masih hidup dalam salah satu garis ke atas, maka separuh harta peninggalan itu menajdi bagian keluarga sedarah dalam garis ke atas yang masih hidup, sedangkan keluarga sedarah garis samping dari garis ke atas lainnya.²⁷

PENUTUP

Adapun kesimpulan awal yang dapat penulis tarik, berdasarkan permasalahan yang telah dikemukakan adalah sebagai berikut:

Dari uraian dari analisis pembahasan tersebut di atas maka dapat disimpulkan bahwa

²⁷ Surini Ahlan Sjarif, dan Nurul Elmiyah, *op: Cit.* h. 50-76.

Persamaan dan latar belakang persamaan perbandingan sistem hukum waris adat, hukum waris Islam dan hukum waris perdata Barat (BW) adalah memberi pemaknaan sama dengan tujuan hukum waris merupakan suatu hukum yang mengatur tentang bagaimana mengalihkan suatu harta dari si mayit kepada ahli warisnya

Perbedaan dan latar belakang perbedaan perbandingan sistem hukum waris adat, Islam dan perdata Barat adalah suatu perbedaan diawali cara pandang mereka dari sumber dimana mengambil hukum tersebut, baik dari asas-asas, prinsip-prinsip, serta cara pembagian atau bagian masing-masing dari ahli waris.

DAFTAR PUSTAKA

- Alquran dan Terjemahan, Surabaya: Departemen Agama Republik Indonesia, Jaya Sakti, 1997
- Ali, Mohammad Daud, Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Hukum Indonesia, Jakarta: Yayasan Risalah, 1984.
- Ali Afandi, Hukum Waris-Hukum Keluarga Hukum Pembuktian Menurut KUHPerdara (BW), Jakarta: Bina Aksara, 1984.
- Ali Parman, Kewarisan Dalam Alquran Suatu Kajian Hukum Dengan Pendekatan Tafsir Tematik, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1995.
- Amir Syarifuddin, Garis-garis Besar Fikili, Jakarta Kencana, 2003.
- Andi Nuzul, Relevansi Beberapa Asas Hukum Kewarisan Menurut KUHPerdara dengan Asas Hukum Kewarisan Islam dan Hukum Adat Dalam Perspektif Pembentukan Hukum Kewarisan Nasional (Jurnal Mimbar Hukum) 2004.
- H. Hilman Hadikusuma, Hukum Waris Adat, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2003.
- Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam
- KH. Ahmad Azhar Bashir, Hukum Kewarisan menurut Hukum Adat dan Hukum Islam, Jakarta: Proyek Pembinaan Peradilan Agama Depag, 1978.

- KH. Ahmad Azhar Bashir, Hukum Waris Islam, Yogyakarta: UII Pres, 2001.
- M. Rasyid Ariman, Hukum Waris Adat dalam Yurisprudensi, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1988.
- R. Subekti & R Tjitrosudibio, Kitab Undang-undang Hukum Perdata, Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 2003.
- Soepomo,, Bab-bab tentang Hukum Adat, Jakarta: Universitas, 1967.
- Suhrawardi K. Lubis & Komis Simanjuntak, Hukum Waris Islam (Lengkap & Praktis), Jakarta. Sinar Grafika, 2004.
- Surini Ahlan Sjarif, dan Nurul Elmiyah, Hukum Kewarisan Perdata Barat (Pewarisan Menurut Undang-undang. Jakarta: Kencana, 2004.

HUKUM ISLAM DALAM HUKUM NASIONAL

Abdul Haris Abbas

Jurusan Syari'ah STAIN Ternate.

PENDAHULUAN

Islam sebagai agama yang dipeluk oleh mayoritas penduduk Indonesia, tentu sangat berpengaruh terhadap pola hidup bangsa Indonesia. Dalam pandangan masyarakat Indonesia, hukum Islam merupakan bagian penting dari ajaran agama, dan juga Islam merupakan ruangan ekspresi pengalaman agama yang utama dan menjadi diterminan kontinyutas dan identitas historis.

Demikian halnya hukum Islam di Indonesia, dalam formulasi yang sangat sederhana dapat dinyatakan bahwa pada hakikatnya hukum Islam di Indonesia adalah norma-norma hukum yang bersumber dari syariat Islam yang tumbuh dan berkembang dalam kehidupan masyarakat sepanjang bentangan sejarah Indonesia. Ia terlahir dari hasil

perkawinan normatif (syari'ah) dengan muatan- muatan lokal Indonesia secara utuh.¹

Berdasarkan teori ini, maka dapat dinyatakan bahwa keberadaan hukum Islam di Indonesia adalah bersamaan dengan keberadaan Islam di Indonesia. Oleh karena itu ketika masyarakat Indonesia menyatakan Islam (menyatakan dua kalimat syahadat), secara otomatis berarti mengakui otoritas hukum Islam atas dirinya. Inilah yang disebut dengan teori syahadat atau teori credo.²

Berdasarkan penelitian yang dilakukan oleh Fakultas Hukum Universitas Indonesia, bekerja sama dengan Badan Pembinaan Hukum Nasional, pada tahun 1978 dan 1979 di empat belas daerah yang tersebar di seluruh Indonesia meliputi pulau Sumatera, Jawa, Kalimantan Selatan, dan Nusa Tenggara Barat (Lima daerah pada tahun 1978 dan sembilan daerah pada tahun 1979) terlihat kecendrungan yang kuat di kalangan masyarakat untuk memberlakukan hukum Islam

¹ Lihat. Abd. Halim Barakatullah dan Teguh Prasetyo, *Hukum Islam Menjawab Tantangan Zaman Yang Terus Berkembang* (Cet 1, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2006), h.68.

² Teori credo atau syahadat adalah teori yang mengharuskan pelaksanaan hukum Islam oleh mereka yang telah mengucapkan dua kalimat syahadat sebagai konsekuensi legis dari pengucapan kredonya. Teori ini berlaku di Indonesia ketika negeri ini berada di bawah kekuasaan para sultan, Lihat, Imam syaukani *Rekonstruksi Epistemologi Hukum Islam Indonesia dan Relevansinya Bagi Pembangunan Hukum Nasional* (Cet. 1. Jakarta: Raja GrafindoPersada, 2006), h.68

bagi Umat Islam Delapan puluh persen (80%) dari jumlah responden yang ditanyai menyatakan keinginan untuk diberlakukannya hukum Islam bagi mereka dari pada hukum yang lain. ³ Dengan demikian, sudah merupakan suatu keharusan untuk membentuk hukum nasional yang salah satu bahan bakunya bersumber dari hukum Islam.

PEMBAHASAN

1. Teori-Teori Pemikiran Penerapan Hukum Islam di Indonesia

Sebagaimana di negara-negara Muslim lainnya, umat Islam yang comitted di Indonesia pun tetap menjaga aspirasi mereka untuk mempraktekkan hukum Islam, tidak hanya dalam kehidupan individu, tetapi juga dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, meskipun terdapat variasi ide tentang praktek hukum Islam ini.

Secara konseptual, sesungguhnya telah banyak teori pemikiran mengenai penerapan hukum Islam (syari'at) di Indonesia, antara lain:

- a. Teori pemikiran formalistik-legalistik. Berpendapat Bahwa penerapan syari'at Islam harus melalui institusi

³ lihat, Muhammad Daud Ali, *Hukum Islam, Pengantar Humu Hukum dan Tata Hukum di Indonesia* Cet, III. Jakarta: Rajawali Pers, 1990), h. 239-240

negara. Hal ini disampaikan oleh Habib Riziq Shihab, ketua Front Pembela Islam. Berkaitan dengan pertanyaan: apakah syari'at Islam harus diformulasikan dalam sebuah konstitusi, Rizik menjawab "Ya." Negara itu nantinya dapat menjaga berjalannya syari'at karena itu formalisasi syari'at melalui konstitusi atau undang-undang harus diusahakan untuk menjaga substansi syari'at agar agama bisa dijalankan secara baik. Oleh karena itu beliau tidak setuju memisahkan antara substansi dan formal.⁴

Kelompok Hizbut Tahrir yang dianggap getol meneriakan perlunya Islamisasi melalui ideologi negara sebagai salah satu prasyarat tegaknya syari'at Islam di wilayah hukum Indonesia. Dalam pandangan Hizbut Tahrir, memperjuangkan tegaknya syari'at Islam bagi seorang muslim adalah sebuah keharusan. Haruslah menjadi keyakinan bahwa tidak akan ada kemuliaan kecuali dengan Islam, tidak ada Islam kecuali dengan syari'at, dan tidak ada syari'at kecuali dengan daulat (negara). Pemikiran ini disampaikan dengan mengemukakan suatu argumentasi berdasarkan fakta

⁴ Hasil wawancara dengan Khamami Zadan dan Efendi Edyar bertajuk "*Jika Syari'ah Islam Jalan Maka Jadi Negara Islam* dalam Tashwirul Afkar, h 99-100 dikutip oleh A Rahmat Rosyadi dan M. Rais Ahmad, *Formalisasi Syariat Islam dalam Perspektif Tata Hukum Indonesia* (Cet. 1. Bogor Ghalia Indonesia, 2006), h. 20-21

sejarah dan keyakinan bahwa aturan Allah pastilah yang terbaik. Hanya syari'at sajalah yang mampu menjawab segala persoalan yang tengah membelit umat Islam Indonesia baik di lapangan ekonomi, politik, sosial, budaya, maupun pendidikan.⁵

- b. Teori Pemikiran Strukturalistik. Pendekatan ini menekankan transformasi dalam tatanan sosial dan politik agar bercorak Islami, sedangkan pendekatan kultural menekankan transformasi dalam prilaku sosial agar bercorak Islami. Namun hubungan timbal balik keduanya sangatlah sinergis. Karena transformasi melalui pendekatan struktural dimaksudkan dapat mempengaruhi transformasi prilaku sosial sehingga lebih Islami. Sebaliknya transformasi prilaku sosial diharapkan dapat mempengaruhi transformasi institusi-institusi sosial dan politik menjadi lebih Islami. Pendekatan struktural mensyaratkan pendekatan politik, lobi atau melalui sosialisasi ide- ide Islam, kemudian menjadi masukan bagi kebijakan umum. Salah seorang pendukung utama pendekatan ini adalah Amin Rais, yang berpendapat sebagaimana dikutip oleh Rahmat Rosyadi

⁵ Lihat, M. Isman Yusnto, *Menuju Penerapan Syariah, Di antara Peluang dan Tantangan (Suara Hizbut Tahrir Indonesia*, dalam Masykuri Abdillah, at. al, *Formalisasa Syari'at Islam di Indonesia Sebuah Pergulatan Yang Tak Pernah Tuntas*, *op.cit.* h. 295-301

dan Rais Ahmad, bahwa transformasi nilai-nilai Islam melalui kegiatan dakwah harus mencakup segala dimensi kehidupan manusia. Dengan kata lain, kegiatan-kegiatan politik, ekonomi, sosial, budaya, ilmiah, dan lainnya harus menjadi sarana untuk merealisasikan nilai-nilai Islam. Konsekuensi dari pandangan ini, Amin mendukung perumusan dan implementasi sistem sosial Islam termasuk melegislasi hukum Islam dalam tata hukum negara Indonesia berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.⁶

- c. Teori Pemikiran Kulturalistik. Pendekatan ini hanya mensyaratkan sosialisasi dan internalisasi syari'at Islam oleh umat Islam sendiri, tanpa dukungan langsung dari otoritas politik dan institusi negara. Para pendukung pendekatan kultural ini ingin menjadikan Islam sebagai sumber etika dan moral, sebagai sumber inspirasi dan motivasi dalam kehidupan bangsa bahkan sebagai faktor komplementer dalam pembentukan struktur sosial. Pendukung utama pendekatan kultural ini adalah Abdurrahman Wahid. Beliau menyadari bahwa secara historis ekspresi ideologi Islam tidak berhasil. Menurutnya Islam harus bertindak sebagai faktor komplementer untuk mengembangkan sistem sosio-ekonomi dan politik, bukan sebagai faktor alternatif yang

⁶ Lihat, A. Rahmat Rosyadi dan M. Rais Ahmad, *Formalisasi Syariat Islam dalam Perspektif Tata Hukum Indonesia*, *op. cit.* h. 27

dapat membawa dampak disintegratif kehidupan bangsa secara keseluruhan menurut Beliau, umat Islam telah dapat menerima falsafah negara, sementara pada saat yang bersamaan masih mempertahankan jalan hidup "Islamnya" dalam varian lokal dan individu. Oleh karena itu Beliau tidak menyetujui idealisme Islam dalam sebuah sistem sosial.

Mengenai legislasi hukum Islam, menurut Abdurrahman Wahid, bahwa tidak semua ajaran Islam di legislasi oleh negara Banyak hukum negara yang berlaku secara murni dalam bimbingan moral yang terimplementasikan dalam kesadaran penuh masyarakat Kejayaan hukum agama tidak akan hilang dengan fungsinya sebagai sebuah sistem etika sosial. Kejayaannya bahkan akan tampak karena pengembangannya dapat terjadi tanpa dukungan dari negara Karena alasan ini, Beliau lebih cenderung untuk menjadikan syariat'at Islam sebagai sebuah perintah moral (moral injunction) daripada sebagai sebuah tatanan legalistik-formalistik.⁷

d. Teori Pemikiran Substantialistik-Aplikatif. Di kalangan akademis, pemikiran penerapan syari'at Islam lebih cenderung kepada analisis akademis yang tidak

⁷ *Ibid.* h. 28-29. Lihat juga, gagasan pribumisasi Islam Abdurrahman Wahid yang ditulis oleh Andree Feillard, *Nu vis-a-vis Negara (Islam et armee Dans L'indoncise Contemporaine Les Promiers de la Tradition)*, diterjemahkan oleh Lesmana (Cet. I. Yogyakarta LKIS, 1999), h, 374

menunjukkan pro dan kontra karena mereka tidak memihak kepada pendapat siapapun dan pihak manapun. Pemikiran ini hanya lahir dari sudut teoritik ajaran Islam yang bersifat dogmatis dan aplikatif. Penerapannya diserahkan kepada umat Islam sendiri; apakah harus berdasarkan otoritas negara atau bersifat struktural, kultural, substansial, individu, atau kolektif. Misalnya komentar **Juhaya S. Praja**, Guru Besar Hukum Islam IAIN Sunan Gunung Jati Bandung, atas wacana bagaimana menjadikan hukum Islam sebagai penunjang pembangunan dalam kerangka sistem hukum Pancasila. Menurutnya, walaupun dalam praktik tidak lagi berperan secara penuh dan menyeluruh, hukum Islam masih memiliki arti besar bagi kehidupan para pemeluknya. Setidak-tidaknya ada tiga faktor yang menyebabkan hukum Islam masih memiliki peran besar dalam kehidupan bangsa. **Pertama**, hukum Islam telah turut serta menciptakan tata nilai yang mengatur kehidupan umat Islam, minimal menetapkan apa yang harus dianggap baik dan buruk; apa yang menjadi perintah, anjuran, perkenaan, dan larangan agama. **Kedua**, banyak putusan hukum dan yurisprudensial dari hukum Islam telah diserap menjadi hukum positif yang berlaku. **Ketiga**, adanya golongan yang masih memiliki aspirasi teokratis di kalangan umat Islam dari berbagai negeri sehingga penerapan hukum Islam secara penuh masih

menjadi slogan perjuangan yang masih mempunyai daya tarik cukup besar.⁸

Muhammad Daud Ali, Guru Besar Hukum Islam UI, menjelaskan bahwa hukum Islam yang berlaku di Indonesia ada dua macam, yaitu secara normatif dan formal yuridis. Hukum Islam yang berlaku secara nomatif adalah bagian hukum Islam yang mempunyai sanksi kemasyarakatan apabila norma- norma itu dilanggar. Kuat tidaknya sanksi kemasyarakatan tergantung pada kuat lemahnya kesadaran umat Islam akan norma-norma normatif itu. Hukum Islam yang bersifat normatif antara lain salat, puasa, zakat, dan haji. Menurut pendapatnya, hampir semua hukum Islam yang mengatur hubungan manusia dengan Tuhan bersifat normatif. dipatuhi tidaknya hukum Islam yang berlaku scara normatif itu tergantung dari kesadaran imannya Berkaitan dengan hukum Islam yang berlaku secara formal-yuridis, Daud Ali berkomentar bahwa hukum Islam yang mengatur hubungan manusia dengan manusia lainnya dan benda dengan masyarakat. Di dalam proses peralihannya menjadi hukum positif harus berdasarkan atau ditunjuk oleh peraturan dan perundang-undangan, misalnya hukum

⁸ Juhaya S. Praja. *Hukum Islam di Indonesia, Pemikiran dan Praktik* (Cet. I. Bandung: Rosda karya, 1991), h. xv.

perkawinan, hukum kewarisan, dan hukm wakaf yang telah dikompilasikan.⁹

Terlepas dari kontroversi bagaimana penerapan hukum Islam di atas, dari sudut pandangan kebangsaan, legislasi hukum Islam yang berlaku khusus bagi umat Islam menimbulkan masalah berkaitan dengan unifikasi hukum. Di satu sisi, legislasi demikian dilakukan untuk memenuhi keinginan dan kebutuhan hukum umat Islam. Di sisi lain, produk hukum yang berlaku khusus untuk umat (pemeluk agama) tertentu kontradiktif dengan keinginan untuk mewujudkan unifikasi hukum dan menghindari dualisme hukum. Padahal unifikasi hukum diperlukan untuk menyelamatkan hukum dari disintegrasi.¹⁰

Upaya ke arah unifikasi hukum nampaknya jarang dilakukan oleh pemerintah maupun wakil rakyat atau dari pihak akademisi dan praktisi hukum di Indonesia. Padahal, begitu banyak sekali persoalan kemasyarakatan yang harus diselesaikan melalui jalur legislasi, di antaranya mempersatukan keragaman hukum yang tersebar dari berbagai sumber hukum menjadi hukum nasional.

⁹ Lihat. Muhammad Daud Al. *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum di Indonesia* (Cet, III, Jakarta Rajawali Pers, 1990), h. 5-6

¹⁰ Lihat. Noel J. Coulson, *The History of Islamic Law*, diterjemahkan oleh Hamid Ahmad, *Hukum Islam Dalam Perspektif sejarah* (Cet 1: Jakarta: 13M, 1987), h. 59

Tidak adanya proses unifikasi hukum saat ini disebabkan oleh tiga faktor Pertama, berkaitan dengan tingkat kerumitan proses penyatuannya; Kedua, ketiadaan netralitas hukum, Ketiga, dianggap tidak perlu lagi menempuh jalur unifikasi. Dengan demikian, pemerintah saat ini lebih banyak melahirkan hukum dalam perundang-undangan yang bersifat spesifik bagi kalangan tertentu, tetapi diberlakukan secara nasional

Di sisi lain, dengan legislasi hukum Islam akan dicapai kesesuaian antara hukum Islam dan hukum nasional kesesuaian ini akan menghindari kemandulan loyalitas sebagai muslim yang harus mentaati hukum Islam dan sebagai warga negara yang harus mentaati hukum nasional Di samping itu, keanekaan pendapat dalam fiqh bisa diakhiri dengan legislasi yang bisa memberikan kepastian hukum.¹¹

Menyikapi persoalan di atas, menurut Ichtiando S.A, bahwa keragaman yang bersandar pada nilai asas manusia adalah modal faktual bagi kehidupan bangsa dan negara Indonesia, maka dalam bidang hukum-dengan agama-agama mempunyai ajaran dan ketentuan sendiri-sendiri-hal itu harus berwujud tidak mungkin dicapai unifikasi, maka pembangunan hukum nasional sedapat mungkin

¹¹ Lihat, Jazuni, *op., cit.*, h. 341

mengupayakan terciptanya keharmonisan hukum.¹² Menurut Ichtianto S.A, Harmonisasi hukum, meminjam istilah Martin Boodman dalam bukunya "The Myth of Harmonization of Law" adalah keadaan hukum dengan unsur-unsur lama (yang berbeda) tetap utuh dan tidak berubah, namun terjadi paduan baru hasil aransmen" yang merupakan suatu keseluruhan yang indah, elok, dan nikmat bagi kehidupan hukum. Karena usaha menciptakan unifikasi hukum dalam bidang-bidang yang akrab dengan agama hanya akan menciptakan keadaan yang bertentangan dengan hukum nasional yaitu persatuan bangsa dan negara. Usaha unifikasi dapat diwujudkan dalam bidang-bidang netral dari ajaran agama (misalnya hukum administrasi dan perburuan); juga

¹² Keharmonisan hukum adalah salah satu aspek politik hukum Islam yang mencakup nilai dan tujuan hukum Islam sesuai dengan kriteria dan pedoman Allah Yang Maha Hakim Keluwesan hukum Islam telah mampu meramu keadilan, keagungan dan keharmonisan hukum, meskipun hanya menggunakan istilah hukum perkawinan, hukum kewarisan, hukum perwakafan, tanpa denominasi Islam. Aspek politik hukumnya memungkinkan terbentuknya ketunggalan dari keadaan kehidupan yang bhineka Falsafah tauhid yang dirumuskan sebagai Ketuhanan Yang Maha Esa ternyata mampu mencakup segala masalah hukum dibidang humaniora, kemasyarakatan dan kealaman. Lihat, A. Timur Djaelani, *Politik Hukum Islam di Indonesia: dalam Prospek Hukum Islam dalam Kerangka Pembangunan Hukum Nasional di Indonesia*, PP. IKAHA, Jakarta: 1994, h. 213., Politik Hukum Islam, dalam Amrullah Ahmad, et al. *Dimensi hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional, Mengenang 65 Tahun Prof. Dr. H. Bustanud Arifin, SH* (Cet I; Jakarta: Gema Insant Press, 1996), h. 140

dalam bidang hukum pidana yang meskipun merupakan warisan kolonial Belanda.¹³

Oleh karena itu, menurut Rifyal Ka'bah, hukum Islam memiliki cakupan yang lebih luas dari pada hukum nasional, maka sebagian ketentuannya tidak memerlukan kekuasaan negara untuk penegakkannya. Sebagian yang lain membutuhkannya dan sebagian yang lain tidak membutuhkannya, bergantung pada situasi dan kondisi.¹⁴

Dengan demikian, tidak semua ketentuan hukum Islam perlu dilegislasikan. Ketentuan hukum Islam yang perlu dilegislasikan adalah ketentuan hukum yang memiliki kategori:

1. Penegakkannya memerlukan bantuan kekuasaan negara.
2. Berkorelasi dengan ketertiban umum.¹⁵

Kekuasaan negara yang diperlukan untuk penegakan hukum Islam adalah kekuasaan peradilan, misalnya dalam kasus perceraian, dan kewarisan, dan kekuasaan administratif (misalnya pencatatan perkawinan, dan pencatatan wakaf).

¹³ Lihat, Ichtijanto SA, *Prospek Peradilan Agama Sebagai Peradilan Negara Dalam Sitem Politik Indonesia*, dalam Amrullah Ahmad, et al., *Ibid*, h. 183-184.

¹⁴ Rityal Ka'bah, *Hukum Islam di Indonesia* (Cet I. Jakarta Universitas Yarsi, 1999), h.59, 85.

¹⁵ Lihat, Jazuni, *Legislasi Hukum Islam di Indonesia* (Cet. 1, Bandung Citra Aditya Bakti, 2005), h. 353

Ada ketentuan hukum Islam yang penegakannya bisa (meskipun sulit) dipaksakan dengan kekuasaan negara, tetapi kurang berkorelasi dengan kepentingan umum, misalnya kewajiban salat dan puasa. Secara teoritis negara bisa memaksakan salat dan puasa bagi warga negaranya yang beragama Islam dan menjatuhkan sanksi bagi yang melanggarnya. Akan tetapi, perlu tidaknya melegislasikan ketentuan hukum Islam yang mewajibkan salat dan puasa bagi orang Islam dapat dipertanyakan, karena: Pertama, secara teknis peraturan semacam ini sulit ditegakkan. Bagaimana negara bisa memantau warga negaranya selama 24 jam dalam sehari sekedar untuk mengetahui apakah ia melaksanakan salat atau menjalankan puasa. Kedua, salat dan puasa bersifat individual, yang tidak/kurang berkorelasi dengan kepentingan umum. Masalah zakat dan haji selama ini dipandang sebagai ibadah yang banyak tergantung pada individu muslim untuk pelaksanaannya, tetapi karena menyangkut kepentingan banyak orang, maka kedua jenis ibadah ini pada waktu sekarang dirasakan perlu ada aturan khusus dan undang-undang yang dapat menjamin pelaksanaannya.

Kendati menyetujui upaya memperjuangkan legislasi (taqnin) hukum Islam di luar hukum ibadah (nikah, zakat, dan haji), namun dalam hal ini penulis sepenuhnya tidak setuju

bila upaya menggapai hal tersebut, dilakukan dengan cara pemaksaan, kekerasan dan indoktrinasi

Untuk merealisasikan hal tersebut, paling tidak ada dua syarat harus terpenuhi Pertama, harus tetap mengedepankan cara-cara demokratis yang mencerminkan kompetisi bebas dan kemungkinan terjadi eklektisisme, bukan pemaksaan dari rezim yang sedang berkuasa. Kedua, dari sisi keilmuan, upaya legislasi (taquin) hukum Islam dimaksud harus didukung oleh argumentasi akademik yang dapat dipertanggungjawabkan, sehingga mayoritas atau seluruh warga Indonesia, utamanya para elit politik di parlemen beserta pemerintah, dapat menerima argumentasi bahwa upaya legislasi (taquin) hukum Islam di luar masalah ibadah, memang sangat diperlukan dan diyakini sepenuhnya akan dapat menciptakan kemaslahatan.

2. Strategi Legislasi Hukum Islam dalam Hukum Nasional

Membaca kenyataan obyektif yang dihadapi hukum Islam sepanjang sejarah Indonesia adalah sikap tergesa-gesa apabila kita segera menuntut sesuatu yang substantif sejatinya belum jelas. Yakni menuntut formalisasi dan legislasi hukum Islam sementara agenda pemikiran ulang, pembaruan, dan rekonstruksi hukum Islam yang sesuai dengan realitas masyarakat-bangsa Indonesia belum dilakukan secara sungguh-sungguh. Meskipun ada perangkat materil hukum

Islam, seperti Kompilasi Hukum Islam dan beberapa ketentuan yang telah dilegislasikan, tetapi mempertimbangkan kenyataan di atas tentu belum bisa dikatakan memadai sebagai sebuah sistem hukum. Di sinilah hemat penulis memerlukan strategi dan upaya integrasi hukum Islam dalam pembinaan hukum nasional.

Strategi dan upaya integrasi hukum Islam bagi pembinaan hukum nasional dilihat dari teori Meier Friedman,¹⁶ tergantung pada tiga komponen sebagai berikut:

a. Komponen struktur

Struktur politik kita yang di dalamnya terdapat mayoritas penganut Islam harus memiliki komitmen terhadap keberadaan (eksistensi) dan keefektifan berlakunya hukum Islam di Indonesia. Dengan mengacu kepada kehidupan politik Indonesia pada pasca 1990-an yang ditandai dengan kebijakan-kebijakan pemerintah yang mencerminkan hubungan kemesraan pemerintah dengan umat Islam, maka masih ada harapan dukungan dari struktur

¹⁶ Menurutnnya, dalam sebuah negara yang menerapkan sistem hukum, paling tidak harus ada tiga komponen yang dijadikan dasar atau fondasi agar sistem hukum negara tersebut kuat. ketiga komponen tersebut adalah *Legal sructure*, *Legal Substance*, dan *Legal culture*. Lihat, Meirer Friedman, *American Law: an Intruduktion* (Cet II: New York: WW Norton & Company, 1998), h. 21

politik untuk mentransformasikan hukum Islam ke dalam hukum nasional.

Di dalam keterbukaan seperti sekarang ini, kiranya upaya untuk menata dan memantapkan struktur politik dalam upaya memperjuangkan hukum Islam menjadi hukum nasional, bukan sesuatu yang tabu. Tergantung kepada kejelian para tokoh Islam untuk memilih bidang-bidang hukum yang sekiranya tidak bersinggungan berat dengan hukum selain hukum Islam dan kemampuan mereka untuk membawa diri dengan kiat-kiat jitu dan simpatik di arena perjuangan mereka masing-masing. Di sinilah semangat jihad dari masing-masing tokoh Islam perlu ditumbuhkan.

Dari banyaknya teori pemikiran mengenai penerapan hukum Islam di Indonesia. Menurut Masykuri Abdillah, dilihat dari segi orientasi penerapannya dapat diklasifikasikan menjadi tiga kelompok. Pertama, adalah orientasi yang berupaya memperjuangkan implementasi ajaran secara komprehensif (kaffaht), baik bidang akidah, syari'ah, maupun etika-moral. Kedua, adalah orientasi yang hanya berupaya memperjuangkan implementasi akidah dan etika-moral Islam. Ketiga, adalah orientasi yang hanya berupaya memperjuangkan sedapat mungkin implementasi syari'ah -disamping akidah serta etika-moral -atau minimal prinsip- prinsipnya, yang terintegrasi ke dalam sistem nasional. Orientasi pertama menjadikan Islam sebagai

ideologis, kedua menjadikan Islam sebagai sumber etika, dan ketiga menjadikan Islam sebagai sub-ideologi.¹⁷

Orientasi pertama memang sangat idealistis dalam konteks Islam, tapi kurang realistis dalam konteks masyarakat dan bangsa Indonesia yang sangat plural. Sedangkan orientasi kedua sangat idealistis dalam konteks keindonesiaan tapi kurang realistis dalam konteks Islam, yang ajarannya tidak memisahkan antara agama dengan negara. Tarikan yang kuat terhadap salah satu orientasi akan mengakibatkan semakin kuatnya tarikan ke arah orientasi yang berlawanan, dan bahkan akan menimbulkan konflik internal yang lebih besar. Oleh karena itu, diperlukan jalan tengah di antara keduanya, yakni menjadikan Islam sebagai sub-ideologi bagi Pancasila.¹⁸

Orientasi ketiga ini lebih realistis dan moderat, meskipun ia berusaha sedapat mungkin melaksanakan

¹⁷ Abdillah, Masykuri, at al., *Formalisasi Syari'at Islam di Indonesia, Sebuah Pergulatan Yang Tak Pernah Tuntas* (Cet. 1; Jakarta: Renaisan, 2005), h. 319

¹⁸ Secara teoritis sebuah ideologi itu harus memenuhi tiga dimensi, yakni dimensi pencerminan terhadap realitas, dimensi idealisme yang memberikan inspirasi bagi warga masyarakat dalam bertindak, dan dimensi fleksibilitas yang memungkinkan adanya interpretasi dari berbagai pandangan, dalam konteks terakhir ini, agama-agama atau aliran aliran politik yang ada bisa menjadi sub-ideologi Pancasila, sehingga ia benar-benar menjadi ideologi terbuka, yang bisa menerima berbagai interpretasi sesuai dengan latar belakang budaya masing-masing kelompok ini. Lihat. Maskuri Abdillah, *Ibid*, h. 322-323

hukum Islam atau prinsip-prinsipnya dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, ia masih tetap mengakui Pancasila sebagai ideologi negara. Orientasi ini mendukung pendekatan kultural dan sekaligus struktural dengan cara yang konstitusional dan demokratis. Di samping itu, ia juga berusaha mengupayakan implementasi sistem alternatif yang Islami, meskipun tidak bersifat struktural, seperti perbankan Islam, asuransi Islam, dan lain-lain.

Untuk mendukung orientasi ketiga ini diperlukan pula reinterpretasi ajaran Islam yang lebih mengakomodasi kemajemukan. Interpretasi dimaksud tidak hanya berbentuk interpretasi formalistik, tetapi harus disertai dengan interpretasi filosofis dan sosiologis. Artinya pemahaman keagamaan tidak hanya berdasarkan teks-teks formal, tetapi juga melihat kondisi sosio-kultural masyarakat bangsa Indonesia serta filosofi ajaran Islam itu sendiri, yakni untuk kemaslahatan, keadilan, dan rahmat bagi umat manusia. Kondisi masyarakat yang perlu diperhatikan adalah kemajemukan, baik dari segi agama maupun tingkat penghayatan keagamaan, sementara tingkat pendidikan dan ekonomi masyarakat secara umum masih rendah. Tentu produk dari penafsiran seperti ini suatu saat bisa berubah jika kondisi sosio-kultural itu mengalami perubahan

b. Komponen Subtansi

Subtansi hukum Islam yang diangkat ke dalam hukum nasional perlu pengkajian lebih mendalam. Pengkajian inipun tidak mudah, karena luasnya cakupan (materi) hukum Islam yang dikaji. Karena itu, sebelum mengkaji bidang- bidang hukum tertentu, perlu pengkategorian hukum Islam mana yang bisa bertransformasi ke dalam hukum nasional.

Pengkajian subtansi diarahkan pada aspek dinamikanya dalam rangka beradaptasi dengan hukum nasional yang di dalamnya unsur kebhinekaan. Subtansi hukum Islam yang dinilai kaku oleh sebagian kalangan, bahkan mungkin menakutkan karena sikap absolut pemeluknya, perlu dikaji lebih serius agar lebih bersifat terbuka dan kontekstual, dalam arti terbuka bagi penafsiran baru yang lebih sesuai dengan konteks sosial keindonesiaan dan kekinian, sehingga hukum Islam akan *integrated* dalam hukum nasional bukan *separated*.

Di sinilah peran jihatad menjadi sangat penting. Persoalannya yakni siapa atau lembaga mana yang representatif untuk mengkaji? Pertanyaan ini penting, karena seringkali pengkajian yang dilakukan oleh kelompok yang kurang representatif dianggap kurang valid sehingga kurang ditaati oleh masyarakat. Karena menyangkut kepentingan umat secara menyeluruh, maka kajiannya perlu melibatkan

banyak pihak yang berkompetensi dan jithad-nya dilakukan secara kolektif (*jama'i*) dengan pendekatan-pendekatan interdisipliner sehingga hasilnya lebih komprehensif.¹⁹

Ijtihad jama'i, bila didukung dengan fasilitas-fasilitas kenegaraan tanpa mengurangi kebebasan para mujtahid, akan lebih berhasil. Lembaga-lembaga jithad berwawasan internasional sangat diperlukan, guna memecahkan masalah-masalah bersama, sesuai tuntutan ruang dan waktu, sepanjang masih dalam kerangka syari'at Islam. Jika jithad jama'i ini berhasil digalakkan, maka implikasinya nanti akan sangat baik bagi prospek pelaksanaan hukum Islam di masa depan, sehingga hukum Islam akan nampak cerah dan sanggup tampil untuk menjawab tantangan zaman.

Betapapun dalam praktiknya legislasi bukan merupakan kecendrungan, namun pengembangan hukum Islam melalui proses legislasi tetap perlu dilakukan. Hanya masalah materi hukumnya yang perlu dipertimbangkan. Misalnya (a) materi hukumnya bukan di bidang hukum publik, karena dikhawatirkan akan menimbulkan benturan

¹⁹ Dalam *ijtihad jama'i* ini, ilmuan dari berbagai disiplin ilmu, berkumpul dan berbagai permasalahan yang telah diagendakan terutama hal-hal yang bercorak umum dan penting bagi umat manusia di sini, yang berfungsi sebagai majlis atau jamaahnya, bukan individu, karena itu apa yang tidak tepenuhi oleh salah satu anggotanya, telah terwakili oleh yang lain, karena itu *ijtihad* dalam hukum Islam harus dilakukan secara *jama'i* (bersama-sama) Lihat, Ahmad Azhar Basyir, et al. *Ijtihad dalam Sorotan* (Cet IV. Bandung Mizan 1996), h. 62

dengan materi hukum agama lain, (b) materi hukum privat tidak pada semua bidang karena ada bidang-bidang hukum yang sangat peka. Jika bidang hukum yang peka ini diangkat pasti akan menjadi konflik, baik eksternal maupun internal. Jika dilihat dari perkembangan dan kebutuhan dewasa ini dalam keneah pergaulan hukum nasional dan hukum internasional maka legislasi merupakan tuntunan obyektif dan urgen karena akan mendukung implementasi hukum Islam secara pasti dan mengikat secara formal yuridis. Dengan lahirnya UU No.7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang telah diubah dengan UU No. 3 tahun 2006 tentang Pelaksana atas UU No. 7 tahun 1989 dan Inpres No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, usaha pembinaan dan pengembangan hukum Islam dapat dilakukan melalui peningkatan peranan hakim peradilan agama, karena profesi hakim itu sendiri dalam tradisi Islam merupakan tradisi mujtahid Hakim peradilan agama berpeluang besar untuk menemukan, merumuskan, dan menetapkan hukum dalam praktik di lingkungan lembaga peradilan. Hal ini sejalan dengan apa yang tersirat dalam pasal 27 UU No. 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang telah diganti dengan UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Kewajiban tersebut secara implisit mengandung hak otonom dan kewenangan para hakim untuk

melakukan kerja intelektual dan berijtihad dalam rangka menerapkan hukum Islam dalam praktik peradilan.

Kewenangan peradilan agama meskipun masih terbatas, namun jika para hakim mau menempatkan diri sebagai pekerja-pekerja intelektual yang dilakukan secara profesional dalam kapasitas sebagai mujtahid, maka putusan hakim itu dapat dijadikan rujukan bagi keputusan-keputusan berikutnya.²⁰ Dengan demikian akan terbentuk suatu sosok hukum Islam yang kontekstual, dapat dipraktikkan, bukan hukum di atas kertas (tekstual) seperti yang ada selama ini. Secara sosiologi, terdapat empat wilayah peta hukum modern sebagai berikut:

1. Hukum negara yang berada di wilayah fungsi legislatif dan eksekutif (Qanun)
2. Hukum hakim yang berada dilembaga peradilan (qada)
3. Hukum para ahli hukum yang berada di dunia ilmiah dan perguruan tinggi (fiqh dan fatwa).
4. Hukum yang hidup dalam praktik kemasyarakatan (urf)²¹

Di Indonesia, keempat jenis tersebut cenderung berjalan sendiri-sendiri dengan dinamikanya masing-masing.

²⁰ Lihat, Muhammad Daud Ali. *Pengembangan Hukum Islam dan Yurisprudensi Peradilan Agama, dalam Mimbar Hukum No. 13 Tahun 1994*, h.18

²¹ Lihat Warkum Sumitro, *op. cit.*, h. 213

Suasana seperti ini tidak banyak mendukung bagi upaya pengembangan hukum Islam dalam konteks pembinaan hukum nasional. Oleh karena itu sudah saatnya keempat wilayah hukum tersebut bekerjasama dalam pendekatan saling mengisi.

Kompilasi Hukum Islam merupakan salah satu wujud kerjasama berpikir (ijtihad) yang baik antara tokoh-tokoh Islam yang ada di berbagai wilayah hukum, khususnya di wilayah eksekutif (Departemen Agama-Menteri Agama), di peradilan (Mahkamah Agung), di perguruan tinggi (STAIN-PTAIS), dan di masyarakat (Kiyai dan Ulama). Model kerja sama seperti yang terjadi dalam proses pembentukan KHI tersebut kiranya dapat dijadikan tonggak sejarah sekaligus pengalaman berharga bagi upaya pengembangan hukum Islam dalam konteks pembinaan hukum nasional.

c. Komponen Kultur

Berlakunya hukum Islam dalam kancah hukum nasional sangat ditentukan pula oleh sejauhmana pendukung hukum Islam memiliki kesadaran untuk menerima dan melaksanakannya. Kenyataan sementara menunjukkan bahwa pemeluk Islam sebagai pendukung berlakunya hukum Islam

baru merupakan potensi, belum merupakan basis sosial yang efektif²²

Sikap pemeluk Islam yang belum mendukung bagi berlakunya hukum Islam dalam pembinaan hukum nasional tersebut perlu segera dibenahi secara lebih intensif. Masih diperlukan upaya menasionalisasi hukum Islam di kalangan pemeluk Islam sebagai penduduk mayoritas agar mereka betul-betul mempunyai kesadaran hukum Islam yang tinggi yang akhirnya diharapkan mematuhi

Untuk mendukung upaya ini, Mukhlas Hisyam menawarkan empat tahap prakondisi legislasi hukum Islam sebagaimana dikutip oleh Topo Santoso, yaitu: *Tahap pertama*, pencegahan dari aspek akidah atau iman karena keimanan membuat seseorang merasa terawasi oleh Tuhannya. Sehingga ia mampu melakukan self control terhadap apa yang ia lakukan. Hal ini dapat dibuktikan dengan rendahnya angka kejahatan di negara-negara muslim dibandingkan dengan negara-negara maju²³

²² Fadjar A, Mukthie *Transformasi Hukum Syar'at ke dalam Hukum Nasional*, Makalah, Pondok Gontor, 1991, h. 7.

²³ WHO misalnya mencatat pada tahun 1985 ada 32 juta pencandu narkotika yang sebagian besar tersebar di negara-negara maju Amnesti Internasional juga mencatat angka kejahatan di negara-negara Barat yang selalu meningkat. Di tahun 1987, tercatat 45.000 penodongan di negara sekecil Inggris Sementara itu perdagangan anak kecil yang dipelopori oleh sindikat negara-negara non muslim, terutama Israel, mencapai rata-rata satu juta anak setiap tahunnya. Ini

Tahap kedua, Pencegahan dari aspek ibadah Ibadah-ibadah yang diwajibkan oleh agama, jika dilakukan dengan baik akan berdampak positif bagi pelakunya, sebagaimana berfirman Allah dalam al-Quran:

الكتب وأهم الصلوة إنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَصْنَعُونَ اِنَّ مَا أَوْحَى
الْبَيْتُ مِنَ الْمُنْكَرِ وَلَذِكْرُ اللَّهِ

Bacalah apa yang telah diwahyukan kepadamu, Yaitu Al kitab (Al Quran) dan dirikanlah shalat Sesungguhnya shalat itu mencegah dari (perbuatan- perbuatan) keji dan mungkar. dan Sesungguhnya mengingat Allah (shalat) adalah lebih besar (keutamaannya dari ibadat-ibadat yang lam). dan Allah mengetahui apa yang kamu kerjakan. (QS.al-Ankabut (29):[45])²⁴

Sekalipun tidak ada atau belum ada data tentang ibadah para pelaku kejahatan, namun dalam kenyataanya kejahatan lebih banyak dilakukan oleh mereka yang tidak memperdulikan salat dan ibadah lainnya.

menunjukkan bahwa keimanan yang dimiliki masyarakat negara-negara muslim relatif masih dapat membendung kenaikan angka kejahatan. Topo Santoso, *op. cit.*, h 96-97

²⁴ Kementerian Urusan Agama Islam. Wakaf, Da'wah dan Irsyad Kerajaan Saudi Arabia, *Al- Qur'an dan Terjemahnya* (t. Cet, Madinah Percetakan al-Qur'an al-Karim Raja Fahd, 1426 H), h. 635

Tahap ketiga, Pencegahan dari segi keadilan sosial. Dalam arti tiap warga negara telah diberikan kesempatan yang mudah untuk memenuhi kebutuhannya dengan cara yang halal dan tertutup di hadapannya kesempatan untuk berbuat yang tidak halal. Pencegahan tahap ketiga ini dijadikan syarat diberlakukannya hukum pidana Islam oleh khalifah Umar bin khathab ra, ketika terjadi bagi krisis di zamannya dan banyaknya warga yang kelaparan. Beliau tidak memberlakukan hukuman potong tangan bagi pencuri untuk sementara.

Tahap Keempat, Pencegahan dari segi amar makruf nahi mungkar yang seharusnya menjadi budaya di kalangan masyarakat muslim, karena ia merupakan titik sentral dari semua ajaran agama.²⁵

Sifat pilihan hukum kewenangan pengadilan agama dalam masalah- masalah kewarisan bagi orang-orang Islam dapat digunakan sebagai uji coba bagi tingkat kesadaran

²⁵ Berdasarkan penelitian yang dilakukan oleh Schwarz dan Sonya Orleans bahwa untuk mengukur mana yang lebih efektif, yakni penanaman kesadaran atau ancaman hukuman yang tinggi terhadap efektifitas sanksi, khususnya terhadap kepatuhan untuk membayar pajak. Dari hasil penelitian tersebut diperoleh kesimpulan, bahwa sanksi lebih efektif bagi mereka yang berasal dari kelas sosial yang relatif tinggi (dari sudut kedudukan ekonomi). Bagi masyarakat luas yang menduduki kelas sosial yang lebih rendah, maka penanaman kesadaran jauh lebih efektif daripada ancaman-ancaman hukum, dikutip oleh, Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum* (Cet V: Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004), h.66.

masyarakat muslim, karena efektifitas berlakunya hukum waris Islam bukan ditentukan oleh struktur hukum (pengadilan), namun sangat tergantung pada budayanya. Jika hukum waris Islam telah membudaya di kalangan pemeluk Islam, niscaya mereka akan menerapkan hukum waris Islam secara efektif. demikian pula dengan bidang-bidang hukum yang lainnya.

Berfungsinya hukum Islam secara efektif dalam masyarakat harus melalui proses pelebagaan (institusionalization), agar hukum Islam menjadi bagian dari suatu lembaga sosial. Pelebagaan yakni suatu proses ketika norma-norma hukum Islam dapat diketahui, dipahami, dinilai, dihargai, dijiwai dan ditaati oleh sebagian besar masyarakat. Masyarakat akan menghargai dan mentaati hukum Islam, apabila hukum tersebut benar-benar menjamin kemaslahatan hidup mereka di dunia dan di akhirat, ketentraman, kedamaian, dan kesejahteraan lahir dan batin, baik secara individu maupun sosial.²⁶ Dengan kata lain, hukum Islam harus mampu memfasilitasi manusia dalam memenuhi kebutuhan-kebutuhan hidupnya. Sosok hukum Islam seperti ini juga sangat ditentukan oleh "substansinya," karena itu untuk dapat memperoleh dukungan kultur, maka substansinya perlu dibenahi lebih dahulu.

²⁶ Sjechul Hadi Parmono, *Mimbar Hukum*, No. 5, Thn III, 1992, h. 9

Apabila upaya pembinaan dan pengembangan hukum Islam di Indonesia melalui jalur legislasi mengalami hambatan-hambatan, maka alternatifnya dapat ditempuh melalui jalur non legislasi. Untuk kondisi Indonesia, menurut Warkum Sumitro, alternatif nonlegislasi lebih memungkinkan karena beberapa alasan: Pertama, tidak terkesan "dominasi mayoritas," karena wujudnya tidak menempatkan label Islam, cukup memasukan nilai-nilai yang dianggap prinsip. Kedua, dukungan dari struktur politik tidak perlu dilakukan dengan terang-terangan sehingga yang berperan adalah suara hati nurani. Artinya, komitmen para tokoh Islam yang ada di struktur terhadap perjuangan nilai-nilai keislaman (hukum Islam) sangatlah penting. Ketiga, persoalan bentuk dan proses bukan merupakan hal yang penting. Hal yang penting masalah substansi. Keempat, karena bentuk dan proses tidak terlalu penting, maka bisa dilakukan terhadap bidang hukum di sekitar publik dan dalam hal ini lebih startegis.²⁷

Dengan demikian, kecenderungan model pengembangan hukum Islam di Indonesia berlangsung melalui dua jalur, yaitu jalur legislasi melalui perundang-undangan nasional dan non legislasi yang berkembang di luar perundang-undangan nasional. Di antara dua jalur tersebut,

²⁷ Warkum Sumitro, *Perkembangan Hukum Islam di Tengah Keludupan sosial Politik di Indonesia* (Cet. L. Malang Bayumedia, 2005), h. 214-215

kecendrungan kedua yakni perkembangan hukum Islam di luar perundang-undangan lebih banyak daripada melalui jalur legislasi. Hal ini terjadi karena proses legislasi hukum Islam di Indonesia selalu menghadapi kendala struktural dan kultural baik secara internal maupun eksternal.²⁸ Secara Internal, para pendukung sistem hukum Islam belum tentu beranggapan bahwa hukum Islam itu sebagai suatu sistem yang belum final, perlu dikembangkan dalam konteks hukum nasional. Sedangkan kendala eksternal yakni struktur politik yang belum tentu mendukung proses legislasi hukum Islam.

Dengan dukungan tiga komponen tersebut, yakni komponen struktur, komponen substansi, dan komponen kultur dengan berbagai persyaratan, hukum Islam akan mempunyai posisi tawar yang tinggi dalam proses transformasi bagi pembinaan hukum nasional. Apabila jalur nonlegislasi dipilih sebagai alternatif dengan berbagai keuntungan seperti di uraikan sebelumnya, maka yang menjadi garapan umat pada masa-masa mendatang tidak saja pada bidang-bidang hukum privat, tetapi juga bidang hukum yang menyangkut sektor publik. Misalnya hukum pidana, hukum ketatanegaraan, hukum lingkungan hidup, hukum ekonomi dan lain-lainnya yang menjadi kecendrungan dari tuntutan arus globalisasi. Dengan strategi dan upaya di atas,

²⁸ Jimly Asshidiqie, dalam *Majalah Pesantren*, No. 2/Vol VI/1990, h. 14. Sebagaimana dikutip oleh Warkum Sumitro, op. cit. h. 210

hukum Islam akan mampu berintegrasi bagi pembinaan hukum nasional.

PENUTUP

Adapun kesimpulan awal yang dapat penulis tarik, berdasarkan permasalahan yang telah dikemukakan adalah sebagai berikut:

1. Dalam upaya penerapan hukum Islam di Indonesia, terdapat empat teori pemikiran mengenai penerapan hukum Islam (syari'at) di Indonesia: a)Teori pemikiran formalistik-legalistik; b)Teori Pemikiran Strukturalistik; c)Teori Pemikiran Kulturalistik; c)Teori Pemikiran Substantialistik-Aplikatif. Dari segi orientasi penerapannya dapat diklasifikasikan menjadi tiga kelompok. Orentasi pertama memang sangat idealistis dalam konteks Islam, tapi kurang realistis dalam konteks masyarakat dan bangsa Indonesia yang sangat plural. Sedangkan orentasi kedua sangat idealistis dalam konteks keindonesiaan tapi kurang realistis dalam konteks Islam, yang ajarannya tidak memisahkan antara agama dengan negara. Tarikan yang kuat terhadap salah satu orientasi akan mengakibatkan semakin kuatnya tarikan ke arah orientasi yang berlawanan, dan bahkan akan menimbulkan konflik internal yang lebih besar.

Oleh karena itu, diperlukan jalan tengah di antara keduanya, yakni menjadikan Islam sebagai sub- ideologi bagi Pancasila

2. Strategi upaya integrasi hukum Islam bagi pembinaan hukum nasional harus didukung oleh tiga komponen dengan berbagai persaratan yakni: (1) komponen struktur, (2) komponen substansi, dan (3) komponen kultur. Dengan ketiga komponen tersebut, maka yang menjadi garapan umat pada masa-masa mendatang tidak saja pada bidang-bidang hukum privat, tetapi juga bidang hukum yang menyangkut sektor publik. Dengan demikian, hukum Islam akan mempunyai posisi tawar yang tinggi dalam proses transformasi bagi pembinaan hukum nasional

DAFTAR PUSTAKA

Abdillah, Masykuri, et. al., *Formalisasi Syari'at Islam di Indonesia; Sebuah Pergulatan Yang Tak Pernah Tuntas*, Cet. I; Jakarta: Renaisan, 2005.

Ahmad. Amrullah, et. al., *Dimensi hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional, Mengenang 65 Tahun Prof., Dr. H. Bustanul Arifin, SH*, Cet I; Jakarta: Gema Insani Press, 1996.

- Ali. Muhammad Daud, Hukum Islam; Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum di Indonesia Cet; III: Jakarta: Rajawali Pers, 1990.
- Ali Muhammad Daud, Pengembangan Hukum Islam dan Yurisprudensi Peradilan Agama, dalam Mimbar Hukum No. 13 Talun 1994.
- Asshidieqie. Jimly, dalam Majalah Pesantren, No. 2/Vol. VII/1990.
- Barakatullah, Abd. Halim dan Teguh Prasetyo, Hukum Islam Menjawab Tantangan Zaman Yang Terus Berkembang, Cet.I: Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2006.
- Basyir. Ahmad Azhar, et al, Intihad dalam Sorotan, Cet. IV; Bandung: Mizan 1996.
- Coulson. Noel J., The History of Islamic Law, diterjemahkan oleh Hamid Ahmad, Hukum Islam Dalam Perspektif sejarah, Cet I: Jakarta: P3M, 1987.
- Feillard. Andree, Nu vis-a-vis Negara (Islam et armee Dans L'indoneisie Contemporaine Les Pionniers de la Tradition), diterjemahkan oleh Lesmana, Cet. 1; Yogyakarta: LKIS, 1999.
- Friedman. Meirer, American Law: an Intruduktion, Cet. II; New York: WW Norton & Company, 1998.
- Jazuni, Legislasi Hukum Islam di Indonesia, Cet. I; Bandung: Citra Aditya Bakti, 2005
- Ka'bah. Rifyal, Hukum Islam di Indonesia, Cet I; Jakarta: Universitas Yarsi, 1999.

- Mukthie. Fadjar A... Tranformasi Hukum Syariat ke dalam Hukum Nasional, Makalah, Pondok Gontor, 1991.
- Parmono, Sjechul Hadi, Mimbar Hukum, No. 5, Thn. III, 1992.
- Praja. Juhaya S., Hukum Islam di Indonesia, Pemikiran dan Praktik, Cet. I; Bandung: Rosda karya, 1991
- Rosyadi. A. Rahmat dan M. Rais Ahmad, Formalisasi Syariat Islam dalam Perspektif Tata Hukum Indonesia, Cet. I, Bogor: Ghalia Indonesia, 2006.
- Santoso, Topo, Membumikan Hukum Pidana Islam, Cet. I, Jakarta: Gema Insani, 2003. Soekanto, Soerjono, Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum, Cet. V; Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004.
- Sumitro, Warkum, Perkembangan Hukum Islam di Tengah Kehidupan sosial Politik di Indonesia, Cet. I; Malang: Bayumedia, 2005.
- Syaukani. Imam, Rekonstruksi Epistemologi Hukum Islam Indonesia dan Relevansinya Bagi Pembangunan Hukum Nasional, Cet. 1. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006

ISTIHSAN DALAM PROSES ISTINBAT HUKUM

Aida Humaira

Fakultas Syariah dan Hukum,
UIN Syarif Hidayatullah Jakarta.

PENDAHULUAN

Secara etimologi, kata istihsan adalah masdar dari kata kerja yang berupa fi'il tsulast mazid. Sedangkan bentuk isulatsi mujarrad-nya adalah (baik), masdarnya sebagai lawan dari kata (jelek) yang berarti (memperhitungkan bahwa sesuatu itu adalah baik)."¹ Dalam mempergunakan lafaz istihsan, para ulama usul fiqh sesungguhnya tidak berbeda pendapat, karena lafaz yang seakar dengan istihsan banyak dijumpai dalam al-Qur'an dan al-Sunnah.

¹ Jamaluddin Muhammad ibn Mukrim Ibn Manzur. *Lisan al Arab*, (Mesir, Dar al-Misriyyah li al-Ta'lif wa al-Tanjamah, t. th), Juz IXX, h. 269

Adapun makna istihsan secara terminologi, para ulama berbeda pendapat dalam mendefinisikannya, antara lain:

a. Imam al-Ghazali dari mazhab Syafi'i mendefinisikan istihsan sebagai:

"2 ما يستحه المجتهد بعقله

"Apa yang dianggap baik menurut pendapat seorang mujtahid."

b. Ibnu Qudamah al-Maqdisi dari mazhab Hanbali mendefinisikan istihsan:

3 العدول بحكم الممثلة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة

"Beralihnya (seorang mustalud) kepada hukum lain dalam menetapkan hukum terhadap suatu masalah yang semisal, karena adanya dalil pengkhususan dalam al-Qur'an dan Sunnah,"

c. Abu Ishaq al-Shatibi al-Maliki dalam kitabnya al-Muwafaqat Fi Usul al-Syari'ah:

4 الأخذ بمصلحة حربية في مقابلة دليل كلى

² Abu Hamid al-Ghazali, *al-Mustasfa*. (Beirut : Dar Ihya' al-Turats al-Islamiy, 1997), Cet. I. Juz 1, h. 137

³ Ibnu Qudamah al-Maqdisi, *Raudah al-Jannah al-Munazir*, (Beirut : Mu'assasah al-Risalah, 1978), Jilid II. H. 407

⁴ Abu Ishaq al-Shatibi, *al-Mawafaqat Fi Usul al-Syari'ah*, Juz IV (Beirut : Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, t.th), h. 148-149

"Istihsan memberlakukan kemaslahatan juz'i ketika berhadapan dengan dalil umum"

d. Imam al-Sarakhsi al-Hanafi menyatakan bahwa istihsan adalah:

العَمَلُ بِالْإِجْتِهَادِ وَغَالِبُ الرَّأْيِ فِي تَقْدِيرِ مَا جَعَلَهُ الشَّرْعُ مَوْكُولًا إِلَى أَرَائِيَّاءٍ⁵

"Mempergunakan ijtihad dan segala daya pikir dalam menentukan sesuatu yang urusannya oleh syara' diserahkan kepada pendapat-pendapat kita sendiri."

Definisi istihsan lainnya menurut al-Sarakhsi,

الاسْتِحْسَانُ هُوَ تَرْكُ الْقِيَاسِ وَالْعَمَلُ بِمَا هُوَ أَقْوَى مِنْهُ لِذَلِيلٍ يَقْتَضِي ذَلِكَ وَفَقْأً

المصلحة للناس⁶

"Istihsan ialah meninggalkan qiyas dan menggunakan yang lebih kuat daripadanya, karena adanya dalil yang menghendaki dan lebih sesuai untuk mewujudkan kemaslahatan manusia."

e. Abu Hasan al-Karkhi al-Hanafi sebagaimana dikutip oleh Abu Zahrah:

⁵ Abu Bakar Muhammad ibn Ahmad ibn Abi Sahal al-Sarakhsi, *Usul al-Sarakhsi*. (Beirut : Dar al-Kutub al-Ilmiyah, 1993) Juz II, h. 200

⁶ Abu Bakar Muhammad ibn Ahmad ibn Abi Sahal al-Sarakhsi. *Usul al-Sarakhsi*, h. 201

أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها لوجه أقوى⁷
يقتضي العدول عن الأول

"Istihsan ialah berpindahnya seorang mujtahid dari hal penetapan hukum pada suatu masalah yang secara substansial serupa dengan apa yang telah ditetapkan karena terdapatnya alasan yang lebih kuat yang menghendaki perpindahan tersebut."

Menurut Muhammad Abu Zahrah, sebagaimana dikutip oleh Mustafa Daib al-Bugha, Ulama Hanafiyah telah mendefinisikan beberapa definisi yang berbeda mengenai pengertian istihsan, namun definisi dari al-Karhi inilah yang terbaik, sebab mencakup seluruh aspek yang berkaitan dengan hakikat istihsan, pembagian jenisnya, serta menjelaskan asas dasar serta substansinya, di mana asasnya adalah hukum yang bertentangan dengan kaidah yang berlaku, akibat adanya suatu perkara yang mengharuskannya keluar dari kaidah baku tersebut dan menjadikannya lebih dekat dengan tujuan syara'. Oleh karena itu, beristidlal dengan istihsan dalam kondisi ini lebih kuat daripada beristidlal dengan qiyas.⁸

Berdasarkan beberapa definisi istihsan di atas, dapat disimpulkan bahwa masing-masing mazhab usul ini

⁷ Muhammad Abu Zahrah, *Usul al-Fiqh*, (Cairo: Dar al-Fikr al-Araby, t.th), h. 207

⁸ Mustata Daib al-Bugha, *Atsar al-Adillah al-Mukhtalaf Fiha*, (Damaskus: Dar al- Ulum al-Insaniyyah, 1999), Cet 3, h. 122-123

mempunyai dasar pemikiran sendiri-sendiri dalam merumuskan istihisan sebagai dalil dalam istinbat hukum. Adapun substansi istihisan menurut Ulama Hanafiyah adalah karena adanya perlawanan atau pertentangan dalam penerapan ketentuan qiyas, oleh karenanya seorang mujtahid dalam menetapkan hukum suatu masalah diharuskan berpindah dari ketentuan qiyas kepada qiyas yang lebih kuat, demi tercapainya maslahat. Menurut Ulama Malikiyah, istihisan, merupakan upaya mengamalkan dan memilih dalil yang terkuat di antara dua dalil. Sedangkan Ulama mazhab Hanbali menyimpulkan bahwa istihisan adalah penyimpangan dari ketentuan hukum yang seharusnya berlaku karena ada dalil syara' yang khusus.

Adapun perbedaan antar istihisan dengan masalah mursalah menurut Husein Hamid Hassan, istihisan berarti beramal dengan maslahat ketika berhadapan dengan dalil umum atau qiyas, sedangkan pada istislah tidak ada dalil umum atau qiyas yang dikecualikan dengan maslahat. Artinya, kalau istihisan berarti ada dalil-yaitu dalil umum atau qiyas- yang dikecualikan dengan maslahat, sedangkan pada istislah tidak ada dalil yang dikecualikan, alan tetapi bersifat mutlak

Istihisan lebih umum daripada istislah, karena maslahat mursalah satu macam dari dasar istihisan. Sebab, istihisan selain beramal dengan masalah mursalah, juga beramal dengan ijma', 'urf dan kaidah raf'u al-haraj.

Sedangkan istilah hanya didasarkan kepada masalah mursalah saja.⁹

PEMBAHASAN

Ulama Mazhab Hanafi membagi istihsan ke dalam lima macam,¹⁰ diantaranya:

a. *Istihsan bi al-Atsar* ialah :

Berpaling dari ketetapan hukum suatu masalah yang berdasarkan qiyas kepada ketetapan hukum yang berlawanan yang ditetapkan oleh nash al-Kitab dan al-Sunnah. Dalam hal ini, mujtahid tidak jadi menetapkan hukum dengan menggunakan qiyas atau cara biasa karena ada nash yang mengatur pengecualian tersebut dan nash itu dianggap lebih kuat untuk dijadikan dasar penetapan hukumnya

Contoh: Jual beli salam (pesanan)

Dalam hal ini, Ulama Hanafiyah meninggalkan ketetapan qiyas yang menyamakan jual beli salam dengan jual beli yang terlarang yang terdapat dalam Hadits ini:

⁹ Husam Hamid Hasan, *Nazariyyat al-Maslahah fi al-Fiqh al-Islami*, (Cairo: Dar al-Nahdah, 1971), h. 267

¹⁰ Abu Bakar Muhammad ibn Ahmad ibn Abi Sahal al-sarakhsi: *Usul al-Sarakhsi*, h. 203-205, Lihat juga :Mustafa Daib al-Bugha, *Atsar al-Adillah al-Mukhtalaf Fiha*, h. 140-149k

"11 لا تبع ما ليس عندك" رواه مالك بن أنس

"Janganlah kamu memperjual-belikan barang yang tidak ada padamu"

Menurut logika qiyas, jual-beli salam termasuk jual-beli yang terlarang, karena kesamaan sifat barang yang diperjual-belikan dengan barang yang dilarang Rasulullah Saw untuk diperjual-belikan, yaitu ketiadaan barang pada saat transaksi berlangsung. Namun, jual-beli dengan cara ini dikecualikan berdasarkan istihsan karena ada nash khusus yang membolehkannya. Diriwayatkan bahwa ketika Nabi datang ke Madinah, beliau melihat penduduk Madinah biasa melakukan jual-beli buah-buahan yang belum jelas wujudnya, satu tahun sampai dua tahun. Melihat jual beli seperti ini Nabi kemudian mengatakan :

من أسلف فلينتلف في كيل معلوم وورب معلوم إلى أجل معلوم) "رواه البخاري¹²

"Barang siapa yang mengadakan jual beli salam (salaf) di antara kamu, hendaknya diadakan transaksi menurut takaran yang pasti, timbangan yang pasti dengan masa jatuh tempo yang pasti." (HR. Al-Bukhari)

Pada dasarnya perbedaan pendapat antara Ulama Hanafiyah dengan Ulama lainnya ialah karena Ulama lain

¹¹ Abu Abdillah Malik bin Anas. *Muwatta' al-Imam Malik*, Juz II, (Mesir: Dar Ihya al-Turats al-Arabi, t, th), h. 642

¹² Muhammad bin Isma'il Abu 'Abdillah Al-Bukhari, *Sahih al-Bukhari*

tidak menamakan hal yang demikian dengan istihsan, melainkan cukup mengatakan bahwa nash itulah yang dijadikan sebagai pegangan tanpa didasarkan pada qiyas.¹³

b. Istihsan bi al-Ijma'

Yaitu meninggalkan keharusan menggunakan qiyas pada suatu persoalan karena ada ijma' yang menetapkan hukum yang berbeda dari ketetapan qiyas tersebut.

Contoh: Bay' al-Istisna' (transaksi pesan pembuatan barang)

Transaksi jenis ini tidak dibolehkan menurut qiyas, demikian juga menurut kaidah asal atau kaidah umum, karena merupakan jual-beli barang yang belum ada wujudnya (bay' al-ma'dum). Akan tetapi, berdasarkan istihsan, transaksi seperti ini dibolehkan meskipun berlawanan dengan ketentuan qiyas, karena hal seperti ini dalam praktik muamalah di masyarakat telah berjalan dan disepakati bersama (ijma') tanpa ada penolakan dari para mujtahid

c. Istihsan bi al-Darurah

Yaitu seorang mujtahid meninggalkan keharusan pemberlakuan qiyas atas suatu masalah karena berhadapan dengan kondisi darurat, dan mujtahid berpegang kepada

¹³ Husain Hamid Hasan, *Nazariyyat al-Maslahah fi al-Islami*, h. 589

ketentuan yang mengharuskan untuk memenuhi hajat atau menolak terjadinya kemadharatan.

Contoh: Penetapan hukum terkait dengan dokter ketika melihat aurat pasien untuk keperluan berobat. Dalam hal ini, apabila tetap bertahan pada hukum ketetapan Qiyas, maka akan berdampak bahaya yang lebih besar terhadap nyawa pasien. Sedangkan pemeliharaan jiwa merupakan salah satu kemaslahatan yang menjadi tujuan utama syara'

d. Istihsan bi al-'Urf al-'Adah

Yaitu pemalingan penetapan hukum yang berlawanan dengan ketentuan qiyas, karena adanya 'urf yang sudah biasa dipraktikkan dan sudah dikenal dalam kehidupan masyarakat

Contoh: Penggunaan pemandian umum (kolam renang)

Dalam penggunaan pemandian umum biasanya hanya dikenai biaya tertentu dalam bentuk tanda masuk, tanpa diperhitungkan waktu dan banyaknya air yang dipakai. Hal ini sudah merupakan kebiasaan umum yang berlaku di mana saja. Jika mengikuti ketentuan hukum umum, seperti ketentuan jual beli atau sewa menyewa, maka kadar air atau waktu pemakaian harus sesuai dengan kadar uang yang ditentukan. Oleh karena itu, ketentuan tersebut ditinggalkan karena menyandar kepada adat kebiasaan yang berlaku dan diterima semua pihak

e. Istihsan bi al-Qiyas

Yaitu: memalingkan suatu masalah dari ketentuan hukum qiyas yang jelas (qiyas jali) kepada ketentuan qiyas yang samar (qiyas khafi), karena keberadaannya lebih kuat dan lebih tepat untuk diamalkan.

Contoh Kasus mewakafkan tanah yang di dalamnya terdapat jalan dan sumber air minum. Apakah dengan semata mewakafkan tanah sudah meliputi jalan dan sumber air minum itu atau tidak .

Jika si mujtahid menggunakan pendekatan qiyas yang biasa, maka dengan hanya mewakafkan tanah, tidak otomatis termasuk jalan dan sumber air tersebut, sebagaimana berlaku dalam transaksi jual beli. Segi kesamaan antara wakaf dan jual beli dalam hal ini adalah sama-sama "melepaskan kepemilikan atas tanah." Pendekatan seperti ini disebut quas jali atau qiyas zalur. Namun, si mujtahid dalam kasus ini beralih dari qiyas jali dengan menempuh pendekatan lain, yaitu menyamakannya dengan transaksi sewa menyewa, sehingga menghasilkan kesimpulan hukum yang lain, yaitu termasuknya jalan dan sumber air ke dalam tanah yang diwakafkan, meski tidak disebutkan dalam akad wakaf

Pendekatan seperti ini juga menggunakan qiyas, namun dari segi kekuatan 'illatnya dianggap agak lemah, sehingga dinamakan qiyas khafi (qiyas yang samar). Meski demikian, si mujtahid lebih cenderung menempuh cara ini,

karena pengaruhnya dalam mewujudkan kemudahan lebih tinggi. Pendekatan ini disebut juga dengan *istihsan bi al-qiyas*.

1. Sejarah Perkembangan Istihsan sebagai Sumber Hukum

Bila dilacak dasar perumusan *istihsan* dan akar sejarah munculnya *istihsan* sebagai dalil hukum, ternyata berawal dari persoalan *qiyas*. *Qiyas* sebagai salah satu dalil hukum dalam persoalan-persoalan tertentu tidak dapat ditetapkan, karena salah satu dari unsur rukunnya yaitu *'illat* tidak memenuhi syarat. Dengan kata lain, *illat qiyas* yang akan dijadikan sebagai pautan dalam penyamaan hukum bagi persoalan tertentu tidak dapat diterapkan karena tidak sebanding. Oleh karena itu, harus diselesaikan dengan cara lain yang lebih mendekati tujuan syara'.¹⁴

Menurut Ahmad Hasan, *Qiyas* pada masa sebelum periode imam empat mazhab masih sangat sederhana. Batasan-batasan mengenai unsur pokoknya belumlah muncul. Pada masa itu, *qiyas* hanya merupakan pengutipan *preseden* yang mirip atau sebuah kasus yang analog.¹⁵ Sehingga, akibat cakupan *qiyas* yang terlalu luas, maka penggunaan *qiyas* pada masa itu terkadang menghasilkan putusan hukum yang tidak logis dan bahkan menimbulkan

¹⁴ Romli SA, *Muqaramah Mazahid Fil Ushul*, (Jakarta : Gaya Media Pratama, 1999), Cet. 1, h. 142

¹⁵ Ahmad Hasan, *Pintu Ijtihad Sebelum Tertutup, terjemahan dari buku "The Early Development of Islamic Jurisprudence"* (Bandung Pustaka, 1984), h. 127

ketidakadilan, serta tidak dapat mewujudkan kemaslahatan sebagai tujuan umum hukum syara'. Sebagai contoh, ijtihad ulama Irak yang mengqiyaskan hukum pembunuhan terhadap perempuan yang berkhianat dengan pembunuhan perempuan di daerah musuh. Dalam masalah ini, ulama Irak menetapkan bahwa perempuan yang berkhianat tidak boleh dibunuh karena Rasul melarang pembunuhan terhadap perempuan di daerah musuh. Analisa qiyas seperti ini tidak logis, karena apabila perempuan berkhianat tidak boleh dibunuh, mengapa perempuan yang berzina harus dibunuh dengan hukuman rajam? Oleh karena itu, untuk memelihara keutuhan qiyas sebagai dalil hukum dan tetap terpeliharanya keadilan serta terwujudnya kemaslahatan, maka ahli hukum Irak, Imam Abu Hanifah menciptakan metode instinbat hukum lain yang lebih dekat dengan ra'yu, yaitu metode hukum istihsan.¹⁶

Secara historis, sesungguhnya sebelum Abu Hanifah mempergunakan istihsan, istilah tersebut sudah lebih dahulu dipergunakan oleh ulama-ulama sebelumnya. Salah satunya adalah Iyas bin Mu'awiyah seorang hakim dalam pemerintahan Bani Umawiyah pernah berkata, sebagaimana dikutip oleh Hasbi ash-Shiddieqy¹⁷:

¹⁶ Ahmad Hasan, *Pintu Ijtihad...*, h. 134

¹⁷ Teungku Muhammad Hasbi Ash Shiddieqy, *Falsafah Hukum Islam*, (Semarang: PT. Pustaka Rizki Putra, 2001), Cet. 1, h. 287

قيسوا القضاء ما صلح الناس فإذا فسدوا فاستخلوا ما وحدت القضاء إلا ما يستحين
الناس

"Gunakanlah Qiyas sebagai dasar pertimbangan pengambilan keputusan sesuai dengan apa yang baik untuk seluruh manusia, apabila hasilnya tidak baik, gunakanlah istihsan. Saya tidak pernah menemukan putusan Inkum melainkan apa yang dipandang baik oleh manusia."

Setelah Abu Hanifah menjadi seorang mujtahid dan filosof dalam bidang hukum, barulah istilah tersebut sering dipergunakan untuk menyaingi qiyas Beliau sendiri tidak menegaskan definisi istihsan, hanya dipahami dari pendapatnya yang menyatakan bahwa istihsan sebagai dalil hukum yang digunakan untuk menentang qiyas dan menguatkannya bila bertentangan dengan qiyas.

Hal ini kemudian menjadi suatu kelemahan bagi Imam Abu Hanifah, Imam Malik dan murid-muridnya yang ketika beristihsan mereka tidak menerangkan tentang hakikat dalil istihsan dan apa yang mereka kehendaki dengan dalil tersebut. Boleh jadi, karena pada masa itu fokus perhatian para mujtahid bukan pada penamaan atau pendefinisian atas istilah-istilah hukum yang baru muncul, namun lebih kepada bagaimana menemukan suatu hukum atas masalah-masalah yang belum ada ketentuan hukumnya dalam al-Qur'an dan Sunnah

Dan nampaknya istihsan menjadi kontroversial setelah pernyataan Imam Abu Hanifah untuk mendahulukan

istihsan daripada qiyas, tanpa menjelaskan panjang lebar alasan di balik keputusannya tersebut. Tentu saja hal ini mengundang reaksi keras terutama di kalangan ulama ahli hadits termasuk al-Syafi'i dan menuduh tindakan sang Imam sebagai bentuk "arogansi" terhadap nash.¹⁸

Karenanya, serangan al-Syafi'i yang amat tajam adalah ketika beliau mendengar istihsan dipakai oleh pengikut-pengikut Abu Hanifah yang berdiskusi dengan beliau tanpa menerangkan apa yang dimaksudkan dengan istihsan itu. Dalam arti mereka tidak dapat mengemukakan dalil mengenai istihsan lantaran mereka bertaklid kepada imam-imam mereka. Tatkala al-Syafi'i menanyakan kepada mereka apa hakikat istihsan, mereka tidak dapat menjawabnya.¹⁹

Demikianlah perkembangan dalam fase pertama tentang kedudukan istihsan. Satu pihak mempergunakan istihsan untuk sesuatu dalil yang mereka kehendaki, sedang mereka belum dapat menerangkan hakekatnya, dan pihak lain yang menolaknya dengan alasan bahwasanya istihsan semata-mata berdasarkan akal pikiran saja.

2. Perdebatan Ulama Tentang Kehujjahan Istihsan

a. Kelompok Yang Menerima Istihsan Sebagai Dalil Hukum

¹⁸ Alauddin Abd al-Aziz al-Bukhari, *Kashf al-Asrar 'an Usul Fakh al-Islam al-Bazdawi*, Tahqiq Muhammad al-Mu'tasim billah al-Baghdadi, (Beirut: Dar al-Kitab al-'Arabi, 1991), Juz IV, h. 8

¹⁹ Teungku Muhammad Hasbi Ash Shiddieqy, *Falsafah Hukum Islam*, h. 291

Kelompok ini terdiri dari Ulama Hanafiyah, Malikiyah, dan Hanabilah Adapun alasan yang mereka kemukakan adalah sebagai berikut:

1) Al-Qur'an surat al-Zumar (39) 18 yang berbunyi:

الدين يَسْتَمِعُونَ القول فيتبعون أحسنه أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الأئسب

Yang mendengarkan perkataan lalu mengikuti apa yang paling baik di antaranya. Mereka Itulah orang-orang yang Telah diberi Allah petunjuk dan mereka Itulah orang-orang yang mempunyai akal

Dasar kehujjahan ayat tersebut terhadap istihsan sebagai dalil hukum yaitu penunjukkan adanya pujian dan sanjungan (pada ayat pertama) bagi orang yang mengikuti pendapat terbaik.²⁰ Menurut Ulama Hanafiyah, pujian dan sanjungan terhadap mereka yang mengikuti pendapat terbaik itu menunjukkan bolehnya menggunakan istihsan. Dan sebagai konsekuensinya harus meninggalkan pendapat yang kurang baik. Inilah yang dimaksudkan dengan istilisan menurut mereka.

2) Al-Qur'an surat al-Zumar (39) 55 yang berbunyi:

والبغوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم من قبل أن يَأْتِكُمُ الْعَذَابُ يَغْنَةً وَأَنْتُمْ لَا تَشْعُرُونَ

²⁰ Al-Amidi, *al-Ihkam Fi Usul al-Ahkam*, Juz. IV, ((Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah, 1983), h. 214

"Dan ikutilah sebaik-baik apa yang Telah diturunkan kepadamu (al-Quran) dari Tuhanmu sebelum datang azab kepadamu dengan tiba-tiba, sedang kamu tidak menyadarinya"

Ayat ini menunjukkan adanya perintah untuk mengikuti apa yang paling baik dari apa yang telah diturunkan oleh Allah Swt. Seandainya ayat ini bukan dalil tentang kehujjahan istihsan, maka niscaya tidak akan ada perintah demikian.²¹

3) Al-Sunnah

ما راه المسلمون حسبنا فهو عند الله حسن (رواه أحمد)

"Apa saja yang dipandang baik oleh umat Islam adalah juga baik di sisi Allah." (HR. Ahmad bin Hanbal)

Tidak dapat disangkal bahwa istihsan apabila dimaksudkan pada perbuatan yang cenderung kepada hawa nafsu maka dia batil sebagaimana dalam pengistinbatan hukum dengan dalil lainnya. Berdasarkan keterangan ini, maka istihsan pada Hadits tersebut haruslah tidak dinodai dengan hawa nafsu.

b. Kelompok Yang Menolak Istihsan Sebagai Dalil Hukum

Kelompok ini dimotori oleh Imam al-Syafi'i (150-204 H) beserta pengikutnya. Dalam kitab al-Umm dikatakan: "Tidak boleh bagi seorang hakim atau mufti memberikan

²¹ Al-Amidi, *al-Ihkam Fi Usul al-Ahkam*, h. 214

keputusan dan fatwa kecuali ada khabar yang pasti, yaitu al-Kitab, al-Sunnah, pendapat yang disepakati oleh ahli ilmu (lima), atau Qiyas. Tidak dibolehkan bagi hakim atau mufti untuk memberikan putusan dan fatwa dengan istihsan.²²

Dalam kitab al-Risalah, ketika ditanyakan kepada Imam al-Syafi'i "Apakah anda memperbolehkan seseorang berkata "Saya menggunakan istihsan tanpa qiyas"? Imam al-Syafi'i menjawab "Menurut saya ini tidak diperbolehkan."²³

Alasan yang digunakan oleh mereka adalah

- 1) Hukum-hukum syara' itu ditetapkan berdasarkan nash dan pemahaman terhadap nash adalah melalui kaidah qiyas. Istihsan bukanlah nash dan bukan pula qiyas. Jika istihsan berada di luar nash dan qiyas, maka itu berarti ada hukum-hukum yang belum ditetapkan Allah yang tidak dicakup oleh nash dan tidak bisa dipahami dengan kaidah qiyas. Hal ini tidak sejalan dengan firman Allah Swt dalam QS.al-Qiyamah : 36, bahwasanya Allah tidak akan membiarkan manusia dalam keadaan terlantar (tanpa pertanggungjawaban), karena segala sesuatunya telah dijelaskan oleh-Nya dalam al-Qur'an dan melalui lisan

²² Muhammad bin Idris al-Syafi'i, *al-Umm*, (Cairo: Dar al-Turats, 1979), h. 270

²³ Muhammad bin Idris al-Syafi'i, *al-Risalah*, Tahqiq Ahmad Muhammad Syakir, (Cairo: Dar al-Turats, 1979), h. 505

para Rasul-Nya. Barangsiapa berkata dengan istihsan berarti telah membiarkan dirinya dalam keterlantaran dan menentang apa yang telah dikatakan oleh Allah. Dalam kitab al-Umm dikatakan: "Apabila seseorang berkata, apa dalil yang tidak memperbolehkan menggunakan istihsan? Jawabannya adalah firman Allah Swt QS. Al-Qiyamah:36 yang berbunyi:

أُجِبُّ الْإِنْسَانَ أَنْ يُتْرَكَ شَدَى

Artinya al-Syafi'i menganggap bahwa Allah Swt telah memberikan dalil yang sempurna untuk memecahkan permasalahan umat sehingga tidak perlu lagi mencari dalil alternatif lain. Barangsiapa memutuskan dan berfatwa dengan apa yang tidak diperintahkan dalam al-Qur'an, maka ia termasuk orang-orang yang tidak bertanggung jawab.²⁴

- 2) Tidak diperbolehkan memutuskan hukum kecuali dengan khabar, ijma', atau qiyas. Pendapat berdasarkan istihsan itu bukan merupakan pendapat dengan khabar, ijma', dan juga qiyas
Dalam al-Risalah disebutkan bahwa pendapat yang tanpa dilandasi khabar dan qiyas itu tidak diperbolehkan. Al-Kitab dan al-Sunnah keduanya merupakan dalil-dalil untuk berijtihad, dan ijtihad itu tidak lain merupakan qiyas.²⁵

²⁴ Muhammad bin Idris al-Syafi'i, *al-Umm*, h.271

²⁵ Al- Risalah, h. 505

Sedangkan dalam kitab al-Umm dikatakan "Seseorang tidaklah diperintahkan untuk memutuskan perkara kecuali dengan kebenaran yang nyata. Kebenaran itu tidak bisa diketahui kecuali dari Allah, baik yang berupa nash maupun petunjuk dari-Nya."²⁶

- 3) Jika seorang mujtahid diperbolehkan berpendapat dengan apa yang dianggapnya baik menurut akalinya dengan pendapat yang tidak ada dalam ketentuan khabar, maka berarti membolehkan seorang awam yang hanya mampu berfikir untuk menetapkan hukum berdasarkan istihsan Akibatnya, akan bermunculan fatwa-fatwa hukum yang didasarkan pada pendapat akal semata, sekaligus merupakan upaya pengabaian terhadap nash.

Dalam al-Risalah disebutkan "Apakah anda memperbolehkan seseorang berkata "Saya melakukan istihsan dengan tanpa qiyas?", Imam al-Syafi'i menjawab: "Saya tidak memperbolehkan seorangpun melakukan hal yang demikian Mereka harus melandasinya dengan khabar atau qiyas."²⁷

- 4) Istihsan tidak mempunyai kriteria dan tolak ukur yang jelas dan dapat dipertanggungjawabkan. Oleh sebab itu, tidak bisa pula dipertanggungjawabkan secara

²⁶ Al-Umm, h. 271

²⁷ Al-Risalah, h. 507

syar'i, sehingga tidak bisa dijadikan dalil dalam menetapkan hukum.

Penjelasan tentang wilayah perdebatan Istihsan:

Pada dasarnya, tidak ada pertentangan tentang kebolehan dalam penggunaan lafaz istihsan secara mutlak. Sebab, lafaz ini banyak terdapat dalam al-Qur'an, al-Sunnah, dan pendapat para mujtahid.

Sebagai contoh, dalam QS.al-Zumar: 18 dan QS. al-A'raf: 145

الدين يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ

"Yang mendengarkan perkataan lalu mengikuti apa yang paling baik diantaranya

وَأْمَرَ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا بِأَخْتِهِ

dan suruhlah kaummu berpegang kepada (perintah-perintahnya) dengan sebaik-baiknya

Dalam al-Sunnah:

"Apa saja yang dipandang baik oleh umat Islam adalah juga baik di sisi Allah."

Menurut istilah para mujtahid, sebagaimana yang dinukilkan dari perkataan para Imam mereka "Para Imam Mazhab telah beristihsan (menganggap baik) dalam hal penggunaan pemandian umum, tanpa harus memperhitungkan penggantian jumlah air yang telah

digunakan, tanpa perhitungan waktu penggunaannya, namun harus dengan perhitungan upah/biaya penggunaan jasanya

Imam al-Syafi'i juga menggunakan istilah istihsan dalam hal pemberian mut'ah bagi wanita yang ditalak dan belum pernah digauli dan belum ditentukan kadar maharnya :

استحسن في الفلعة أن تكون ثلاثين درهما

Sedangkan penggunaan istihsan dalam pengertian berikut:

ما يميل إليه الإنسان و بهواه من الصور و المعاني، وإن كان مستقبحا عند غيره

"Apa yang dicenderung oleh seseorang dan dikehendaki berdasarkan keinginan (hawa nafsu) yang berbentuk materi dan nonmateri (maknawi), meskipun itu buruk menurut yang lain."

Maka pengertian istihsan yang seperti ini sudah pasti ditolak sesuai kesepakatan seluruh umat. Sebab, tidak seorangpun yang diperbolehkan berkomentar mengenai hukum dan syariat Allah hanya berdasarkan pada kehendak dan hawa nafsunya saja, tanpa disertai dalil syara', baik itu seorang mujtahid maupun orang awam.²⁸

Terlepas dari istilah yang digunakan, pada prinsipnya semua fuqaha menempuh cara ini hyaitu melakukan pentarjihan terhadap beberapa 'illat dan mensyaratkan

²⁸ Saifuddin Abi al-Hasan Ali bin Abi Ali bin Muhammad al-Amidi, *al-Ihkam Fi Usul al-Ahkam*, Juz IV. (Beirut Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, 1983), h. 210-211

terjadinya ta'tsir. Akan tetapi para fuqaha selain Hanafiyah tidak menamakannya dengan istihsan, melainkan qiyas

Ijtihad semacam ini dijumpai bukan hanya pada fiqh Hanafiyah, melainkan juga pada fiqh Imam mujtahid lainnya, misalnya saja al-Syafi'i Bedanya, ia tidak menyebutnya istihsan, melainkan tahqiq li al-qawa'id dan tahqiq li al-manat (mencocokkan konsep yang sudah diungkap pada masa lalu ke dalam kasus- kasus baru yang terjadi pada masa sekarang).²⁹

Abdul Wahhab Khallaf (w.1956) mengatakan bahwa apabila diteliti secara mendalam penyebab perbedaan pendapat di kalangan ulama usul fiqh dalam menerima ataupun menolak istihsan sebagai salah satu dalil hukum, maka akan ditemui bahwa perbedaan tersebut hanyalah merupakan perbedaan istilah. Para ulama yang menolak keberadaan metode istihsan dalam menetapkan hukum, ternyata dalam prakteknya berpendapat sama dengan ulama yang menerima kehujjahan istihsan."³⁰

Muhammad Abu Zahrah menilai alasan penolakan Imam al-Syafi'i atas kehujjahan istihsan di atas tidak bersifat menyeluruh kepada seluruh bentuk istihsan yang dikemukakan oleh ulama yang membolehkan istihsan. Alasan- alasan tersebut menurutnya, hanya berlaku bagi istihsan yang didasarkan atas 'urf dan masalah mursalah.

²⁹ Husein Hamid Hasan, *Nazariyyat al-Maslahahh*. 593

³⁰ Abdul Wahhab Khallaf, *Ilmu Usul al-Fiqh*, (Beirut: Maktabah al-Da'wah al-Islamiyyah, 1990) Cet VIII. h. 83

Hal ini sejalan dengan prinsip ulama Syafi'iyah yang menolak keberadaan 'urf dan masalah mursalah sebagai dalil apabila tidak didukung oleh nash. Sedangkan untuk istihsan yang didasarkan pada nash, ijma', dan yang didasarkan atas keadaan darurat, maka alasan-alasan yang dikemukakan oleh Imam al-Syafi'i tersebut tidak tepat dan tidak berlaku, karena istihsan seperti mi tidak terlepas dari nash dan ijma', serta tidak terlepas dari kaidah qiyas.³¹

Dengan demikian, dapat dipastikan bahwa al-Syafi'i tidak mencela istihsan Abu Hanifah, selama istihsan tidak keluar dari batasan-batasan yang telah ditetapkan di atas. Yang dicela al-Syafi'i adalah praktek ahli Irak pada masa itu yang dengan seenaknya saja menetapkan hukum dengan menggunakan kedok istihsan.³²

c. Relevansi Istihsan Dengan Pembaharuan Hukum

Islam Pembaharuan hukum Islam merupakan usaha menetapkan hukum yang mampu menjawab permasalahan dan perkembangan baru yang ditimbulkan oleh. kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi dengan cara menjadikan perkembangan baru itu sebagai pertimbangan hukum agar hukum tersebut betul- betul mampu merealisasi tujuan syariat dan selalu berpedoman pada prinsip- prinsip dan

³¹ Muhammad Abu Zahrah, *Usul al-Fiqh*, (Beirut Dar al-Fikr al-'Arabi, Lth), h 272

³² Iskandar Usman, *Istihsan dan Pembaharuan Hukum Islam*, (Jakarta PT Raja Grafindo Persada, 1994). Cet. 1. h.64

nilai-nilai dasar yang dibawa al-Qur'an dan Hadits. Jadi pembaharuan hukum Islam bukan berarti menetapkan hukum Islam yang mampu menjawab permasalahan dan perkembangan baru secara sembarangan tanpa pedoman dan batasan.³³

Istihsan meskipun bukan merupakan dalil yang berdiri sendiri, namun dia menyingkap jalan yang ditempuh sebagian mujtahidin dalam menerapkan dalil-dalil syara' dan kaidah-kaidahnya ketika dalil-dalil itu bertentangan dengan kenyataan yang berkembang di dalam masyarakat. Hal ini untuk menghilangkan kesulitan dan kemudharatan serta menghasilkan kemanfaatan dengan jalan menerapkan dasar-dasar syariat dan sumber-sumbernya.³⁴

Istihsan pada hakikatnya dapat merombak hukum lama yang ditetapkan dengan qiyas, atau dengan kata lain, hukum yang ditetapkan dengan istihsan berbeda dengan hukum lama yang ditetapkan oleh Qiyas. Dari segi inilah istihsan merupakan suatu metode istinbat hukum yang sangat relevan dengan pembaharuan hukum Islam. Karena istihsan berupaya melepaskan diri dari kekakuan hukum yang dihasilkan Qiyas

Salah satu contoh kasus kontemporer yang dapat diangkat yaitu masalah transplantasi organ tubuh untuk kepentingan pengobatan Meskipun ada ketentuan umum

³³ Iskandar Usman, *Istihsan dan Pembaharuan Hukum Islam*, h. 186

³⁴ Teuku Muhammad Hasbie Ash Shiddieqy, *Falsafah Hukum Islam*, h. 300

yang melarang menyakiti tubuh seseorang, termasuk jenazah, namun dalil yang menyuruh manusia untuk berobat rasanya lebih baik untuk diikuti. Dalam hal inipun pendekatan istihsan rasanya lebih tepat untuk dilaksanakan.³⁵

PENUTUP

Adapun kesimpulan awal yang dapat penulis tarik, berdasarkan permasalahan yang telah dikemukakan adalah sebagai berikut:

1. Istihsan adalah sebuah konsep penalaran untuk menggali dan menemukan hukum suatu kejadian yang tidak ditetapkan hukumnya secara jelas oleh nash, di mana posisi istihsan disamakan dengan qiyas namun dengan sandaran yang lebih kuat.
2. Pada prinsipnya, istihsan tetap bersandar kepada dalil nash, ijma', dan qiyas, dengan esensi yang sama, yaitu untuk menghindarkan kesulitan demi sebuah kemaslahatan.
3. Istihsan sebagai salah satu metode istinbat hukum alternatif ternyata akan selalu relevan dengan perkembangan zaman.

³⁵ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh*, Jilid 2, (Jakarta PT Logos Wacana Ilmu, 2001), Cet II, h 321

DAFTAR PUSTAKA

- Amidi (al), Saifuddin Abi al-Hasan Ali bin Abi Ali bin Muhammad, al-Ihkam Fi Usul al-Ahkam, Juz IV, Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, 1983.
- Abu Zahrah, Muhammad, Usul al-Fiqh, Cairo: Dar al-Fikr al-'Araby, t.th.
- Anas, Abu Abdillah Malik bin, Muwatta' al-Imam Malik, Juz II, Mesir: Dar Ihya' al-Turats al-Arabi, t.th.
- Bukhari (al), Alauddin Abd al-'Aziz, Kashf al-Asrar 'an Usul Fakhr al-Islam al- Bazdawi, Tahqiq: Muhammad al-Mu'tasim billah al-Baghdadi, Beirut: Dar al-Kitab al-'Arabi, 1991, Juz IV
- Bugha (al), Mustafa Daib, Alsar al-Adillah al-Mukhtalaf Fila, Damaskus: Dar al- 'Ulum al-Insaniyyah, 1999, Cet. 3.
- Ghazali (al), Abu Hamid, al-Mustasfa, Beirut Dar Ihya' al-Turats al-Islamiy, 1997, Cet. I. Juz I.
- Hasan, Ahmad, Pintu Ijtihad Sebelum Tertutup, terjemahan dari buku "The Early Development of Islamic Jurisprudence", Bandung: Pustaka, 1984
- Hasan, Husain Hamid, Nazariyyat al-Maslahah fi al-Fiqh al-Islam, Cairo: Dar al- Nahdah, 1971.

- Usman, Iskandar, Istihsan dan Pembaharuan Hukum Islam, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1994, Cet 1
- Khallaf, Abdul Wahhab, Ilmu Usul al-Fight, Beirut: Maktabah al-Da'wah al-Islamiyyah, 1990, Cet.VIII.
- Manzur, Jamaluddin Muhammad ibn Mukrim Ibn, Lisan al-'Arab, Mesir, Dar al-Misriyyah li al-Ta'lif wa al-Tarjamah, tth, Juz IXX.
- Maqdisi (al), Ibnu Qudamah, Raudah al-Nazir wa Junnah al-Munazir, Beirut: Mu'assasah al-Risalah, 1978, Jilid II.
- Romli SA, Mugaranah Mazahib Fil Ushul, Jakarta Gaya Media Pratama, 1999, Cet.1.
- Sarakhsi (al), Abu Bakar Muhammad ibn Ahmad ibn Abi Sahal, Usul al-Sarakhsi, Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyah, 1993, Juz II.
- Shatibi (al), Abu Ishaq, al-Munafaqat F: Usul al-Syari'ah, Juz IV, Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, t.th.
- Shiddieqy (Ash), Teungku Muhammad Hasbi, Falsafah Hukum Islam, Semarang PT. Pustaka Rizki Putra, 2001, Cet. 1.
- Syafi'i (al), Muhammad bin Idris, al-Risalali, Tahqiq Ahmad Muhammad Syakir, Cairo: Dar al-Turats, 1979.
- Syafi'i (al), Muhammad bin Idris, al-Umm, Cairo Dar al-Turats, 1979

Syarifuddin, Amir, Ushul Fiqh, Jilid 2, Jakarta: PT Logos
Wacana Ilmu, 2001, CET II

BAI' SALAM DALAM TRANSAKSI MUAMALAT

Muh. Fudhail Rahman

Fakultas Syariah dan Hukum,
UIN Syarif Hidayatullah Jakarta.

PENDAHULUAN

Salam secara etimologi berarti memberikan, dan meninggalkan dan Se mendahulukan¹ Artinya, mempercepat (penyerahan) modal atau mendahulukannya. Salam biasa disebut juga "salaf, Istilah salam dikenal dalam masyarakat Hijaz sedangkan salaf dikenal masyarakat Iraq.² Dalam satu

¹ *Lisanul Arab*, h. 290

² Abdul Rahman al-Jazin, *al-Figh alal Mazahibil arba'ah*, (Beirut Darul Fikri, Juz 11, t th), h 302 Selanjutnya Abdul Rahman al-Jazian mengatakan salaf mengandung pengertian lebih umum ketimbang istilah salam Istilah salam mengandung pengertian pinjaman, sedangkan salaf mengandung pengertian yaitu (i) pinjaman yang tidak mendapatkan keuntungan bagi yang meminjaminya, selain pahala dari Allah, bagi orang yang mendapatkan pinjaman wajib mengembalikannya seperti mengambilnya. (ii) seseorang yang memberikan emas atau perak untuk pesanan tertentu hingga waktu yang tertentu pula dengan tambahan harga yang ada pada saat terjadi transaksi

pernyataan yang mencoba pula untuk membedakan kedua istilah itu, *salaf* berarti mendahulukan modal (*ra'sul māl*) Sedangkan *salam*, maknanya lebih terfokus pada penyerahan modalnya di tempat *aqad*.³ Oleh karena itu, *salam* lebih umum daripada *salaf* karena *salaf* dikaitkan juga dengan pinjaman, sebagaimana diungkapkan oleh Abdul Rahman al-Jaziri

Sedangkan *salam* secara terminologi secara umum didefinisikan sebagai suatu upaya mempertukarkan suatu nilai (uang) sekarang dengan suatu barang tertentu yang masih berada dalam perlindungan pemilikinya dan akan diserahkan kemudian.⁴ Artinya, bahwa yang diberlakukan adalah prinsip *bai'* (jual beli) suatu barang tertentu antara pihak penjual dan pembeli sebesar harga pokok ditambah nilai keuntungan yang di sepakati, dimana waktu penyerahan barang dilakukan di kemudian hari sementara penyerahan uang dibayarkan dimuka (secara tunai).

Imam syafi'i dan Hambali memdefinisikan sebagai suatu akad yang disifatkan dalam tanggungan yang ditangguhkan dengan menentukan harga lebih dahulu.

³ Muhammad Abd Aziz Hasan Zaid, *At-Tatbiq al-Mu'ashirah Liaqdi as-Salam*, (Kairo Ma'had al- Alami Lilfikri al-Islami, 1996), h. 14

⁴ Hasan Ayub, *Fiqh Al-Mu'amalah al-Malliyah fil Islam*. Cet 1 (Kairo Dar Salam, 2003), h. 175

Sedangkan Imam Malik mendefinisikan jual-beli yang mendahulukan harga dan menanggukkan barangnya.⁵

Dasar hukum adanya transaksi salam terdapat dalam al-Qur'an dan sunnah serta ijma para ulama. Dalam al-Qur'an diterangkan sebagai berikut:

يأيتها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه

"Wahai orang-orang beriman apabila melakukan transaksi tidak secara tunai untuk waktu yang ditentukan, maka hendaklah kamu mencatatnya..." (QS. Al- Baqarah 282)

Perihal ayat ini Ibnu Abbas berkata, "aku bersaksi bahwa salam adalah suatu jaminan hingga pada waktu yang telah ditentukan, sungguh Allah telah menghalalkan didalam kitab-Nya dan memberi kebenaran padanya. Sehubungan dengan ayat diatas dimana sempat menyinggung utang (dain) disini mencakup utang yang terdapat dalam salam dan lainnya.

Sedangkan dasarnya menurut hadits, sebagaimana yang diriwayatkan dalam dari Ibnu Abbas bahwa Rasulullah saw, sewaktu tiba di Madinah dimana masyarakatnya melakukan transaksi salam dengan buah-buahan dalam

⁵ Wahbah Zuhaili, *FiqhullIslam wa adillatuhu*. (Beirut. Darul Fikri, juz V,1997) h 3603-3604

jangka waktu setahun, dua tahun ataupun tiga tahun. Dalam hal ini Rasulullah bersabda:⁶

من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم

"Barang siapa yang melakukan sesuatu pesanan (salam), hendaklah dilakukan menurut takaran tertentu dan timbangan tertentu, sampai waktu yang tertentu.

Sedangkan ijma' ulama mengatakan sebagaimana yang diutarakan oleh Ibnu Munzir bahwa alim ulama telah sepakat bahwa hukumnya boleh, dengan pertimbangan bahwa banyak orang membutuhkan transaksi ini, baik bagi pemilik tanaman, buah-buahan maupun yang berkecimpung dalam dunia perniagaan yang memerlukan transaksi ini.⁷

Sebagaimana diketahui bahwa pada setiap aqad terdapat rukun. Dan salam adalah salah dari aqad transaksi keuangan dari jenis jual beli. Oleh karena itu, rukun salam sama dengan rukun yang ada pada jual beli. Bedanya terdapat syarat-syarat yang lebih banyak dari aqad jual beli. Menurut pendapat jumbuh ulama (selain Hanafi), ada tiga rukun salam yaitu:

1. Adanya shigat, yaitu adanya ijab dan qabul

⁶ HR Bukhari, dan Muslim Nasai, Tirmidzi, Abu Dawud dan Ahmad

⁷ Wahbah Zuhaili, *FiqhulIslam wa 'adillatuhu*...., h. 3603

2. Dua orang yang bertransaksi (muslam atau rabbu salam dan muslam ilaih)
3. Obyek, yaitu muslim alaih (Muslam fihi atau barang dan ra'sul māl atau harga)

Sedangkan ulama Hanafi berpendapat bahwa hanya ijab dan qabul masuk dalam kategori rukun salam, sedangkan 2 orang yang bertransaksi dan obyeknya (barang) termasuk kategori syarat.⁸

Sedangkan syarat yang diberlakukan dalam salam adalah harga (ra'sul mily dan barang (mislam film). Semua imam mazhab sepakat bahwa transaksi salam sah dengan enam syarat: yaitu jenis, sifat, jumlah, waktu penyerahan barang, harga jual diketahui. Dan tempat penyerahan barang ditentukan.⁹

Mereka juga sepakat kebolehan salam dalam ukuran, timbangan serta jumlahnya. Seperti penjumlahan buah lauz (jenis kacang-kacangan) dan telur.¹⁰ Dan berbeda pendapat dalam hal harga (na'sul māl) dan barang yang dimaksud.

⁸ Nazyah Hammad. *Aqhus salami fi syariatil Islaami*. (Beirut: Darul Syamiyah, Cet 1, 1993), h. 19-20

⁹ Wahbah Zuhaili, *FiqhulIslam Wa' adillatuhu...*,h. 3605

¹⁰ Wahbah Zuhaili, *FiqhulIslam Wa' adillatuhu...*,h. 3605

Demikian pula berbeda dalam hal boleh tidaknya membatalkan sebagian dari salam yang telah disepakati.¹¹

Syarat harga (ra'sul mil): Dalam kategori harga, terdapat dua syarat.¹²

1. Harganya jelas
2. Harga diserahterimakan di tempat majelis

Sedangkan, syarat barang (Muslam Fult), Imam Hanafi menuliskan 11 syarat,¹³ yaitu:

1. Jenisnya jelas, misalnya gandum pada tanam-tanaman, atau jenis hewan.
2. Diketahui macamnya, misalnya, gandum super atau beras ciliwung
3. Menjelaskan sifatnya; apakah bermutu tinggi, sedang ataupun rendah
4. Dijelaskan kadar nilai dan harganya; takaran bagi barang yang ditakar, atau timbangan bagi barang yang ditimbang
5. Salah satunya (harga atau barang) tidak mengandung riba
6. Barang ditanggihkan.
7. Barang ditentukan

¹¹ Wahbah Zuhaili, *FiqhulIslam Wa' adillatuhu...*,h. 3605

¹² Hasan Ayub, *Fiqh Al-Muamalah al-Maliyah fil Islam*, Cet 1 (Kairo: Dar Salam 2003), h. 175

¹³ Wahbah Zuhaili, *FiqhulIslam Wa' adillatuhu...*,h. 3608

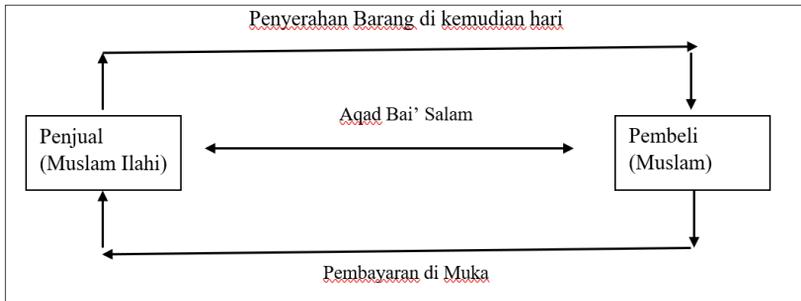
8. Jenis barang dijual terdapat di pasaran sesuai dengan jenis dan sifatnya dalam agad, dan berlaku sesuai dengan perjanjian aqad sampai diserahkan barang itu
9. Aqadnya pasti
10. Tempat penyerahan barang jelas.
11. Barang yang dimaksud hendaknya mencerminkan harganya

Adapun menurut menurut imam Nawawi,¹⁴ syarat salam lahir dari syarat diberlakukan pada syarat jual beli, di antaranya adalah:

1. Penyerahan harga (ra'sul mál) harus berlangsung di tempat transaksi Jika tidak, maka agad salam dianggap tidak terlaksana.
2. Barang yang akan diserahkan statusnya sebagai utang
3. Harus ditentukan dengan jelas tempat penyerahan barang (rasul mal) yang dimaksud

¹⁴ Imam Nawawi, *Hasyiyatani Qalyubi Wa 'Umairah*, Jilid 2 (Beirut: Darul Fikr, 1995) h. 305

Sekma Bai' Salam



Syariat Islam dilahirkan guna mewujudkan maslahat dan menghilangkan hal-hal yang merusak bagi segenap manusia. Makna dan nilai inilah yang dikandung secara filosofi dalam aqad salam yang bertujuan untuk kemudahan urusan hamba. Dengan mempraktekan salam, efisiensi dapat dicapai. Mungkin saja, ada orang yang memiliki modal besar sekarang tapi dia butuh kepada sesuatu (barang) pada masa akan datang. Demikian pula sebaliknya dengan pihak lain. Sehingga dengan adanya transaksi dari kedua orang yang saling membutuhkan tersebut akan dapat melancarkan kepentingan urusannya. Dan dengan tidak secara langsung, hal ini dapat pula mewujudkan maslahat bagi masyarakat secara umum. Sejalan dengan ungkapan beberapa ulama, diantaranya: Ibnu Qudamah dalam kitabnya Al-Mughm: "dengan demikian, manusia butuh bentuk transaksi aqad salam, karena modal operasional pertanian, perkebunan, dan perdagangan membutuhkan biaya (cost) tersendiri, mungkin

saja pihak lain dapat memenuhinya, sehingga terjadi hubungan mutualisma di antara mereka. Oleh karena itu, salam diperbolehkan agar terjadi satu bentuk transaksi yang saling meringankan.¹⁵

PEMBAHASAN

1. Ruang penerapan aqad salam dalam muamalah dari sudut Islam dalam bidang pertanian

Bidang pertanian dengan berbagai hasil-hasilnya bagi orang yang berkecimpun di dalamnya tidak lepas pula dari penggunaan transaksi dalam bentuk salam. Sebabnya adalah luasnya wilayah pergerakan dari bidang pertanian yang diikuti dengan tuntutan dari masyarakat supaya berjalan secara efisien dan mudah. Disamping itu, menentukan bentuk pengukuran apa yang dipakai agar secara tepat sesuai dengan ukuran ataupun bentuk dan jenis yang disepakati

Ini pula yang mendasari perbedaan ulama dalam berpendapat. Misalnya minimnya alat pengukuran serta kemampuan yang kurang profesional ketika akan memastikan secara pasti sifat-sifat yang akan diukur. Contoh, perhitungan dan timbangan buah-buahan, semangka, jeruk

¹⁵ Muhammad Abd. Aziz Hasan Zaid. *Al-Tathbq al-Mu ashirah Liaqdi as-Salam*, h. 18

dan lain-lain. Dalam kasus ini, ada ulama yang berpendapat tidak boleh. Sebabnya, adalah tak dapat diukur maupun ditimbang secara pasti karena beda ukuran besar dan kecil. Bagi yang mengatakan boleh, alasannya adalah ukuran besar kecil dapat dikelompokkan dalam satu ukuran tertentu. Sedangkan, ukuran yang menampakkan perbedaan mencolok dapat ditempuh dengan jalan menimbang, Contoh lain, transaksi dalam jenis binatang, ulama hanafiah berpendapat tidak boleh. Alasannya adalah tidak mungkin menentukan sifat-sifat binatang tersebut secara pasti. Padahal transaksi salam, sifat maupun ciri-ciri yang telah disepakati musti sejalan dengan bendanya.¹⁶

Namun, apa yang dikhawatirkan pada praktek masa dahulu, dimana alat ukuran masih amat sederhana, sekarang ini sejalan dengan perkembangan manusia yang diikuti dengan kemajuan perangkat alat teknologi, sedikit-demi sedikit dapat menepis. Sehingga, walaupun ada perbedaan dalam menggambarkan sifat-sifat barang yang dimaksud, tidak akan terlalu jauh. Disamping itu, ada batas dan ukuran jeda yang dapat diterima sebagai konsesus di masyarakat.

Dari sisi lain, transaksi dengan bai' salam pada tanaman yang didapatkan ditempatnya. Oleh ulama Syafi'i, Hanafi dan Hambali membolehkan transaksi salam pada

¹⁶ *Ibid*

tanaman produksi pertanian dan perkebunan. Namun, Imam Malik hanya membolehkannya pada tanaman tertentu.¹⁷

Penerapan salam pada hewan

Salam pada hewan, oleh ulama Hanafiah tidak membolehkannya karena semau karakteristik pada hewan dapat dispesifikasi tentang sifatnya. Sementara ulama Syafiji, Malik dan Hanbali, harus didasarkan pada qiyas atau boleh dengan qirad, sebagaimana hadits Rasulullah Saw¹⁸

أنه صلى عليه وسلم إقترض بكرا وهو الفتى من الإبل. رواه مسلم

Bahwasanya Rasulullah Saw meminjamkan seekor unta yang muda.

Sebagaimana dipahami bahwa sistem pada bank konvensional dikenal dengan Interest base methode financing Sementara pada bank Syari'ah Interest free methode atau profit and loss sharing (PLS).

Dengan kemajuan manusia yang ditandai dengan munculnya beragam kebutuhan dan kepentingan, maka untuk produk perbankan yang notabene sangat berpengaruh

¹⁷ Muh Abdul Halim Umar, *Shariah, Economic and Accounting Framework of Bay' Salam in the Light of Contemporary Application*, (Jeddah: IRTI IDB, t.h), h 80 .dikutip dari makalah Muhammad Bai' Salam

¹⁸ Wahbah Zuhaili, *Fiqhul Islam Wa' adillatuhu...*, h. 218

besar terhadap pelayanan nasabah dituntut pula untuk berkembang sebagai reaksi terhadap perkembangan tersebut. Termasuk di dalamnya bai' salam sebagai satu bentuk alternatif pembiayaan yang cukup diminati di masyarakat. Dengan demikian bank dituntut untuk memodifikasi bentuk salam yang tidak menafikan sendi-sendi prinsip dalam Islam tapi mampu merespon secara utuh dan memuaskan bagi konsumen (nasabah).

Secara garis besar, aplikasi model salam pada perbankan Islam dijalankan dalam kegiatan investasi. Sebagai lembaga jasa, bank sebagai mediasi bagi pengelola komoditi pasar bertugas untuk menerima, mengevaluasi, mengaplikasikan dalam kegiatan finansial dan penandatanganan kontrak finansial antara pihak bank dan nasabah. Karena model pembiayaan salam digunakan short term investmen, maka dalam pengoperasiannya hubungan antara pihak bank (muslim ilahi) dengan nasabah (muslim) dapat dipergunakan dimana pihak bank menjadi penjual dari barang yang didapatkan langsung dari produsen untuk selanjutnya menjual barang tersebut kepada nasabah.. seperti di utarakan oleh M. Syafi'i Antonio, mekanisme salam dapat dilakukan dalam bentuk salam paralel, dimana pihak bank melakukan pembiayaan pada petani dengan jangka waktu yang relatif pendek (2-6 bulan). Sementara yang dibeli oleh bank adalah barang, seperti padi, jagung, cabe dan lain-

lain. Karena bank tidak sebagai inventory barang pertanian, maka bank selanjutnya membuka kontrak salam kedua kepada pihak Bulog atau para pedagang grosir.¹⁹

Sebagai suatu jual beli, dimana pihak pembeli (rab salam) mengikat kontrak dengan membayarkan harga terlebih dahulu, sementara penyerahan barang belakangan. Berikut ini akan diutarakan beberapa permasalahan dalam dalam bai' salam.

Menentukan harga

Sebagaimana dipahami bahwa aqad salam merupakan perpanjangan aqad jual beli.²⁰ Oleh karena salah satu persoalan mendasar yang harus ada adalah penentuan harga secara jelas. Tapi karena salam terkait dengan serah terima harga di awal dan barang belakangan, sehingga muncul persoalan,²¹ di antaranya:

- Apakah harga yang disepakati (hari ini) akan disesuaikan dengan perubahan harga pada masa mendatang?
- Atau kesepakatan harga tersebut dikondisikan dengan harga pasar tertentu?

¹⁹ Antonio. Muh Syafi'i, *Bank Syariah dari Teori dan Praktik*, (Jakarta : Gema Insani-Tazkia, Cet IV, 2002), h 111

²⁰ Rukun dan syarat pada aqad jual-beli terdapat pula aqad salam. Tapi pada salam lebih komplit dan beberapa lainnya tak dimiliki dalam aqad jual-beli

²¹ Muhammad Abd. Aziz Hasan Zaid , *At-Tatbiq al-Mu'ashirah Liaqdi as-Salam*, h. 29

- Ataukah misalnya penentuan harga lebih kurang 5% dari harga yang berlaku, mengingat bahwa fluktuasi harga selalu menurun jika dibandingkan dengan hari-hari berikutnya?
- Atau, harga ditetapkan sesuai dengan ketentuan pada waktu transaksi tanpa terpengaruh dengan harga yang berlaku pada saat penyerahan barang?

Pada kompresi Ekonomi Islam Intrnasional Kedua, November 1984, yang berlangsung di Tunis, yang diikuti oleh para ahli ekonom Islam, persoalan- persoalan yang terlontar ditengah para peserta adalah hal-hal yang disebutkan diatas. Pada akhirnya, lahir fatwa yang berkenaan:

1. Hal mendasar dalam jual-beli salam (syarat) adalah harus ditentukan harga pada saat berlangsungnya aqad.
2. Boleh menentukan jumlah harga sesuai dengan harga yang berlaku pada pasar tertentu ketika aqad dilaksanakan.
3. Boleh menambah atau mengurangi harga yang disesuaikan dengan harga yang berlaku pada dua pasar tertentu.
4. Tidak dibolehkan menentukan harga yang disesuaikan dengan harga yang akan berlaku pada masa mendatang.

Fatwa ini sejalan dengan pendapat Ustadz Mustafa Ahmad az-Zarqa: bahwa penentan harga pada pasar labil

adalah disesuaikan dengan harga yang sedang berjalan, atau sedang berfluktuasi, dan tidak memastikan harga tertentu yang akan berlaku pada masa mendatang ketika aqad berlangsung.²² Pernyataan ini dikutip dari Imam Ahmad, sementara tidak diketemukan ungkapan sama pada tiga ulama mazhab lainnya.

Membelanjakan Barang Salam Sebelum Diterimakan

Membelanjakan atau menjual barang tersebut kepada oranglain (pihak ketiga). Dalam hal beberapa terjadi perbedaan pendapat. Oleh ulama Hanafiah, Syafii'iah dan Hambali, mereka melarangnya, yaitu menjual barang (muslam filu) sebelum diterimakan pada pembeli (muslam). Dalam hal ini, mereka mengacu kepada hadits:

سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أسلم في شيء فلا يصرفه عن أبي

إلى غيره. رواه أبو داود وابن ماجه، والبيهقي، والدارقطني

Dari Abu Sa'id al-Khudri RA, Rasulullah Saw bersabda: "Siapa yang mengadakan salam terhadap sesuatu, janganlan ia memberikannya kepada orang lain".

Dalam hal pembelian barang yang disalamkan sebelum diterimakan barang itu, ulama Malikiah

²² *Ibid*

melarangnya, karena kalau barang itu adalah jenis makanan atau menggantikannya dengan barang lain namun jenis yang lain. Namun, disisi lain beliau membolehkannya dengan pertimbangan jika barang yang sudah dijual kemudian menggantikannya sesuai dengan nilai dan jenis barang itu.²³

Hal senada juga dilontarkan oleh Ibnu Taimiah dan Ibnu Jauziah, bahwa sah-sah saja membelanjakan barang itu, yang penting tidak melebihi harga barangnya. Dalilnya didasarkan atas riwayat Ibnu abbas: "*Apabila saya melakukan salam terhadap sesuatu hingga hingga suatu waktu, apabila saya mengambil dari apa yang saya pesan padanya, kecuali bila dalam pengembalian dengan mengurangi darinya, maka janganlah menjualnya untuk kedua kali*".

Membatalkan barang yang telah disepakati bersama (muslam fih). Hukumnya adalah boleh Ibnu Mundzir berkata: "semua ulama dari kalangan ahlu ilmi menyefakati bahwa membatalkan barang yang dimaksud dalam transaksi salam adalah boleh. Karena pembatalan itu sendiri merupakan bentuk pengunduran diri dari aqad, dan kembali asal-muasal tidak adanya aqad, dan bukan jual beli."²⁴

²³ Ibnu Rusydi, *bidayatul Mujtahid wa nihayatul Muqtashid*. (Kairo : Maktabah Kuliah Azhar, Jilid 11, 1969), h 218

²⁴ Hasan Ayub, *Loc Cit*, h. 183

Sedangkan hukum membatalkan sebagian dari barang tersebut, riwayat dari sahabat dan tabi'in saling berbeda. Diriwayatkan dari Ahmad hukumnya boleh. Sedangkan makruh menurut Ibnu Umar, Sa'id ibnu Musayyab, Ibnu Sirin, Sa'id bin Jubair dan Ibnu Abu Lailah.²⁵

Membebaskan dari pembayaran harga. Permasalahan ini jika pihak penjual (muslam ilaih) melakukan tindakan melepaskan harga kepada pembelinya (mb salam) Sikap seperti ini tidak diperbolehkan jika pihak muslam tidak menerima atau tidak ridha, dan aqad salam tetap berjalan. Jika ia, maka pembebasan itu sah, namun aqad salam menjadi batal

Jikalau merunut kepada rentetan perbedaannya dengan transaksi jual beli biasa, maka serah terima harga di tempat majlis bukan syarat. Selain itu, makna dari pembebasan biaya adalah penyerahan kepemilikan dalam bentuk sedeqah atau pemberian. Lain halnya dengan salam yang mensyaratkan serah terima harga (ra'sul mal) pada saat itu.²⁶

Melakukan hiwalah, jaminan atau gadaian dengan harga dan barang salam Mengalihkan harga salam kepada seseorang yang hadir pada saat berlangsungnya aqad, atau

²⁵ *Ibid*

²⁶ Wahbah Zuhaili, *Fiqhul Islam wa' adillatuhu...*,h. 3631

menggunakannya sebagai jaminan, atau menggadaikannya adalah hal yang dibolehkan. Demikian pula dengan pengalihan barang, oleh jumbuh ulama Hanafiah, hukumnya boleh karena rukun dan syaratnya telah dipenuhi.

M-enurut zafar, boleh mengalihkan barangnya saja, tapi tidak bagi harga salam. Karena agad jaminan, pengalihan dan menggadaikannya disyariatkan untuk mengukuhkan haknya yang mungkin ditunda dalam majlis Sedangkan harga pada salam tidak bisa ditunda pada waktu terjadi aqad itu olehnya itu. tujuan yang diperlukan syara' tidak tercapai, dan hal tersebut dihukumkan tidak sah Tapi pendapat ini ditolak karena makna mengukuhkan hak itu adalah terpenuhinya dua hak secara sekaligus. Dalam hal ini aqadpun dinyatakan boleh

Ringkasnya bahwa jumbuh ulama Hanafiah membolehkan pengalihan barang pada barang, tapi jumbuh ulama berpendapat tidak.²⁷

Menerima Harga atau barang yang cacat

Apabila harga yang telah diserahterimakan ternyata cacat, misalnya uang dirham cacat atau palsu, maka pihak penjual bisa mengembalikan harga tersebut. Ada dua kemungkinan, jika pembeli itu mengakui uang tersebut

²⁷ Wahbah Zuhaili, *Fiqhul Islam wa 'adillatuhu...*, h. 3634

darinya, maka pihak penjual dapat mengembalikan harga itu. Namun, kalau pembeli menafikan tuduhan tersebut, maka penjual dapat mengambil langkah, meminta supaya dia bersumpah atas nama Allah, ataupun pihak penjual meminta supaya menghadirkan saksi penyerahan uang tersebut.

Di sisi lain, dan sering terjadi bilamana barang yang diserahkan oleh penjual tidak sesuai dengan apa yang dipesan oleh pembeli, maka pihak pembeli berhak melakukan khiyar aib. Jika dia setuju, maka boleh menerimanya tanpa mengindahkan cacat pada barang tersebut. Tapi, jika tidak menerima, maka dia dapat mengembalikan dan mengambil barang lain yang tidak cacat.²⁸

Perbedaan salam jual-beli dan praktek ijon. Banyak orang yang menyamakan antara salam dengan ijon,²⁹ padahal terdapat perbedaan mendasar. Dalam ijon, barang yang dibeli tidak diukur dan dihitung secara jelas dan spesifik. Penetapan harga sangat bergantung kepada satu pihak, sehingga secara faktual praktek ijon merugikan pihak lain. Jual beli semacam ini, dilarang dalam Islam karena tidak jelas berapa jumlah barang yang diperjual-belikan. Sementara dalam salam,

²⁸ Wahbah Zuhaili, *Fiqhul Islam wa 'adillatuhu...*, h. 3638

²⁹ Menjual sesuatu yang tidak pasti. Misalnya, menjual buah-buahan di pohon yang belum berbuah. Dalam jangka dua atau tiga bulan sebelum musim buah tersebut, pengijon telah membayar pembelian mangga. Ketika musim panen tiba, berapapun jumlah mangga yang ada di pohon menjadi milik si pengijon

barang (muslam fili) pasti ukuran, hitungan atau timbangannya. Sebagaimana riwayat dari Ibnu Abbas: *"Barang siapa melakukan transaksi salam, hendaklah ia melakukan dengan takaran dan timbangan yang jelas, serta untuk jangka waktu yang jelas pula"*³⁰

Dalam salam juga, sangat menjunjung adanya keridhaan antara kedua belah pihak. Sabda Rasulullah Saw:³¹ *الإِنْمَا الْبَيْعُ عَنِ تَرَاضٍ* artinya : *"Sesungguhnya prinsip jual beli itu adalah suka sama suka"*.

Perbedaan salam dengan jual beli

- a) Harga barang dalam pesanan tidak boleh dirubah dan harus diserahkan seluruhnya ketika transaksi itu berlangsung. Misalnya, sebuah produsen barang berutang terhadap produsen yang lain, lalu barang yang dipesan itu dibayar dengan utang itu, bukan dengan uang tunai. Dalam jual beli salam sahl ini tidak boleh dilakukan, karena tujuan dari jual beli pesanan dengan cara ini tidak tercapai. Oleh karena itu, unsur harga yang harus diserahkan ketika aqad sangat menentukan saha atau tidaknya jualbeli salam. Berbeda dengan jual beli biasa, pembeli bisa saja membayar barang yang ia beli dengan

³⁰ Adiwarmam Karim, *Ekonomi Islam: Suatu Kajian Kontemporer*, (Jakarta : Gema Insani, cet .Ke-2, th. 2001) h. 92

³¹ HR. Ibnu Majah dari Abu Sa'id

utang penjual kepada pembeli. Dalam artian utang lunas dan barang diambil oleh pembeli.

- b) Harga yang diberikan berbentuk tunai, ³² bukan berbentuk cek mundur. Jika harta yang diserahkan oleh pemesan adalah cek mundur, maka jual beli salam batal, karena modal untuk membantu produsen tidak ada. Berbeda dengan jual beli biasa, harga yang diserahkan boleh saja berbentuk cek mundur.
- c) Pihak produsen (Muslim Ilaih) tidak dibenarkan menunda pembayaran harga pembelian, karena jika hal itu terjadi maka jual beli ini bukan lagi salam. Sedangkan jual beli biasa pihak produsen boleh berbaik hati untuk menunda penerimaan harga barang ketika barang telah selesai diserahkan.
- d) Menurut Imam Hanafi, modal atau harga boleh dijamin oleh seseorang yang hadir dalam agad dan penjamin ini bertanggung jawab dan membayar harga itu juga. Akan tetapi menurut Zufar bin Zuhail, harga itu tidak boleh dijamin oleh seseorang, dengan alasan boleh saja terjadi penundaan pembayaran harga yang seharusnya dibayarkan tunai waktu aqad.³³ Sementara, dalam jual beli biasa, persoalan harga yang dijamin oleh seseorang

³² Ulama Hanafiah, Hanbali dan Syafi'iah sepakat pembayaran tunai harga pada aqad salam

³³ Wahbah Zuhaili, *Fiqhul Islam wa 'adillatuhu...*, h. 3628-3629

atau dibayar dengan uang jaminan, tidaklah menjadi masalah, yang penting keduanya sepakat.

PENUTUP

Adapun kesimpulan awal yang dapat penulis tarik, berdasarkan permasalahan yang telah dikemukakan adalah sebagai berikut:

Dari uraian dari analisis pembahasan tersebut di atas maka dapat disimpulkan bahwa

Persamaan dan latar belakang persamaan perbandingan sistem hukum waris adat, hukum waris Islam dan hukum waris perdata Barat (BW) adalah memberi pemaknaan samadengan tujuan hukum waris merupakan suatu hukum yang mengatur tentang bagaimana mengalihkan suatu harta dari si mayit kepada ahli warisnya

Perbedaan dan latar belakang perbedaan perbandingan sistem hukum waris adat, Islam dan perdata Barat adalah suatu perbedaan diawali cara pandang mereka dari sumber dimana mengambil hukum tersebut, baik dari asas-asas, prinsip-prinsip, serta cara pembagian atau bagian masing-masing dari ahli waris.

DAFTAR PUSTAKA

- Alquran dan Terjemahan, Surabaya, Departemen Agama Republik Indonesia, Jaya Sakti, 1997
- Abdul Rahman al-Jaziri, al-Fiqh 'alal Mazahibil arba'ah, Beirut: Darul Fikri, J.2, t. Th. Lisanul Arab
- Muhammad Abd. Aziz Hasan Zaid, At-Tatbiq al-Mu'aslah Lagdi as-Salam, Cairo: Ma'had al-'Alami Lil-Fikri al-Islámi, 1996.
- Hasan Ayub, Fiqh Al-Mu'amalah al-Maliyah fil Islam, Cet. I Kairo: Dar Salam, 2003.
- Wahbah Zuhaili, Fiqhul Islam wa 'adillatuhu, Beirut: Darul Fikri, juz V, 1997
- Nazyah Hammad, Aqdu salami fi syariatil Islaami, Beirut: Darul Syamiyah, Cet I, 1993.
- Imam Nawawi, Hasyryatáni Qalyubi Wa Umairah, Jilid 2. Beirut: Darul Fikr, 1995.
- Muh. Abdul Halim Umar, *Shariah, Economic and Accounting Framework of Bay' Salam in the Light of Contemporary Application*, Jeddah: IRTI IDB, t.h

Antonio, Muh. Syafi'i, Bank Syariah dari Teori dan Praktek,
Jakarta: Gema Insani-Tazkia, Cet. IV, 2002.

Ibnu Rusydi, Bidayatul Mujtahud wa mihayatul Muqtashid,
Kairo: Maktabah Kuliah Azhar, Jilid II, 1969

Adiwarman Karim, Ekonomi Islam: Suatu Kajian
Kontemporer, Jakarta: Gema Insani, cet. Ke-2, th. 2001