BUKU ADAPTASI HAM

by Muhammad Ishom

Submission date: 02-Sep-2022 03:35PM (UTC+0700)
Submission ID: 1891221784
File name: BUKU_ADAPTASI_HAM.pdf (3.2M)
Word count: 53222
Character count: 334271

Adaptasi HAM dalam Hukum Perdata Islam Nusantara merupakan salah satu komponen implementasi dari upaya integralisasi ilmu pengetahuan di Indonesia. Di samping itu juga menjadi model pendekatan hukum pluralis yang dilakukan para pegiat dan penegak hukum. Apa hukum perdata Islam Nusantara sudah sesuai HAM? Seperti apa model adaptasi HAM dalam hukum perdata Islam Nusantara? Karya ini bertujuan mendeskripsikan masalah-masalah mendasar di balik peraturan perundang-undangan yang mengatur keperdataan Islam di bumi Nusantara ini. Pembahasan buku ini mencakup analisis semua hukum keperdataan Islam yang diterbitkan oleh lembaga negara dan pejabat negara, baik berbentuk *statute* (legislasi dan regulasi) maupun *beschikking/decree* (keputusan yang diterbitkan oleh pejabat administrasi). Yaitu hukum perkawinan, hukum kewarisan, hukum zakat, hukum wakaf, hukum ekonomi syariah, hukum perbankan syariah, dan hukum jaminan produk halal. Buku ini sangat dianjurkan sebagai referensi mahasiswa fakultas syariah UIN/IAIN/STAIN, dan mahasiswa fakultas hukum PTU.

Karya Rasa Aksara
Jl. Pulo Harapan Indah Cengkareng Barat
Jakarta Barat - DKI Jakarta
www.teraskarsa.com
teraskarsa@gmail.com
komunitasKarsa
komunitasKarsa

ISBN 978-623-95062-0-9
9 786239 506209

ADAPTASI HAM DALAM HUKUM PERDATA ISLAM NUSANTARA

Dr. Muhammad Ishom el-Saha, MA

ADAPTASI HAM DALAM HUKUM PERDATA ISLAM NUSANTARA

Dr. Muhammad Ishom el-Saha, MA

ADAPTASI HAM

DALAM

HUKUM PERDATA ISLAM NUSANTARA

Sanksi Pelanggaran Pasal 113
Undang-undang Nomor 28 Tahun 2014
Tentang Hak Cipta

1. Setiap Orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf i untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama **1 (satu) tahun** dan/atau pidana denda paling banyak **Rp100.000.000 (seratus juta rupiah)**.
2. Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf f, dan/atau huruf h untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama **3 (tiga) tahun** dan/atau pidana denda paling banyak **Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah)**.
3. Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan/atau huruf g untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama **4 (empat) tahun** dan/atau pidana denda paling banyak **Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).**
4. Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama **10 (sepuluh) tahun** dan/atau pidana denda paling banyak **Rp4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah).**

ADAPTASI HAM
DALAM
HUKUM PERDATA ISLAM NUSANTARA

Dr. Muhammad Ishom el-Saha, MA

Adaptasi HAM dalam Hukum Perdata Islam Nusantara

Penulis: Dr. Muhammad Ishom el-Saha, MA

Editor : Siti Zahrotul Jannah
Layout : Tim Teras Karsa Publisher
Cover : Namadudin

ISBN: 978-623-95062-0-9

Cetakan I, November 2020

Penerbit:
Teras Karsa Publisher

Alamat Redaksi:
Jl. Pulo Harapan Indah Cengkareng Barat
Jakarta Barat - DKI Jakarta
e-mail : teraskarsa@gmail.com
website : teraskarsa.com

Hak Cipta dilindungi Undang-Undang
All Rights Reserved
©*Teras Karsa 2020*

PENGANTAR PENULIS

Adaptasi HAM dalam Hukum Perdata Islam Nusantara merupakan salah satu komponen implementasi dari upaya integralisasi ilmu pengetahuan di Indonesia. Di samping itu juga menjadi model pendekatan hukum pluralis yang dilakukan para pegiat dan penegak hukum. Apa hukum perdata Islam Nusantara sudah sesuai HAM? Seperti apa model adaptasi HAM dalam hukum perdata Islam Nusantara?

Karya ini bertujuan mendeskripsikan masalah-masalah mendasar di balik peraturan perundang-undangan yang mengatur keperdataan Islam di bumi Nusantara ini. Pembahasan buku ini mencakup analisis semua hukum keperdataan Islam yang diterbitkan oleh lembaga negara dan pejabat negara, baik berbentuk *statute* (legislasi dan regulasi) maupun *beschikking/decree* (keputusan yang diterbitkan oleh pejabat administrasi). Yaitu hukum perkawinan, hukum kewarisan, hukum zakat, hukum wakaf, hukum ekonomi syariah, hukum perbankan syariah, dan hukum jaminan produk halal.

Penulis menyadari bahwa luasnya aspek peraturan perundang-undangan yang dikaji di dalam buku ini tak menutup kemungkinan ada dimensi hukum keperdataan Islam yang luput tidak dikaji. Harapan saya buku ini mendapatkan kritik dan masukan untuk perbaikan yang akan dilakukan di kemudian hari. Buku ini sangat dianjurkan sebagai referensi mahasiswa fakultas syariah UIN/IAIN/STAIN, dan mahasiswa fakultas hukum PTU. Semoga bermanfaat.

Cengkareng, 2020

DAFTAR ISI

PENGANTAR PENULIS..... v

DAFTAR ISI..... vi

BAB I Hak Asasi Manusia (HAM) Dalam Perspektif *Maqashid Al-Syari'ah* 1

A. Ide dan Gagasan HAM (*Human Right*) Internasional 2

B. Ide dan Pemikiran *Maqashid Al-Syariah*.....7

C. HAM dengan Pendekatan *Maqashid Al-Syari'ah*.....13

BAB II Hukum Islam dalam Kemajemukan Hukum di Indonesia 19

A. Penerimaan Hukum Islam Sebagai Sumber Persuasif (*Persuasive Source*).....20

B. Penerimaan Hukum Islam Sebagai Sumber Otoritatif (*Authoritative Source*) 29

C. Perundang-Undangan Hukum Islam di Indonesia 32

BAB III Hukum Perkawinan Responsif Hak Asasi Manusia 39

A. Permohonan dan Pelaksanaan Perkawinan.....41

B. Hukum Perkawinan Perspektif HAM.....52

BAB IV Hukum Perkawinan Islam Responsif Gender..... 59

A. Seputar Perempuan dalam Hukum Perkawinan.....62

B. Parameter Responsif Gender dalam Hukum Perkawinan.....72

BAB V Jabatan Penghulu Responsive Gender 83

A. Perspektif Fiqh: Pengangkatan ASN Perempuan Menjadi Penghulu dan Kepala KUA.....85

B. Perspektif Yuridis: Pengangkatan ASN Perempuan Menjadi Penghulu dan Kepala KUA.....89

BAB VI Parameter Perlindungan Anak Dalam Hukum Perkawinan 99

A. Perlindungan Anak dalam Hukum Perkawinan 102

B. Adaptasi Perlindungan Anak dalam Hukum Perkawinan 112

BAB VII Kontra Inklusi Harta Pusaka dalam Hukum Kewarisan, Wasiat, dan Hibah 119

A. Kontra Inklusi Harta Pusaka 119

B. Ketentuan Pokok Hukum Kewarisan, Wasiat, dan Hibah..... 122

BAB VIII Dimensi HAM dan Keperdataan dalam Hukum Pengelolaan Zakat 137

A. Dimensi HAM dalam UU Pengelolaan Zakat..... 137

B. Unsur Keperdataan dalam Hukum Pengelolaan Zakat 140

BAB IX Hukum Wakaf dan Jaminan Kesejahteraan Sosial 155

A. Definisi Wakaf Produktif 157

B. Bentuk dan Jenis Wakaf Produktif..... 160

C. Pokok-Pokok Pengaturan UU Wakaf Perihal Wakaf Produktif . 165

D. Peluang Dan Tantangan Wakaf Produktif Di Indonesia 180

BAB X Jaminan Kebebasan Bertransaksi dan Berinvestasi dalam Hukum Ekonomi Syariah 185

A. Pokok-Pokok Hukum Ekonomi Syariah 187

B. Akad Dalam Lembaga Keuangan Syariah 192

BAB XI Adaptasi HAM dalam Hukum Jaminan Produk Halal 209

A. Perlindungan Konsumen dan Jaminan Produk Halal 209

B. Pokok-Pokok Pengaturan Jaminan Produk Halal..... 214

C. Parameter HAM Dalam UU Jaminan Produk Halal..... 222

Daftar Pustaka 225

Biodata Penulis 229

BAB I
HAK ASASI MANUSIA (HAM) DALAM PERSPEKTIF *MAQASHID AL-SYARI'AH*

Di era global sekarang ini, Isu Hak Asasi Manusia (HAM) selalu hadir dalam seluruh ruang kehidupan manusia. HAM yang dibakukan dengan *Declaration of Human Right* tahun 1948 merupakan hasil adopsi nilai-nilai Barat berdasarkan tiga pendekatan, yakni formalism, relativisme, dan etika situasi. Dalam kawalan Persatuan Bangsa-bangsa (PBB), HAM telah dijadikan sebagai system internasional yang berlaku universal. Tidak hanya masyarakat Dunia Barat saja yang terikat dengan HAM, tetapi juga bangsa-bangsa lain termasuk Negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam.

Deklarasi HAM internasional diklaim sebagai deklarasi universal dengan dua alasan. *Pertama*, mencerminkan hak universal dalam masalah persamaan, kemuliaan manusia, seperti hak politik, kebebasan dari perbudakan, beragama, berekspresi, menikah, berkumpul, memilih kewarganegaraan, hak persamaan dalam hukum, perlindungan dari tirani penguasa, perlindungan atas hak milik, serta hak berartisipasi dalam pemerintahan dan politik.

Kedua, mencerminkan pemberian hak setiap orang atas haknya tanpa deskriminasi dalam bentuk apapun, seperti hak ekonomi, hak sosial dan kebudayaan antar bangsa, hak bekerja dan

mendapatkan upah yang sesuai, hak membentuk dan mengadakan kerjasama perdagangan, hak mendapatkan kebutuhan standar hidup, mendapatkan pendidikan dan hak berpartisipasi, serta hak untuk berbudaya (Leah Levin: 1998:8).

Kelompok masyarakat Muslim dunia secara berlahan-lahan menerima konsep HAM internasional itu, baik secara utuh maupun parsial. Mereka yang menerima HAM secara utuh berargumentasi bahwa deklarasi internasional itu sejalan dengan tujuan syari'ah. Sedangkan kelompok yang menerima HAM secara parsial medasari pemikiran mereka atas nilai-nilai universalitas HAM selama tidak bertentangan dengan syari'ah. Dalam argumentasi kelompok yang disebut belakangan dinyatakan: "*Betapapun kebebasan seseorang dibatasi oleh kebebasan orang lain*" (*hurriyyat al-mari mahdudat bi hurriyat ghairih*).

Sikap masyarakat Islam atas HAM dengan menggunakan pendekatan syariah dapat dipahami karena mereka meyakini ajaran Islam adalah universal. Hanya saja munculnya dualisme bersikap di kalangan masyarakat Islam seputar HAM patut dicermati dari beberapa sudut pandang, yaitu; (1) Apa penjelasan Syariah tentang HAM berbentuk dalil-dalil *qathi* yang pasti? (2) Apa bentuk kesesuaian yang dipersepsikan masyarakat Islam antara HAM dengan tujuan syariah (*maqashid al-syari'ah*); dan (3) Apa kontribusi yang ditawarkan dari nilai-nilai Islam dalam merespons universalitas HAM?

A. IDE DAN GAGASAN HAM (*HUMAN RIGHT*) INTERNASIONAL

Dalam deklarasi PBB Tahun 1948, HAM diistilahkan dengan *Human right*. Secara bahasa, *Right* (bahasa Inggris) berarti; hak, kebenaran, kanan. Pengertian ini sebanding dengan istilah *huquq* (bahasa Arab) yang berarti lawan kebatilan, keadilan, bagian, dan nasib. Di Indonesia *Right* diartikan dengan hak asasi sehingga *Human right* biasa diartikan hak asasi manusia.

Secara terminologi, sebagaimana dijelaskan Leah Levin: "*Human right is moral claims which are inalienable and inherent ini all human individual by virtue of their humanity alone.*" (Hak asasi manusia berarti klaim moral yang tidak dipaksakan dan melekat pada diri individu berdasarkan kebebesan manusia).

Deklarasi HAM internasional PBB tahun 1948 dibuat sesudah meredanya Perang Dunia II. Akan tetapi sebagai ide dan gagasan, *Human right* sudah dikenalkan oleh John San Tanner sebagai pemrakarsa kesepakatan Marga Carta tahun 1215. Dalam nota tertulis berupa piagam kesepakatan antara bangsawan Inggris dengan raja Inggris ini dinyatakan: "Setiap manusia merdeka dan memiliki kebebasan untuk memilih". Hanya saja ide dan gagasan ini baru dapat diterjemahkan dalam deklarasi hak asasi manusia dalam waktu yang lama.

Sesudah itu, pada tahun 1628 di Angaltara ditetapkan *The Petation of Right* sebagai acuan penetapan hak asasi manusia. Tahun 1791 terbentuk konstitusi Amerika tentang Hak asasi manusia (*Bill of Right*) yang diprakarsai oleh Thomas Jefferson (1734-1826). Di Prancis, Immanuel Josep Seis meletakkan penegasan dan pernyataan hak assi manusia "*Declaration of the Right of Man and of the Citizen*" (Deklarasi Manusia dan Warga Negara) dan disetujui oleh Majelis Agung pada 26 Agustus 1789.

Isu-isu penting HAM pada periode ini, diantaranya ialah:

a. Manusia dilahirkan dalam keadaan merdeka dan memiliki persamaan hak;
b. Hak-hak bagi manusia ialah kemerdekaan, hak milik, keimanan dan pembelaan diri;
c. Hukum yang dibuat para penguasa tidak diperkenankan membahayakan masyarakat umum;
d. Dasar kehormatan suatu bangsa memungkinkan untuk menjadi hukum bagi suatu bangsa

e. Peraturan merupakan ungkapan dari kepentingan umum;
f. Warga Negara memiliki kesamaan hak dalam undang-undang, mempunyai hak untuk mendapatkan penghormatan, tempat, jabatan umum sesuai dengan kemampuan mereka tanpa melebih-lebihkan keutamaan dan jaminan mereka;
g. Warga Negara tidak akan mendapatkan saksi selain dari undang-undang (kewarganegaraan) yang dipakai sebelum ia melakukan pelanggaran hukum;
h. Setiap manusia dipandang bebas tak bersalah sampai terbukti kesalahannya;
i. Setiap manusia bebas berbicara, menulis dan menerbitkan dengan kebebasannya tanpa melampaui kebebasan yang telah diberikan oleh undang-undang yang telah ditetapkan.

Penegasan hak asasi manusia pada abad ke-19 lalu bergeser menjadi isu internasional. Pada tahun 1815 lahir kesepakatan penghapusan perbudakan di muka dunia dalam Kongres Wina yang ditindaklanjuti dengan keputusan-keputusan antar negara di dunia setelah berulangkali dilakukan rativikasi. Yaitu The Treaty of Washington of 1862; Document of the Conferences in Brussels in 1867 dan 1890 dan di Berlin pada tahun 1885.

Pada permulaan abad ke 19 pula mengemuka ide penegakan hukum perang seperti The Declaration of Paris tahun 1856, Konvensi Genewa I tahun 1864; Konvensi Genewa II tahun 1906 serta Konvensi Hague tahun 1899 dan 1907. Di samping itu pada tahun 1864 muncul pula kesepakatan untuk membentuk Palang Merah Internasional (*International Commite of Red Cross*) guna mendukung penegakan hukum perang. Walaupun demikian kesepakatan-kesepakata ini sering dilanggar sendiri oleh masing-masing Negara.

Menurut Levin, pelanggaran itu terjadi dikarenakan pemberian mandat yang diberikan kepada Liga Bangsa –organisasi antar pemerintah internasional pertama yang terbentuk sesudah

Perang Dunia I, tidak bisa berlaku efektif. Hal ini mendorong diadakannya Kesepakatan Kelog pada tahun 1929 tentang hak kewarganegaraan. Pada saat yang sama Institut Nasional New York pada 12 Oktober 1929 memberikan batasan terhadap teori modern tentang penghormatan nilai-nilai kemanusiaan dalam beberapa perkara, yang meliputi: (a) Persamaan hak bagi setiap individu dalam hidup; (b) Persamaan hak bagi setiap individu dalam kebebasan; (c) Persamaan hak bagi setiap individu dalam kepemilikan; (c) Persamaan hak bagi setiap individu dalam menyatakan pendapat dan agama dengan kebebsan penuh; (d) Persamaan hak bagi setiap individu dalam kebebsan memakai dan mengajarkan bahasa yang dipilihnya.

Teks ini sangat berpengaruh terhadap *Declaration of Human Right* yang ditetapkan PBB pada 10 Desember 1948 yang memaksa kepada Sekutu untuk mengakui keputusan ini setelah kekalahan mereka dalam perang Dunia II. Kesepakan itu menyangkut; (a) Hak hidup bagi setiap individu; (b) Kebebasan berbendapat; (c) Menyatakan hak milik individu berupa pengajaran, keadilan, persamaan hak dan ketentraman hidup.

Di samping itu, Piagam Atlantik yang dideklarasikan oleh Rosevelt dan Churchill pada 14 April 1941 juga dirujuk dan menjadi cikal bakal lahirnya Deklarasi HAM Internasional, yang terdiri dari: (a) Penghormatan terhadap hak setiap bangsa untuk memilih bentuk kedaulatan Negara; (b) Penetapan terhadap Negara-negara adidaya dan Negara-negara berkembang dan dunia ketiga untuk menikmati persamaan dalam perdagangan internasional dan permintaan barang yang mendukung dan dibutuhkan bagi kemapanan ekonomi.

Deklarasi HAM Internasional terdiri dari 30 pasal, yang berisi tentang;

a) Setiap orang dilahirkan merdeka dan mempunyai martabat dan hak-hak yang sama tanpa pengecualian (Pasal 1 dan 2);

b) Setiap orang berhak atas penghidupan, kemerdekaan dan keselamatan. Tidak seorangpun boleh diperbudakkan, dianiaya, diperlakukan semena-mena (Pasal 3,4, dan 5);

c) Setiap orang dilindungi oleh hukum dan undang-undang (Pasal 8 dan 9);

d) Setiap orang memiliki hak yang sama dalam persidangan peradilan (Pasal 8, 9, 10 dan 11);

e) Setiap orang berhak dalam urusan pribadinya, keluarganya, rumah tangganya, miliknya (Pasal 12, 16 dan 17);

f) Setiap orang berhak mendapatkan kewarganegaraan yang dilindungi oleh undang-undang (Pasal 13, 14, dan 15);

g) Setiap orang berhak atas kebebasan perpendapat, beragama, dan berserikat (Pasal 18, 19, dan 20);

h) Setiap orang berhak terlibat dalam bernegara dan berpolitik (Pasal 21);

i) Setiap orang berhak atas jaminan sosial, pekerjaan, libur dan cuti kerja (Pasal 22, 23 dan 24)

j) Setiap orang berhak mendapatkan kesehatan dan pendidikan serta kebebasan hidup berbudaya dalam susunan sosial dan internasional (Pasal 25, 26 dan 27).

Secara umum arah implementasi HAM Internasional menggunakan tiga pendekatan, yaitu: *Pertama*, otoritarianisme (formalism) dalam arti bahwa setiap orang dalam menjalankan hak dan kebebasannya harus tunduk kepada pembatasan-pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang. Tujuannya semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan yang layak bagi hak-hak dan kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi syarat-syarat benar dari kesusilaan, tata tertib umum serta keselamatan umum dalam alam demokrasi (Pasal 29 dan 30).

Kedua, relativisme yaitu tidak ada norma etika yang tetap dan baku sebagai dasar seseorang dalam menjalankan hak dan kebebasannya yang diatur dalam deklarasi HAM internasional dari Pasal 1 sampai Pasal 27. Norma dipahami sebagai moral atau *mores* yakni adat kebiasaan yang telah tumbuh dan dipandang benar, sehingga penerapannya sangat situasional. *Ketiga*, etika situasi sebagai konsekuensi dari pemahaman relativisme. Yakni, bahwa hak dan kebebasan seseorang bersifat universal atau berlaku sama di seluruh dunia, sementara etika yang selama ini dianggap mengekang hak dan kebebasan hanya dipahami sebagai nilai yang tidak mengikat karena sifatnya situasional.

B. IDE DAN PEMIKIRAN *MAQASHID AL-SYARIAH*

Dalam teori hukum Islam, *Maqashid al-Syari'ah* --yang secara harfiyah berarti tujuan-tujuan hukum Islam- merupakan pengembangan dari teori mahlahat. Yaitu lahir dari premis yang menyatakan bahwa Allah Swt melembagakan syari'at (hukum Islam) demi *mashalih* (kemanfaatan dan kebaikan), baik yang bersifat segera maupun untuk masa yang akan datang. Akan tetapi di kalangan ulama Islam terdapat perbedaan mengenai akar dan cabang dari premis ini, seputar masalah apa maslahat datangnya dari *illat* (kandungan spirit) hukum atau dari sebab-sebab atau motif-motif?

Jika maslahat dipahami datangnya dari kausalitas maka sama halnya Tuhan dipaksa untuk berbuat dengan cara tertentu melalui syariatnya berdasarkan pertimbangan kemaslahatan. Bagi kalangan teolog (*Mutakallimin*) premis ini bertentangan dengan *iradat* (kehendak) Tuhan, sehingga mereka menolaknya. Akan tetapi jika maslahat dipahami datangnya dari *illat* melalui isyarat dari dalil secara langsung atau tidak langsung maka mereka dapat menerima maslahat sebagai rahmat Allah Swt. Mereka yang menerima kemaslahatan atas dasar pertimbangan '*illat, hikmah, ghayat, dan asrar* ini secara tersendiri membuat teori Maslahat seperti Al-Ghazali

dalam kitabnya *Al-Mustashfa*. Beliaulah yang mensentisikan lima tujuan syariah yang ingin dipelihara melalui pendekatan teori maslahat, yaitu; memelihara agama, memelihara kehidupan, memelihara akal, memelihara keturunan, dan memelihara keturunan.

Sedangkan mereka yang menerima maslahat dari premis kausalitas mengembangkan teori sendiri yang disebut *Maqashid al-Syari'ah.* Tokoh utamanya Abu Ishaq al-Syatibi yang beranggapan bahwa premis mashalih bisa ditegakkan dalam syariah dengan metode induksi, baik sebagai tema umum dalam syari'at maupun dalam paparan tentang 'illat dari berbagai perintah secara rinci. Doktrin al-Syathibi tentang *Maqashid al-Syari'ah* adalah upaya untuk menegakkan *mashalih* sebagai unsure pokok tujuan hukum Islam.

Al-Syatibi melalui bukunya *al-Muwafaqat* telah meletakkan pondasi, ide brilyannya adalah dengan mengkatagorikan maqasid syari'ah ke dalam dua kelompok besar. *Pertama, maqasid al-syar'* (tujuan pembuat syari'ah yaitu Allah Swt dan Rasul-Nya). *Kedua, maqasid al-mukallaf* (tujuan para hamba yang menjadi target hukum). Dengan dua katagori pokok ini Imam Syatibi kemudian menekankan kajiannya seputar *maqashid al-syari'ah* pada enam point berikut:

a) Tujuan Allah dan Rasul-Nya dalam membuat syari'at agama bagi umat manusia
b) Tujuan Allah dan Rasul-Nya dalam memberikan pemahaman tentang syari'at kepada umat manusia.
c) Tujuan Allah dan Rasul-Nya dalam membebankan hukum syari'at pada umat manusia
d) Tujuan Allah dan Rasul-Nya dalam mentargetkan hukum syari'at hanya pada kalangan mukallaf (orang dewasa dan berakal sehat) saja.
e) Tujuan manusia dalam menjalankan hukum-hukum syari'at.

f) Metode untuk menguak maqasid syari' (tujuan Allah dan Rasul-Nya)

Pembahasan *maqashid al-syari'ah* secara tuntas dan komprehensif seperti ini sama sekali belum pernah dijamah oleh ulama-ulama sebelumnya. Bahkan menurut Ahmad Raisuni pembahasan *maqashid* dalam kitab *al-Muwafaqat* karya imam al Syatibi ini, sepatutnya menjadi kitab tersendiri di luar kitab tersebut.

Sepeninggal imam Syatibi, kajian *maqashid al-syari'ah* ini sempat redup, dalam arti tidak ada sarjana Islam baik di dunia Arab maupun di luar Arab yang khusus mendedikasikan diri dalam bidang ini. Baru kemudian, pada separoh akhir dari abad ke 20 masehi, wacana maqasid syari'ah kembali digulirkan oleh ulama asal Tunisia syaikh Muhammad Thahir Ibn Asyur (w: 1393 H / 1973 M) dan tokoh asal Maroko Muhammad Alal al-Fasi (w: 1394 H / 1974 M).

Mereka berdua hidup dalam satu masa, yang pertama alumnus Ezzitouna, Tunisia, dan yang kedua alumnus al-Qurawiyin, Maroko. Di tangan mereka berdua inilah proyek maqasid syari'ah yang telah dicanangkan jauh hari oleh al-Syatibi dilanjutkan. Thahir Ibn Asyrur menuangkan ide maqasidnya secara khusus dalam buku *Maqasid as Syari'ah al Islamiyah* (tebal 216 halaman), dan secara kondisional dalam karya lainnya semisal tafsir *at Tahrir wa at Tanwir*, buku *Ushul an Nidzam al Ijtima'i* dan *Alaisa as Shubhu bi Qarib*.

Sedangkan Alal al Fasi mengkajinya secara komprhensif dalam buku *maqashid al-syari'ah al Islamiyah wa Makarimuha* (tebal 288 halaman) juga menyinggung secara parsial dalam karyanya yang lain, semisal *Difa' an al-Syari'ah*, buku *Hal al-Insanu fi hajatin ila al-falsafah* dan bukunya yang berjudul *al-Naqd al-Dzâti*.

Banyak kesamaan ide dan pemikiran dari dua tokoh asal Maghrib Arabi ini, satu contohnya adalah: pandangan yang menyatakan bahwa *maqashid al-syari'ah* berdiri di atas fitrah manusia. Berangkat dari firman Allah Swt dalam surat ar Ruum ayat 30 dan surat al A'raf ayat 119, Thahir Ibn Asyur dan Alal al-Fasi

sepakat bahwa menjaga fitrah manusia adalah termasuk dalam *maqashid al-syari'ah*, untuk itu syari'at Islam tidak akan pernah bertentangan dengan akal manusia, selama ia dalam kondisi normal.

Hanya saja sisi perbedaan dari keduanya adalah: bahwa Thahir Ibn Asyur lebih berkonsentrasi pada proyek meng-independenkan *maqashid al-syari'ah* sebagai sebuah disiplin keilmuan tersendiri lepas dari kerangka ilmu ushul fiqh, dengan merumuskan konsep, kaidah serta substansi kajiannya, sedangkan Alal al-Fasi lebih berkonsentrasi pada penjabaran tuntas seputar tujuan syar'iat Islam, hikmah dan rahasianya, tidak mewacanakan integrasi atau independensinya dari ilmu ushul fiqh. Melalui ide-ide dalam bukunya tersebut, kedua tokoh ini pada akhirnya disepakati oleh para sarjana muslim kontemporer sebagai tokoh sentral *maqashid al-syari'ah* pasca al-Syatibi.

Pada akhir abad ke 20 Masehi hingga saat ini, tepatnya sepeninggal dua tokoh Muhammad Thahir Ibn Asyur dan Muhammad Alal al-Fasi, kajian *maqashid al-syari'ah* semakin banyak digandrungi oleh para sarjana muslim diberbagai belahan dunia Islam. Termasuk didalamnya ada dua tokoh penting lain dalam fase zaman kali ini, yaitu Nuruddin al-Khadimi dan Ahmad ar-Raisuni pertama asal Tunisia dan yang kedua asal Maroko. Keduanya memiliki dedikasi tinggi terhadap kajian *maqashid al-syari'ah*.

Nuruddin al-Khadimi adalah guru besar bidang maqasid dari universitas Ezzitouna, Tunsia. Dia adalah tokoh penting yang kerap dijadikan nara sumber dalam berbagai seminar dan lokakarya nasional dan internasional yang berkaitan dengan kajian ini. Karya monumental yang menjadi start point-nya dalam menekuni kajian maqasid syari'ah adalah disertasi doktoral yang berjudul: *al-Maqasid fi al-Madzhab al Maliki; Khilal al-Qarnain al-Khamis wa al-Sadis al-Hijriyain* (Maqasid syari'ah perspektif ulama madzhab Maliki pada abad kelima dan keenam Hijriyah). Dalam disertasi yang kemudian dicetak menjadi buku (1996) atas instruksi dewan pengujinya saat

itu, al-Khadimi mengupas bagaimana pemahaman dan interaksi para ulama madzhab Maliki dengan *maqashid al-syari'ah* baik pada saat berijtihad, berfatwa maupun berdebat seputar masalah-masalah keagamaan.

Khususnya lingkup fiqh Khas pemikiran Nuruddin al-Khadimi sebenarnya tidak jauh berbeda dengan apa yang telah diusung oleh pendahulunya, guru besar masjid jami' Ezzitouna syaikh Muhammad Thahir Ibn Asyur. Yaitu cenderung untuk menjadikan *maqashid al-syari'ah* sebagai disiplin keilmuan independen lepas dari ushul fiqh. Hal ini bisa dilihat dari salah satu bukunya yang diberi judul: *Ilmu maqasid syari'ah* (2001).

Bahkan dalam rangkaian empat buku yang dilaunching secara bersamaan, ia menuangkan kembali impiannya untuk proyek independensi ilmu maqashid al-syari'ah yang signifikan dalam lingkup hukum Islam, sudah sepatutnya kajian ini menjadi sebuah disiplin keilmuan yang independen, sejajar dengan ilmu Akidah, Fiqh, Tafsir, dan ilmu Hadits. Ada indikasi lain yang menjadikan kepakarannya dalam bidang ini diakui oleh publik intelektual, yaitu setumpuk karya seputar maqasid yang telah dihasilkannya, ide-idenya banyak dituangkan dalam buku-bukunya.

Tokoh lain dalam fase zaman kali ini adalah Ahmad al-Raisuni, ulama besar bidang *maqashid al-syari'ah* yang juga dosen senior di universitas Mohammed V Rabat Maroko. Seperti halnya dengan Nuruddin al-Khadimi yang memulai konsentrasinya dengan garapan disertasi doktoral, Ahmad Raisuni pun demikian, disertasinya yang berjudul *Nadzariyat al-Maqashid* inda al-Syatibi (Konsep maqasid syari'ah perspektif imam Syatibi) mendapat nilai cume laude dan dianggap layak untuk naik cetak menjadi sebuah buku.

Di antara kesimpulan penting dari disertasinya adalah; bahwa imam Syatibi yang dianggap sebagai *founding father* kajian maqasid syari'ah ternyata dalam membangun idenya ia tidak berangkat dari ruang kosong, akan tetapi ada pengaruh dari diskursus ulama fiqh

dan ushul fikih sebelumnya, baik dalam setting ideologi maupun dalam penggunaan terminologi, dan unsur ini telah memberikan andil cukup besar dalam ide *maqashid al-syari'ah*-nya.

Ahmad Raisuni mencontohkan, bahwa kemaslahatan yang dibagi ke dalam *dhoruriyah* (primer), *hajiyah* (sekunder) dan *tahsiniyah* (tersier) adalah istilah yang sebelumnya pernah digunakan oleh al-Ghazali dalam bukunya *al Mustashfa*. Begitu juga lima perkara yang dianggap dalam katagori kemaslahatan dhoruriyah yaitu; *hifdz al-Din* (memproteksi agama), *hifdz al-Nafs* (memproteksi nyawa), *hifdz al-'Aql* (memproteksi logika), *hifdz al-Nasl* (memproteksi keturunan) dan *hifdz al-Mal* (memproteksi harta) adalah terminologi yang sebelumnya pernah diungkapkan oleh al-Juwaini dalam bukunya *al Burhan*. Kemudian pembagian *masyaqah* (kondisi sulit) ke dalam dua katagori, yaitu; *mulazimah li al-Taklif* (selalu mengikuti pembebanan hukum) dan *ghoiru mulazimah li al-Taklif* (tidak selalu mengikuti pembebanan hukum) adalah istilah yang pernah digunakan oleh al-Izz bin Abdu al-Salam dalam bukunya *Qawaid al-Ahkam*.

Sebetulnya masih banyak lagi intelektual Muslim di abad modern yang menekuni kajian *maqashid al-syari'ah.* Mereka tidak hanya berasal dari kawasan Arabia tapi juga Asia Selatan seperti Muhammad Khalid Masud (Pakistan) yang bukunya banyak dijadikan referensi di perguruan tinggi di Indonesia. Hal ini menunjukkan bahwa *maqashid al-syari'ah* telah mengilhami kalangan Muslim untuk lebih terbuka dalam memahami persoalan hukum Islam aktual sekalipun agak bertentangan dengan latar belakang mazhab teologi yang dianutnya.

C. HAM DENGAN PENDEKATAN *MAQASHID AL-SYARI'AH*

Deklarasi HAM internasional yang terdiri 30 pasal itu diklaim sebagai deklarasi nilai-nilai universal dengan dua alasan. *Pertama*, mencerminkan hak universal dalam masalah persamaan, kemuliaan manusia, seperti hak politik, kebebasan dari perbudakan, beragama, berekspresi, menikah, berkumpul, memilih kewarganegaraan, hak persamaan dalam hukum, perlindungan dari tirani penguasa, perlindungan atas hak milik, serta hak berartisipasi dalam pemerintahan dan politik.

Kedua, mencerminkan pemberian hak setiap orang atas haknya tanpa deskriminasi dalam bentuk apapun, seperti hak ekonomi, hak sosial dan kebudayaan antar bangsa, hak bekerja dan mendapatkan upah yang sesuai, hak membentuk dan mengadakan kerjasama perdagangan, hak mendapatkan kebutuhan standar hidup, mendapatkan pendidikan dan hak berpartisipasi, serta hak untuk berbudaya.

Butir-butir *Human Right* yang dideklarasikan itu pada dasarnya sejalan dengan misi *mashalih* dan *maqashid al-syari'ah* dalam ajaran Islam. Seperti dijelaskan al-Syathibi, *mashalih* dan *maqashid al-syari'ah* terbagi dalam 3 (tiga) tingkatan, yaitu; *dharuri* (primer), *hajji* (skunder), dan *tahsini* (tersier). Pertama, *Maqashid dharuri* disebut primer karena mutlak dibutuhkan demi kelangsungan kehidupan dunia dan akhirat. Jika setiap manusia dituntut taat menjalankan syari'at maka sesunghuhnya di balik tuntutan itu terdapat kemaslahatan yang pasti akan kembali kepada dirinya dan di sekelilingnya. Katagori *Maqashid dharuri* terbagi menjadi 5 (lima), yaitu: memelihara agama (*hifdz al-din*), memelihara kehidupan (*hifdz al-nafs*), memelihara akal (*hifdz al-aql*), memelihara keturunan dan harta (*hifdz al-nasl wa al-mal*), dan memelihara kehormatan (*hifdz al-ghardh*). Para ulama telah menyepakati kelima nilai-nilai *maqashid* ini secara universal. Begitu pula butir-butir hak individu manusia yang diatur dalam deklarasi HAM internasional juga dapat diterima dengan pendekatan *Maqashid*

dharuri, seperti jaminan perlindungan beragama, perlindungan menjadi warga negara, perlindungan mengemukakan pendapat, perlindungan berkeluarga dan memiliki keturunan, dan jaminan perlindungan sosial.

Kedua, *Maqashid hajjiyah* dinamakan begitu karena dibutuhkan untuk memperluas (*tawassu'*) tujuan syari'at dan menghilangkan keketatan makna harfiyah yang penerapannya dapat membawa rintangan dan kesulitan dan akhirnya kerusakan (*mafasid*). Jadi, jika *hajjiyat* tidak dipertimbangkan bersama dengan *dharuriyat*, maka manusia secara keseluruhan akan menghadapi kesulitan, sekalipun rusaknya *hajjiyat* tidak merusak seluruh *mashalih*. Dalam ushul fiqh, *maqashid hajjiyat* biasa dibuatkan contoh, antara lain, dibolehkan hutang-piutang dan berkongsi dalam hukum perdata, serta dibolehkan mengunakan alat bukti yang lemah dalam pengambilan penetapan kasus pidana. Pendekatan *maqashid hajjiyat* bisa digunakan untuk pemenuhan hak asasi manusia berupa pekerjaan, pendidikan, kesehatan, dan jaminan sosial yang lain.

Ketiga, Maqashid *tahsiniyyat* berarti mengambil apa yang sesuai dengan kebiasaan (adat) yang paling baik dan menghindari cara-cara yang tidak disukai orang-orang yang bijaksana. *Mashalih* ini meliputi kebiasaan-kebiasaan yang mulia (etika dan moral), seperti kesopanan menutup aurat, kesopanan dalam abad makan-minum, larangan untuk menjual barang dan benda yang kotor dan najis, dan sebagainya.

Pada tingkatan *maqashid* ketiga ini diakui berlawanan dengan nilai situasional yang dianut dalam deklarasi HAM internasional. Sebab pada Pasal 30 dinyatakan: "*Tidak sesuatu pun dalam deklarasi ini boleh diartikan memberikan kepada salah satu Negara, golongan ataupun seseorang, suatu hak untuk melakukan kegiatan atau sesuatu perbuatan yang bertujuan untuk merusak salah satu hak dan kebebasan yang termaktub dalam deklarasi ini.*" Dengan kata lain, *Declaration of Human Right* yang ditetapkan pada 10 Desember 1948

ini memberikan kebebasan kepada tiap-tiap individu untuk menjalankan hak-haknya tanpa terikat dengan etika karena etika hanyalah adat kebiasaan yang telah tumbuh dan dipandang benar secara alamiah, bukan oleh "polisi moral".

Satu argumentasi yang benar, bahwa menurut al-Syathibi segala hal yang berhubungan dengan *mashalih* dunia bukan sesuatu yang murni dan dapat bercampur dengan ketidak-nyamanan dan kesulitan, baik besar maupun kecil, baik mendahului, menyertai maupun mengikuti mashalih tersebut. Sama halnya *mafasid* (lawan dari *mashalih*) yang juga tidak murni, melainkan juga bercampur dengan sejumlah kenyamanan dan kenikmatan tertentu. Seluruh fenomena di dunia ini menunjuk kepada fakta bahwa dunia diciptakan dari gabungan hal-hal yang berlawanan dan tidak otomatis dapat diurai untuk dipisahkan begitu saja. Karena alasan inilah *mafasid* dan *mashalih* di dunia ini diketahui hanya berdasarkan sisi yang dominan. Jika sisi *mashalih* yang dominan, maka soal yang dibicarakan lazimnya dipertimbangkan sebagai *mashlahah*. Akan tetapi jika sisi *mafasid* yang dominan, maka obyek yang dibicarakan dipertimbangkan menjadi *mafsadah*.

Jadi dalam masalah-masalah ini faktor penentunya adalah adat kebiasaan yang berlaku, yaitu khusus pada perbuatan-perbuatan yang berkaitan dengan adat pula. Sedangkan perbuatan-perbuatan yang bukan adat tidak terpengaruh dengan prinsip ini. Para ulama sepakat menolak upaya-upaya penakwilan kembali nas-nas atau dalil hukum yang sudah *qath'I al-dalalah*. Dengan kata lain jika point-point hak asasi manusia itu telah dibatasi oleh aturan-aturan yang telah ditetapkan melalui al-Qur'an dan al-hadits maka tidak bisa diterima begitu saja.

Selain itu ketidaksesuaian antara *Maqashid tahsiniyyat* dengan *Declaration of Human Right* terdapat pada sisi formalism yang diterapkannya. Dalam artian batasan-batasan normatif tidak perlu diindahkan selagi tidak atur dalam peraturan perundang-undangan.

Terlebih lagi dalam deklarasi HAM internasional juga melarang Negara, golongan dan seseorang untuk mengahalangi dan merusak salah satu hak dan kebebasan yang termaktub dalam deklarasi ini.

Betapapun norma atau etika bisa berupa kesusilaan dan bisa berupa norma hukum. Islam sangat menjunjung norma kesusilaan di samping norma hukum. Norma kesusilaan berlaku melalui kesadaran diri, yang dalam Islam dibagi antara mubah, sunnah, dan makruh. Sedangkan norma hukum berlaku melalui paksaan dari pihak luar yang terbagi ke dalam ketentuan; (a) mubah, (c) wajib, fardhu, dan sah), dan (c) haram dan tidak sah. Norma hukum bertujuan mewujudkan cita kedamaian antar pribadi. Dalam keadaan damai selalu terdapat keadaan kedamaian, keamanan, dan ketentraman. Premis inilah yang melatarbelakangi *maqashid al-syari'ah,* dengan catatan tetap harus ada unsur pemaksa dari pihak luar. Jadi lebih tepatnya dalam Islam tidak hanya hak asasi akan tetapi hak dan kewajiban asasi manusia.

Dalam perspektif Islam untuk menuntut haknya manusia harus melakukan kewajiban. Seseorang boleh jadi kehilangan haknya karena ia telah merampas hak orang lain. Makanya seseorang berkewajiban ketika ia menuntut haknya yaitu ia harus pula menunaikan kewajibannya, berupa memenuhi hak orang lain. Jadi ada pola keseimbangan antara hak dan kewajiban.

Terlebih lagi kedudukan manusia dalam Islam dipandang sebagai *mukallaf* (obyek yang dipaksa pihak lain). Dalam teologi Islam pada umumnya, Allah adalah yang memaksa, manusia adalah pihak yang dipaksa, dan perbuatan manusia merupakan tolok ukur paksaan (*taklif*).

Dalam bahasan *maqashid al-syariah* yang dikemukakan al-Syathibi, kedudukan manusia sebagai mukallaf erat kaitannya dengan *taklif* dan kewajiban dalam terminology *ilm al-Ushul*. Al-Syathibi mengungkapkan masalah *taklif* dengan pendekatan *qudrat* (kemampuan) dan *masyaqat* (hambatan). Ia menganalisis *taklif*

dengan pendekatan *qudrat* sebab kewajiban apa pun yang dibebankan kepada manusia sudah disesuaikan dengan *qudrat*-nya manusia itu sendiri.

Begitupun *taklif* dengan pendekatan *masyaqqat,* menurutnya, hambatan melakukan kewajiban bukan karena manusia tidak mampu akan tetapi karena atas pertimbangannya sendiri. Dengan kata lain, semampu apapun manusia untuk melakukan segala sesuatu tetap saja ia harus mengukur kemampuan dan rintangan. *Dus*, kemampuan dan rintangan ini adalah situasi manusia dipaksa, sehingga manusia tidak sekedar bebas menunaikan haknya tetapi juga terikat dengan kewajiban yang memaksanya untuk mengindahkan.

Dengan demikian ada benarnya bila dikatakan HAM menurut Islam belum sempurna. HAM menjadi sempurna bila menjadi HAKAM atau Hak Asasi dan Kewajiban Manusia sebab ada ungkapan yang menyatakan; "*Betapapun kebebasan seseorang dibatasi oleh kebebasan orang lain*" (*hurriyyat al-mari mahdudat bi hurriyat ghairih*).

Apa yang dikemukakan di atas sebenarnya ruang lingkupnya masih terbatas pada *al-huquq al-basyariyat* (hak-hak manusia) yang dalam perspektif *maqashid al-shariah* masih terbilang *mashalih* duniawiyah, belum menyangkut *mashalih* ukhrawiyah. Sebagai nilai universal HAM Internasional belum bisa dianggap sempurna karena masih terdapat nilai-nilai lain yang berkembang di seantero jagat dan masih dipertahankan keberadaannya oleh banyak kelompok masyarakat.

Sistem universal seperti HAM sampai saat ini bisa dikatakan tidak tuntas, bahkan mungkin tidak akan pernah selesai karena pergerakan perubahan di dalam suatu tatanan masyarakat berikut nilai-nilai yang mereka anut yang tidak pernah berhenti. Permasalahan mendasar dalam system universal ini adalah banyak Negara-negara berkembang dan dunia ketiga yang tidak

mendapatkan hak untuk melakukan perubahan dalam tata nilai yang berlaku. Di samping itu sebagai pengusung system universal Negara-negara adidaya juga acapkali tidak konsisten menjalankan HAM melalui tindakan standar ganda (*double standard*).

Oleh sebab itu melalui kajian HAM dengan pendekatan *maqashid al-syariah* diharapkan umat Islam secara persuasif dapat beradaptasi dan mampu menjadi pelopor pengakuan hak asasi manusia sekaligus perlindungan hak asasi manusia. Hal ini mengingat ajaran Islam mengenalkan HAM dengan dua pendekatan yaitu *mashalih* duniawiyah sekaligus *mashalih* ukhrawiyah. Umat Islam tampil di dunia menjadi rahmat bagi umat dan bangsa-bangsa lain, sementara di akhirat kelak tampil sebagai umat yang mulia yang disayangi Allah Swt.

BAB I
HUKUM ISLAM DALAM KEMAJEMUKAN HUKUM DI INDONESIA

Juhaya S Praja, berpendapat bahwa hukum Islam Indonesia di zaman kemerdekaan disebut telah melewati dua periode: *Pertama*, periode penerimaan hukum Islam sebagai sumber persuasif (*persuasive source*) dalam konstitusi; sejak tanggal 22 Juni 1945 pada saat ditandatangani *gentlemen agreement* antara pemimpin nasionalis-Islam dengan nasionalis sekuler, sampai 5 Juli 1959 sebelum Dekrit Presiden RI diundangkan. Penting untuk dipahami bahwa sekalipun selama empat belas tahun di awal masa kemerdekaan konstitusi Negara RI adalah UUD 1945 akan tetapi hukum Islam yang diamanatkan dalam Piagam Jakarta sebagai salah satu hasil siding BPUPKI hakekatnya menjadi *persuasive source* bagi *grondwet-interpretatie* dari UUD 1945.

Kedua, periode penerimaan hukum Islam sebagai sumber autoritatif (*authoritative source*) dalam hukum tata Negara ketika ditempatkannya Piagam Jakarta dalam Dekrit Presiden RI tanggal 5 Juli 1959 sebagaimana dapat disimak dalam konsideran Dekrit seperti berikut ini:

"Bahwa kami berkeyakinan bahwa Piagam Jakarta tertanggal 22 Juni 1945 menjiwai Undang-undang Dasar 1945 dan adalah merupakan suatu rangkaian kesatuan dalam Konstitusi tersebut."

Kata "menjiwai" secara negatif berarti bahwa tidak boleh dibuat aturan perundangan dalam Negara RI yang bertentangan dengan hukum Islam bagi pemeluk-pemeluknya. Secara positif berarti bahwa pemeluk Islam diwajibkan tunduk kepada hukum Islam. Oleh karena itu sangat wajar apabila di Negara RI ada hukum Islam dalam pemberlakuan hukum nasional. Negara Indonesia yang berasaskan Pancasila bukanlah Negara Islam akan tetapi di tengah masyarakat berlaku hukum Islam Indonesia. Hal ini dapat dilihat dalam hukum tidak tertulis, dalam praktik ketatanegaraan, praktik sosial-kultural, dan dalam peraturan perundang-undangan yang menunjukkan eksistensi hukum Islam Indonesia.

A. PENERIMAAN HUKUM ISLAM SEBAGAI SUMBER PERSUASIF (*PERSUASIVE SOURCE*)

Penerimaan hukum agama oleh masyarakat Indonesia secara politis baik sebagai sumber persuasif maupun sumber otoritatif tak bisa dilepaskan dari aspek kesejarahan. Sebelum Indonesia terbentuk, masyarakat di seluruh Nusantara telah memiliki aturan hukum berupa nilai, norma, kebiasaan, adat-istiadat dan ajaran agama. Sebagai contoh di seluruh wilayah Kerajaan Majapahit berlaku kitab perundang-undangan Majapahit Raja Hayam Wuruk, yang disebut "Agama" (Mpu Prapanca, *Nagarakretagama*).

Masuknya Islam ke Indonesia juga membawa pengaruh besar dalam tata nilai kehidupan masyarakat. Terutama dengan berdirinya kerajaan-kerajaan Islam Nusantara yang menganut mazhab berbeda. *Pertama*, Kerajaan Islam bermazhab Syi'ah. Pada akhir abad ke-12, di pantai timur Sumatera terdapat kerajaan Islam bernama Perlak (Peureulak). Rajanya merupakan keturunan pegadang Arab dengan bergelar *mohrat/meurah/marah* (raja). Raja Perlak pertama Sayid

Abdul Aziz dan pewarisnya Alaiddin Syah hingga Aliaddin Mughayat Syah merupakan penganut Syi'ah. Selain Perlak, Kerajaan Pasai pada mulanya juga berhaluan Syiah. Didirikan oleh laksamana laut Nazimuddin al-Kamil sebagai Negara bawahan Dinasti Fathimiyyah di Mesir yang berhaluan Syi'ah pada 1128. Seiring jatuhnya Dinasti Fathimiyyah ke tangan dinasti Mamalik yang berhaluan Syafi'iyah pada 1285, Kerajaan Pasai di masa Malikus Saleh berganti haluan menjadi Syafi'iyah. Selain kerajaan Islam di Sumatera, mazhab Syiah juga sempat menjadi dasar kerajaan Pajang di Jawa di bawah kekuasaan Sultan Hadiwijaya. Hal ini pula yang melatarbelakangi berdiri kerajaan Cirebon dan Banten karena pewaris kerajaan Demak di Pajang telah menjadikan Syiah sebagai mazhab resmi kerajaan (Slamet Muljana: h. 240-2).

Kedua, kerajaan Islam berhaluan Syafi'iyah. Yaitu Kerajaan Perlak setelah terjadi perpecahan antara keturunan Sayyid Abdul Aziz dengan keturunan Marah Perlak yang mengakibatkan terbaginya kerajaan Perlak menjadi dua, yaitu Perlak Baroh/Selatan dan Perlak Tunong (utara). Begitu juga dengan Kerajaan Pasai semenjak dipimpin Malikus Saleh, Pasai menganut Syafi'iyah. Ulama-ulama Syi'ah seperti Hamzah Fansuri dan Syamsudin al-Sumaterani digantikan pengaruhnya oleh ulama Syafi'iyah Nuruddin al-Raniri.

Ketiga, kerajaan Islam berhaluan Hanafiyah. Menurut Slamet Muljana, Kerajaan Islam pertama di Jawa, yakni Demak dianggap berhaluan Hanafiyah. Raja pertamanya Raden Fatah adalah keturunan Mongolia Islam yang umumnya bermazhab Hanafiyah (Slamet Muljana: 165). Ia memperkuat tesisnya dengan dalil berupa pemakaian bahasa lokal untuk penyampaian khutbah jum'at, yang merupakan pendapat ulama Hanafiyah. Akan teapi tesis Slamet Muljana ini terbantah dengan adanya manuskrip berisi hukum Islam dengan judul, *Surya Ngalam* di Leiden University bercode LOr 2126. *Surya Ngalam* yang berisi hukum Islam mazhab Syafi'i dan banyak menukil dari pendapat kitab *al-Muharrar* dan *Taqrib* diyakini berasal dari kerajaan Demak pada zaman Raden Fatah. Data ini diperkuat

dengan keberadaan manuskrip lain, yaitu *Kuntara* (berisi Hukum Islam), *Raja Niti* (Hukum *Dri-gama*), dan *Jugul Muda* (Hukum *Karinah*) yang juga tersimpan di Leiden University dengan Code LOr 4280. Pigeaud dalam tulisannya, *Literature of Java*, juga mencatat bahwa wilayah pesisir Jawa dan pecahan kerajaan Demak yang meliputi Pajang, Cirebon dan Mataram dari dulu sudah melakukan penyalinan kitab-kitab fiqh mazhab Syafi'i seperti *al-Muharrar*, *Tuhfah, Taqrib* dan lain-lain.

Pada prinsipnya hukum Islam merupakan bagian dari aturan hukum yang hidup di tengah-tengah masyarakat Indonesia yang dijalankan oleh pemeluknya. Penerimaan hukum Islam sebagai sumber otoritatif (*authoritative source*) ini diperkuat dengan keberadaan teori-teori besar (*Grand Theory*) keberlakuan hukum Islam di Indonesia, sebagaimana berikut:

Pertama, Teori Syahadat atau Kredo. Teori ini dibangun dari persepsi awal bahwa setiap orang yang telah memeluk Islam dengan mengucapkan dua kalimat syahadat berarti menjadi seorang Muslim, dimana secara Syariah harus tunduk kepada ajaran Islam dalam kedudukan sebagai "Mukallaf" (obyek syariah). Teori ini dikembangkan Juhaya S. Praja, didasarkan pada teori H.A.R. Gibb mengenai otoritas hukum dan teori non-teritorial hukum dari Imam Syafii.

Penyerapan hukum Islam di Nusantara dibuktikan dengan ditegakkan dan dilaksanakannya hukum Islam sekalipun baru dipeluk; melalui lembaga peradilan Islam yang paling sederhana yaitu *tahkim* pada awal-awal terbentuknya komunitas Muslim di pelosok Nusantara. Lembaga Tahkim sudah dikenal sejak zaman Majapahit. Tepatnya di salah satu tanah perdikan Majapahit, yaitu Ampel Denta. Tokoh yang pertamakali menjalankan fungsi muhakam adalah Petinggi Jipang.

Ia merupakan tokoh sekaligus ulama yang mengajarkan hukum Islam di daerah Ampel Denta yang saat itu masih di bawah

kekuasaan Majapahit. Setelah itu bermunculan kampung-kampung Islam di masa kerajaan Majapahit, seperti Gresik, Surabaya, Demak, dan Kudus, dan untuk memenuhi kebutuhan pimpinan keagamaan yang menegakkan hukum Islam diadakanlah pranata Tahkim. Pranata Tahkim semakin kuat ketika bermunculan kerajaan-kerajaan Islam. Di setiap kerajaan Islam yang berdiri selalu diadakan lembaga peradilan Islam, di samping mufti sebagai penasehat dan memberi pertimbangan masalah keagamaan. Sebutannya bermacam-macam, antara lain: *penghulu* (Melayu), *Kadhi Uleebalang* (Aceh), *panghulu* (Sunda), *pangoloh* (Madura), dan *pangulu* (Jawa). *Kanjeng Penghulu* atau *Penghulu Ageng* (Kerajaan Mataram), *Pakeh Najmudin* (Banten), dan sebagainya.

Pranata penegak hukum Islam di masa kerajaan Islam secara terstruktur terwakili dari model susunan jabatan keagamaan di Kerajaan Mataram yang dimulai dari tingkat paling bawah, yakni desa. Jabatan keagamaan ditingkat desa disebut *kaum, amil, modin, kayim, lebai* dan sebagainya. Pada tingkat kecamatan atau kawedanan selalu ada *penghulu naib*. Pada tingkat kabupaten selalu terdapat seorang *penghulu*. Pada tingkat pemerintahan pusat terdapat seorang yang menjabat sebagai *kanjeng penghulu* atau *penghulu ageng*. Pada masa kerajaan Mataram masih berdaulat, kanjeng penghulu atau penghulu kabupaten berfungsi pula sebagai hakim.

Kedua, Teori Receptie in Complexu yang dicetuskan oleh L.W.C. van den berg dan berkembang pada abad ke-19 saat meletus perang Aceh (Sayuti Thaib (1985): 5). Menurutnya bahwa "hukum mengikuti agama seseorang, kalau dia orang Islam maka hukum Islam lah yang berlaku baginya." Dalam pengamatan van den Berg orang Islam bumiputra telah menerima (meresepsi) hukum Islam sebagai satu kesatuan, atau dalam bahasa latin disebut *receptio in complexu.* Teori van den Berg ini menyempurnakan teori-teori antropolog hukum sebelum dirinya yang menyatakan bahwa "bagi orang Islam berlaku penuh hukum Islam sebab dia telah memeluk

Islam walaupun dalam pelaksanaannya masih terdapat penyimpangan. Teori ini berangkat dari persepsi bahwa kelangsungan hukum Islam dalam kehidupan komunitas elit istana kerajaan berbeda daripada praktik hukum Islam di kalangan masyarakat umumnya.

Analisis antropolog generasi pertama asal Eropa yang ditugasi meneliti budaya masyarakat Indonesia menyebut fakta begitu. Raffles, seperti diungkapkan Y. Fungsen, menjelaskan bahwa syari'at Islam belum pernah dilaksanakan secara menyeluruh di kalangan masyarakat pribumi, kecuali dalam hal sunatan, puasa, larangan makan daging babi, dan sejumlah perayaan hari besar Islam, khususnya Maulid Nabi (Harry J. Benda; 1985). Walaupun begitu mereka mengakui kelangsungan hukum Islam di Indonesia. Pandangan ini juga dianut oleh petinggi di masa Hindia Belanda. Sholten van Cud Harlem, misalnya, mengusulkan agar semaksimal mungkin masyarakat bumiputra tetap hidup dalam lingkungan hukum agama dan adat-istiadat mereka. Pendapat Scholten ini didukung pula oleh Salomon Keyzer.

Pemikiran Scholten mempengaruhi pemerintah Hindia Belanda dalam penyusunan Regeering Reglement (RR) 1855 yaitu peraturan yang menjadi dasar bagi pemerintah Belanda menjalankan kekuasaannya di Indonesia, khususnya pasal 75 dan 78 ayat (2). Disebutkan dalam peraturan itu bahwa hukum Islam dirumuskan dengan "*Godsdienstige wetten*" yang berlaku bagi bumiputra beragama Islam. Di zaman pendudukan Belanda mereka juga mengutus ahli antropologi. Orang pertama yang dikirim adalah K.F. Holle yang disusupkan sebagai pengawas perkebunan di daerah Rangkas tetapi menjali tugas khusus mengamati budaya masyarakat lokal. Ia berhasil mengumpulkan tulisan-tulisan manuskrip keagamaan masyarakat Sunda, Antara lain:

a) *Pahsarat*, bertuliskan Latin menggunakan bahasa Sunda jenis tembang yang berisi tentang pajak bumi, peraturan tanah kopi,

keamanan desa, kebersihan, agama, tatacara penjualan hewan, pergi haji dan lainnya;

b) *Hukum Syara', Adat-Akal,* ditulis menggunakan huruf Arab berbahasa Sunda yang membahas ajaran Islam yang dihubungkan dengan adat (hukum adat), *al-'Adat al-Muhakkamat* (qaidah al-ushul) dan akal manusia *la dina liman la aqla lah* (hadits).

c) *Fiqih,* ditulis menggunakan huruf dan bahasa Sunda berisi masalah hukum Ibadah;

d) *Ilmu Fiqh,* ditulis menggunakan bahasa Sunda berisi masalah hukum Islam; dan lain-lain.

K.F. Hole melihat hukum Islam betul-betul berlaku bagi penduduk pribumi walaupun ada banyak penyimpangan. Bahkan menurutnya, sewaktu ia ditugasi sebagai *adviseur honorair voor Arbische zaken,* loyalitas masyarakat kepada pemimpin agama mereka menjadi ancaman buat pemerintah Belanda. Oleh sebab itu telah memutarbalikkan fungsi bupati sebagai "*hoolfden der godsdienst*", dari terjemah aslinya yaitu "kepala agama" diubah menjadi "pengawas agama." Terjemahan Hole ini tidak saja dipatenkan dalam terjemahan resmi *Indische Staatsregeling* tapi juga dalam perkembangan politik di Indonesia (Karel A. Steenbrink). Dalam hal ini penghulu dalam fungsinya sebagai hakim agama yang semestinya diangkat bupati, namun karena terjemahan itu pengangkatannya dialihkan menjadi hak residen atau gubernur. Sementara bupati berperan sebagai pengawas penghulu yang dianggap tidak loyal kepada Belanda.

Setelah tugas K.F. Hole sebagai *adviseur honorair* pada kantor *voor Arbische zaken* berakhir 1878, diangkatlah L. W. C. Van den Berg sebagai penggantinya. L.W.C. Van den Berg menyempurnakan pendapat-pendapat sebelumnya dengan membuat teori *Receptie in Complexu.* Teorinya berdasarkan data-data yang dia dapatkan dari kumpulan hukum untuk pedoman pejabat dalam menyelesaikan

urusan-urusan hukum rakyat pribumi yang tinggal di dalam wilayah kekuasaan VOC yang dikenal dengan Nederlandsch Indie sampai praktik keagamaan yang terjadi pada abad ke-18. Kumpulan hukum di masa VOC, adalah:

a) *Compedium Priejer* yang merupakan kitab hukum kumpulan hukum perkawinan dan kewarisan Islam oleh Pengadilan VOC (*Resolutic der Indische Regering* tanggal 25 Mei 1760);
b) *Cirbonch Rechtboek* yang dibuat atas usulan Residen Cirebon (Mr. P.C. Hoselaar, 1757-1765);
c) *Compedium der Voornaamste Javaansche Wetten Nauwkeuring Getroken uit het Mohammedaansche Wetboek Mogharraer* yang dibuat untuk Landraad Semarang (tahun 1750);
d) *Compedium Inlandsche Wetten bij de Hoven van Bone en Goa* yang disahkan VOC untuk diberlakukan di daerah Makasar.

Di samping L.W.C. Van den Berg mengusung teori *receptio in complexu,* ia juga yang mengusulkan reorganisasi pengadilan penghulu dengan sistem *priesterraaden* dalam ketentuan Staatsblad 1882 No. 152.

Ketiga, Teori Receptie. Tokoh yang memiliki kontribusi besar terlahirnya teori ini adalah Snouck Hurgronje, sekalipun ia tidak pernah mengistilahkan teorinya ini. Istilah teori *receptie* dimunculkan oleh Hazairin atas komentarnya terhadap pikiran Snouck tentang hukum di Aceh dan Gayo yang terdapat dalam buku *De Atjehers* dan *Het Gajoland*. Dalam buku *De Atjehers*, Snouck mengemukakan bahwa "terdapat keluarga, kampong, wilayah yang berdasarkan atas sebagian besar adat pribumi dan sebagian kecil atas hukum Islam. Juga di sana tidak dianjurkan menuruti keinginan para tengku dan ulama untuk menghapuskan adat, karena condong adat yang berlaku." Dalam buku *Het Gajoland*, Snouck menuturkan: "bahwa sekalipun orang Gayo pernah mendengar apa yang disebut

hukom pra'il (faraid), tetapi seperti orang Minangkabau, untuk sementara belum dapat diharapkan di tanah Gayo."

Bagi Snouck, hukum adat sudah terlebih dahulu hidup di masyarakat berupa dongeng, peribahasa dan pepatah yang berkembang dari mulut ke mulut. Karena tidak dibukukan maka hukum adat yang berkembang dari mulut ke mulut itu berlaku sangat fleksibel dan bahkan bisa berubah pengertiannya. Kelenturan adat inilah yang menjadikan hukum Islam mudah diterima. Jadi, hukum yang berlaku di masyarakat ialah hukum adat yang menerima hukum Islam. Atau hukum Islam berlaku apabila diterima hukum adat. Menurut Snouck disebut adat hanya dalam kaitan dengan hukum manusia, sedangkan hukum syara' yang diperuntukkan bagi Allah. Ia juga menambahkan bahwa hukum Islam terlalu baik untuk diterapkan di zaman yang terus berubah. Pemberlakuan hukum Islam secara efektif hanya berlangsung selama 30 tahun dari zaman Muhammad. Selanjutnya hukum Islam hanya dibincangkan dalam pendidikan dan bukan dalam praktik hukum yang sebenarnya.

Sekalipun begitu, agar hukum adat tidak tergerus dari proses penerimaannya terhadap hukum Islam, Snouck menghendaki agar hukum adat dibukukan. Gagasannya ini diteruskan oleh penerusnya, yaitu van Vollenhoven dan Betrand ter Haar Bzn melalui penyusunan hukum adat. Kedua tokoh ini memperkuat pemberlakuan hukum adat sebagai satu-satunya hukum orang pribumi yang diakui, dan hukum Islam baru diakui jika telah menjadi hukum adat. Pengaruh kuat pemikiran tokoh hukum adat ini terjelma dalam pasal 132 ayat (2) Indische Staatsregeling (IS) Tahun 1929 yang menyatakan: "dalam hal terjadi perkara perdata antara sesama orang Islam, akan diselesaikan oleh hakim agama Islam apabila hukum adat mereka menghendakinya dan sejauh tidak ditentukan lain dengan suatu ordonansi."

Pelaksanaan ketentuan dari IS Tahun 1929 ini diatur melalui Staatsblad yang tetapkan pada 1937. Yaitu berupa dicabutnya

wewenang menyelesaikan masalah warisan dari kewenangan peradilan agama di Jawa dan Madura (Staatsblad 1937 no. 166 dan no. 610 jo Staatsblad 1940 no. 3). Hal yang sama berlaku juga pada peradilan agama di Kalimantan Selatan dan Timur (Staatsblad 1937 no. 638 jo no. 639). Menurut Daniel Saul Lev, pencabutan wewenang peradilan agama untuk menyelesaikan kasus waris atas dasar Staatsblad 1937 tidak pernah berlaku. Peradilan Agama di Jawa masih menerima permohonan penyelesaian kasus waris. Pada mulanya berbentuk "fatwa waris", namun lama kelamaan fatwa waris itu diberikan dalam surat tertulis berupa; "Surat Keterangan Ahli Waris" atau "Surat Keterangan tentang Pembagian Mal-Waris dengan Perdamaian." (Daniel S. Lev: h. 247-149).

Keempat, Teori *Receptie Exit* yang merupakan teori sanggahan terhadap teori Receptie. Pertamakali dikemukakan oleh Hazairin (1905-1975) sebagai bantahan atas argumentasi yang banyak dikemukakan oleh para murid Betrand ter Haar Bzn yang menjabat di Kementerian Kehakiman sampai era 1960-an. Menurut mereka, bahwa garis besar dari susunan keluarga di Indonesia terdiri dari bilateral, patrilineal, dan matrilineal, dan pola-pola hukum kewarisan pada umumnya mengikuti susunan-susunan itu. Sedangkan menurut Hazairin model kewarisan Islam bukanlah patrilineal murni yang yang hanya berdasarkan pada garis keturunan Bapak, dan bukan pula matrilineal murni yang hanya berdasarkan pada garis keturunan Ibu.

Hazairin menolak model kewarisan unilateral yaitu yang menerapkan sistem kewarisan patrilineal murni atau matrineal murni. Ia terang-terang mengemukakan bahwa sistem kewarisan Islam ialah bilateral dimana kewarisan bisa didapat setiap orang dari hubungan dirinya sebagai keturunan Bapak atau keturunan Ibu. Pemikiran Hazairin mendapatkan momentum dari satu usulan atas sebuah Rancangan Undang-undang Hukum Keluarga dalam Rencana Pembangunan 8 Tahun sebagai amanat dari Tap MPRS No. 2 Tahun 1960. Tap MPRS itu menghendaki agar hukum waris diperhatikan

mengingat faktor-faktor agama. Menurut Hazairin dengan adanya Tap MPRS No. 2 Tahun 1960 teori *Receptie* tidak berlaku lagi. Bahkan sejak 1945 teori *Receptie* seyogyanya tidak lagi dianut karena bertentangan dengan pasal 29 ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan bahwa: Negara berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa."

Kelima, Teori *Receptie a Contrario.* Teori ini merupakan pengembangan dari teorinya Hazairin, *Receptie exit*. Sayuti Thaib dalam tulisannya *Receptie a Contrario: Hubungan Adat dengan Hukum Islam*, berupa penelitiannya tentang perkawinan dan waris disimpulkan bahwa: (a) Bagi orang Islam berlaku hukum Islam, (b) Hukum Islam berlaku sesuai dengan cita hukum, cita moral dan batin umat Islam, (c) Hukum adat berlaku jika tidak bertentangan dengan ajaran Islam.

Berdasarkan ketiga uraian tersebut, Sayuti menguatkan pandangan gurunya, Hazairin, bahwa teori Receptie Hurgronje merupakan teori iblis karenanya bukan berasal dari kemauan hukum syariat serta akal sehat. Pada gilirannya dapat dipahami bahwa hukum Islam tetap berdiri sendiri dan tidak ditundukkan oleh hukum adat, akan tetapi hukum Islam-lah yang sesungguhnya telah mewarnai hukum adat.

B. PENERIMAAN HUKUM ISLAM SEBAGAI SUMBER OTORITATIF (*AUTHORITATIVE SOURCE*)

Penerimaan hukum Islam sebagai sumber otoritatif dalam sistem hukum nasional ditandai semenjak diundangkannya UU No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan. Sekalipun di tengah masyarakat masih terdapat kelompok masyarakat yang belum sepenuhnya menerima unifikasi hukum perkawinan dengan berbagai argumentasi; diantaranya UU itu dianggap belum memenuhi berbagai aspektual hukum perkawinan Islam seperti poligami, perceraian, kewarisan sebagai akibat hubungan perkawinan, dan

sebagainya. Berbagai pendekatan dilakukan pemerintah untuk merespon apa yang terjadi di masyarakat.

Salah satu pendekatannya adalah memasukkan teori *legal reform* dan pembangunan hukum Mochtar Kusumaatmaja dalam kuliah-kuliah fakultas hukum dan fakultas syariah supaya calon "penegak hukum Islam" satu *koor* di dalam strategi pembangunan hukum yang digalakkan pemerintah. Pemerintah juga menetapkan beberapa peraturan (PP. No. 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UU No. 1/1974 tentang Perkawinan, PP No. 10 Tahun 1983 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil dan PP No. 45 Tahun 1990 tentang Perubahan atas PP No. 10 Tahun 1983 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil). Terutama, peraturan tentang ijin perkawinan dan perceraian bagi PNS, tentara, dan polisi dipandang strategis sebab mereka yang disebut itu merupakan figur terpandang dan kelompok elit di tengah masyarakat pedesaan.

Setelah timbul pemahaman bersama, khususnya di kalangan elit masyarakat, tentang strategi pembangunan hukum melalui UU Perkawinan, kemudian pemerintah juga mengeluarkan UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dan Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam. Dengan perspektif pembangunan hukum, pemerintah melakukan persemaian gagasan kepada tokoh-tokoh ulama tentang pentingnya membahasakan fiqh dalam peraturan perundang-undangan.

Sasarannya sebetulnya bukan mereka semata, melainkan "anak-anak dan santri-santri mereka" yang bertahun-tahun terdidik hukum secara *fiqhiyyah* dipancing belajar legislasi. Generasi ini setelah lulus pesantren, mereka belajar di fakultas Syariah dan fakultas Hukum dengan harapan sesudah menjadi sarjana hukum Islam dapat bekerja di instansi pemerintah, seperti pengadilan agama dan KUA di bawah Kementerian Agama. Terbukti semenjak era 1990-an hingga sekarang, studi maupun diskursus hukum Islam

mengalami perkembangan pesat. Mereka mampu dan fasih mengemukakan pandangan fiqh dengan perspektif hukum modern. Mereka banyak yang menjalani profesi hukum dan ikut terlibat mendorong lahirnya perundang-undangan hukum Islam, yaitu UU Zakat, UU Pengelolaan Wakaf, dan hukum ekonomi syariah yang lain.

Sejak tahun 2000-an terjadi pergeseran luar biasa dalam studi hukum Islam di Indonesia. Sekalipun dimensi politik dan filsafat masih menjadi bagian studi hukum Islam di Indonesia, akan tetapi kini bertambahan lagi studi hukum dan ekonomi syariah. Sebagai catatan, sekalipun hukum ekonomi sudah dikenal dalam *Burgerlijk Wetboek* (BW) dan *Wetboek van Koophandel* (WvK), akan tetapi secara nasional hukum ekonomi masih relatif baru dikaji, sekitar akhir tahun 1970-an. Perkembangan ini tidak lain juga masih ada hubungannya dengan teori pembangunan hukum. Hukum ekonomi mempunyai orientasi pembangunan sehingga pengkajian hukum ini sering ditegaskan sebagai mengkaji hukum ekonomi pembangunan. Pendekatan ini searah dengan fungsi hukum sebagai *agent for modernization* dan sebagai *tool of social engineering*. Apakah pendekatan ini juga berlaku dalam konteks perkembangan hukum ekonomi syariah di tahun 2000-an?

Ada yang berpendapat hukum ekonomi syariah tumbuh sebagai akibat dari kegagalan fungsi hukum sebagai *agent for modernization* dan sebagai *tool of social engineering,* sebagai akibat krisis ekonomi 1997/1998. Krisis ekonomi berdampak pada sendi-sendi kehidupan masyarakat; bukan hanya ekonomi, tetapi politik dan sosial lainnya. Dalam konteks ini, konsep pembangunan hukum Islam di Indonesia pun terpengarung mengalami perubahan-perubahan. Berikut ini adalah teori-teori hukum Islam Indonesia yang berkembang hingga sekarang:

Pertama, Teori Simpatis partisipatoris hukum Islam, di mana harus mampu merespons perkembangan zaman dan harus mampu mendorong proses pembangunan yang dijalankan Negara. Teori ini

berorientasi pada upaya untuk mem-*back up* seluruh kebijakan pembangunan yang dijalankan Negara. Pemikiran hukum Islam yang menyangkut teori ini adalah dipelopori tokoh-tokoh, yaitu Hasby Ash-Shiddieqy yang mengusung ide "Fiqh Indonesia", Hazairin yang mengusung ide "Fiqh mazhab nasional", Munawir Sazali yang mengusung ide "Reaktualisasi Ajaran Islam". Karakter dan kecenderungan teori ini adalah lahirnya "Fiqh Mazhab Negara".

Kedua, teori kritis emansipatoris menetapkan hukum Islam sebagai media kritik sosial. Hukum Islam dihadirkan sebagai sarana yang dapat digunakan untuk mengkritisi kebijakan Negara dan mampu memberdayakan masyarakat dalam berhadapan dengan Negara. Teori ini berorientasi pada hukum Islam yang mampu mendorong proses transformasi sosial menuju kehidupan yang demokratis dan egaliter tanpa ada tekanan dan kungkungan dari pihak lain. Pemikiran hukum Islam yang menyangkut teori ini dipelopori oleh Masdar F. Masudi melalui "Agama Keadilan", Sahal Mahfudz dan Ali Yafie di balik gagasan "Fiqh sosial".

Ketiga, Teori sublimasi hukum Islam ke dalam sistem formal. Hukum Islam tidak harus dalam bentuk formalistik dalam sistem hukum nasional, akan tetapi yang lebih penting adalah substansinya mampu menjiwai pengaturan hukum dan penegakannya seperti nilai *justice* atau *al-'adalah*, nilai kemakmuran dan kesejahteraan. Pemikiran hukum Islam yang menyangkut teori ini antara lain Yudian Wahyudi melalui "Maqashid Syariah dalam ideologi Pancasila", Ma'ruf Amin melalui "Dari Fiqh ke Praktik Ekonomi Syariah"; Ahmad Qadri A. Azizy melalui "Eklektisisme hukum".

C. PERUNDANG-UNDANGAN HUKUM ISLAM DI INDONESIA

Perundang-undangan mencakup semua hukum tertulis yang diterbitkan oleh lembaga negara dan pejabat negara, baik berbentuk *statute* (legislasi dan regulasi) maupun *beschikking/decree* (keputusan yang diterbitkan oleh pejabat administrasi). Dua bentuk

perundang-undangan ini juga yang dijadikan kriteria sumber perundang-undangan hukum Islam di Indonesia.

Untuk lebih jelasnya, sumber hukum Islam Indonesia baik berupa *statute* maupun *beschikking/decree,* dikelompokkan berdasarkan bentuk, isi, dan fungsi perudang-undangan. Selanjutnya peneliti dapat menentukan masalah perundang-undangan yang ingin diteliti, seperti asas hierarki perundangan, *legal-rasion*-nya, *legal-history*-nya dan sebagainya.

Pertama, *Statute* hukum perkawinan di awal kemerdekaan yakni UU No. 22 Tahun 1946 tentang Pencatatan Nikah, Talak, dan Rujuk di Pulau Jawa dan Madura jo. UU No. 32 Tahun 1954 tentang Pemberlakuan UU No. 22 Tahun 1946 tentang Pencatatan Nikah, Talak, dan Rujuk di Luar Jawa dan Madura. Sedangkan aturan *beschikking/decree*-nya berupa: Instruksi menteri Agama No. 4 Tahun 1947 tentang Kewajiban-kewajiban Pegawai Pencatat Nikah; PMA No. 4 Tahun 1947 jo. PMA No. 4 Tahun 1952 tentang Wali Hakim.

Kedua, *statute* berupa UU No. 45 Tahun 1957 tentang Penyeragaman Peradilan Agama, Mahkamah Syariah, Kerapatan Qadi di Seluruh Wilayah Indonesia. UU ini menjadi dasar pertama pendirian pengadilan Agama di wilayah Pengadilan Umum, sebelum nantinya dipertegas dengan dikeluarkannya UU Pokok-pokok Kehakiman No. 14 Tahun 1970. UU No. 45/1957 berpengaruh pada Jabatan Penghulu di Kota Praja dan Kabupaten sebab harus mulai digantikan oleh hakim agama. Hal ini mendorong dilahirkannya Instruksi Menteri Agama No. 1 Tahun 1958 tentang Penunjukan Wali Hakim yang melekat pada diri PPN KUA.

Ketiga, Statute berisi hukum materiil perkawinan pertama di Indonesia yaitu UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Dari UU ini dikeluarkan peraturan-peraturan pemerintah, yaitu: PP. No. 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UU No. 1/1974 tentang Perkawinan, PP No. 10 Tahun 1983 tentang Izin Perkawinan dan

Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil dan PP No. 45 Tahun 1990 tentang Perubahan atas PP No. 10 Tahun 1983 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil. Dikarenakan *statute* ini mengatur perkawinan bagi semua warga Negara Indonesia, maka Departemen Agama mengeluarkan serangkaian aturan *beschikking/decree,* yaitu: Instruksi menteri Agama No. 4 Tahun 1947 tentang Kewajiban-kewajiban Pegawai Pencatat Nikah; Peraturan Menteri Agama No. 3 Tahun 1975 tentang Kewajiban Pencatat Nikah dan Tata Kerja Pengadilan Agama dalam Melaksanakan Peraturan Perundang-undangan Perkawinan bagi Umat Islam; Peraturan Menteri Agama No. 4 Tahun 1975 tentang Contoh-contoh Akta Nikah, Talak, dan Rujuk; Keputusan Menteri Agama No. 18 Tahun 1975 tentang Susunan Organisasi dan Tata Kerja Departemen Agama; Peraturan Menteri Agama No. 1 Tahun 1976 tentang Penunjukan Pegawai untuk Mengangkat dan Memberhentikan Pegawai Pencatat Nikah serta Menetapkan wilayahnya; Peraturan Menteri Agama No. 6 Tahun 1983 tentang Penunjukan dan Pemberhentian serta Kewajiban dan Hak Pembantu Pegawai Pencatat Nikah.

Keempat, Statute berupa hukum acara peradilan Agama, yaitu UU No. 7 Tahun 1989 dan sudah dua kali direvisi (UU No. 3 Tahun 2006 jo. UU No. 50 Tahun 2009 tentang Peradilan Agama). UU No. 7 Tahun 1989 tidak memiliki turunan peraturan sebab Draft-nya justru bermetamorfosis menjadi Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam. Sekalipun demikian UU No. 7/1989 menjadi latar belakang lahirnya aturan *beschikking/decree,* yakni PMA No. 2 Tahun 1989 tentang Pembantu Pencatat Perkawinan (PPN). Hal ini disebabkan bidang layanan pengadilan agama berhubungan erat dengan KUA, di satu sisi, namun di sisi lain tidak semua KUA Kecamatan memiliki Pencatat Perkawinan. Pada tahun 2001 Departemen Agama melakukan penyegaran tata kelola KUA, untuk distribusi tenaga fungsional KUA, khususnya di bidang perkawinan. Hal ini mendorong dikeluarkannya Keputusan Menteri

Agama (KMA) No. 477 Tahun 2004 tentang Pencatatan Nikah. Apalagi di sisi lain komponen biaya pencatatn nikah juga diatur dalam PP No. 47 Tahun 2004 tentang Tarif atas Jenis Penerimaan Negara bukan Pajak yang Berlaku Pada Departemen Agama. KMA No. 477 kemudian direvisi menjadi PMA No. 11 Tahun 2007 tentang Pencatatan Nikah.

Kelima, Statute berupa hukum ekonomi syariah di Indonesia, yang terdiri dari

a) UU No. 38 Tahun 1999 jo. UU no. 23 tahun 2011 tentang pengelolaan zakat dan peraturan pelaksanaannya berupa PP No 14 Tahun 2014
b) UU No. 41 Tahun 2004 tentang Wakaf dan peraturan pelaksananya berupa PP No 42 Tahun 2006.
c) UU No. 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Negara
d) UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah
e) Peraturan Mahkamah Agung No. 02 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah
f) PP No. 39 Tahun 2005 tentang Penjaminan Simpanan Nasabah Bank Berdasarkan Prinsip Syariah
g) PP No. 39 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua atas PP No. 73/1992 tentang Penyelenggaraan Usaha Perasuransian
h) PP No. 56 Tahun 2008 tentang Perusahaan Penerbit Surat Berharga Syariah Negara
i) PP No. 57 Tahun 2008 tentang Pendirian Perusahaan Penerbit Surat Berharga Syariah Negara Indonesia
j) PP No. 66 Tahun 2008 tentang Besaran Nilai Simpanan yang Dijamin Lembaga Penjamin Simpanan
k) PP No. 67 Tahun 2008 tentang Pendirian Perusahaan Penerbit Surat Berharga Syariah Negara Indonesia

Sedangkan hukum ekonomi Syariah berbentuk *beschikking/decree* adalah:

a) Peraturan BI No. 8/3/PBI/2006 tentang Perubahan Usaha Bank Umum Konvensional Menjadi Bank Umum yang Melaksanakan

Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah oleh Bank Konvensional

b) Peraturan BI No. 9/7/PBI/2007 tentang Perubahan atas Peraturan BI No. 8/3/PBI/2006 tentang Perubahan Usaha Bank Umum Konvensional Menjadi Bank Umum yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah dan Pembukaan Kantor Bank yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syaraiah oleh Bank Konvensional
c) Peraturan BI No. 9/5/PBI/2007 tentang Pasar Uang antar Bank Berdasarkan Prinsip Syariah
d) Peraturan BI No. 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana serta Pelayanan Jasa Bank Syariah
e) Peraturan BI No. 10/16/PBI/2008 tentang Perubahan atas Peraturan BI No. 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana serta Pelayanan Jasa Bank Syariah
f) Peraturan BI No. 10/11/PBI/2008 tentang Sertifikat Bank Indonesia Syariah
g) Peraturan BI No. 10/17/PBI/2008 tentang Produk Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah
h) Peraturan BI No. 10/18/PBI/2008 tentang Restrukturisasi Pembiayaan bagi Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah
i) Peraturan Menteri Keuangan No. 152/PMK.08/2008 tentang Penerbitan Surat Berharga Syariah dalam Valuta Asing di Pasar Perdana Internasional.

Keenam, *statute* berupa hukum konsumen muslim yaitu UU No. 33 Tahun 2014 tentang jaminan produk halal, yang kemudian dirincikan dengan Peraturan Pemerintah Nomor 31 tahun 2019 tentang Peraturan Pelaksanaan Undang-undang Nomor 33 Tahun 2014 tentang Jaminan Produk Halal. Dalam PP ini dijelaskan secara rinci mengenai tugas, wewenang dan fungsi dari institusi-institusi yang terkait dalam sertifikasi halal, yaitu: BPJPH, MUI dan LPH.

BPJPH sebagai regulator sertifikasi halal di Indonesia. Sedangkan MUI mempunyai peran dalam sertifikasi auditor halal, penetapan kehalalan produk dan akreditasi LPH. Sedangkan LPH sendiri, mempunyai tugas melakukan pemeriksaan dan/atau pengujian kehalalan produk.

Selain itu, diterbitkan pula dalam bentuk *beschikking/decree* yaitu Keputusan Menteri Agama Nomor 982 tahun 2019 tentang Pelayanan Sertifikasi Halal. KMA No. 982 ini merupakan diskresi dalam pelaksanaan pelayanan sertifikasi halal. Pada KMA tersebut dijelaskan mengenai tugas dan wewenang dari pihak-pihak penyelenggara layanan jaminan produk halal, BPJPH, MUI, dan Lembaga Pengkajian Pangan, Obat-obatan dan Kosmetika Majelis Ulama Indonesia (LPPOM MUI) selaku salah satu LPH.

BAB III
HUKUM PERKAWINAN RESPONSIF HAK ASASI MANUSIA

Perkawinan atau pernikahan merupakan peristiwa yang sangat penting dalam kehidupan tiap-tiap pribadi maupun masyarakat. Dalam ikatan perkawinan terjadilah hidup bersama antara suami-istri, kemudian pasangan itu beranak-pinak melahirkan keturunan yang merupakan sendi utama bagi pembentukan negara dan bangsa. Dengan pertimbangan itulah negara penting untuk hadir dan membuat aturan perkawinan untuk melegalkan hubungan hukum antara seorang pria dan wanita.

Di awal Indonesia merdeka, hukum perkawinan yang berlaku bermacam-macam sesuai kelompok dan golongan sebagai pengaruh kolonialisme, sebagaimana berikut:

a) Bagi orang Indonesia asli yang memeluk agama Islam diberlakukan hukum Islam;

b) Bagi orang Indonesia asli lainnya diberlakukan hukum adat;

c) Bagi orang Indonesia asli yang beragama Kristen berlaku huwelijks Ordonnantie Christen Indonesia (HOCI) S. 1933 nomor 74.

d) Bagi orang-orang Timur Asing Cina dan warga negara Indonesia keturunan Cina berlaku ketentuan hukum dalam KUH Perdata;

e) Bagi orang timur asing lainnya dan warga negara Indonesia keturunan asing lainnya berlaku hukum adat mereka. Jadi bagi keturunan India, Pakistan, Arab dan lain yang sama, berlaku hukum adat mereka masingmasing yang biasanya tidak terlepas dari agama dan kepercayaan yang dianutnya;

f) Bagi orang-orang Eropa dan warga negara Indonesia keturunan Eropa (Indo) dan yang disamkan dengan mereka, berlaku KUH Perdata, yaitu BurgerlijkWetboek (BW). Termasuk dalam golongan ini adalah orang Jepang atau orang-oran lain yang menganut asas-asas hukum keluarga yang sama dengan asas-asas hukum keluarga Belanda.

Walaupun begitu, di awal kemerdekaan sudah diterbitkan peraturan pencatatan perkawinan, yaitu: UU No. 22 Tahun 1946 tentang Pencatatan Nikah, Talak, dan Rujuk di Pulau Jawa dan Madura jo. UU No. 32 Tahun 1954 tentang Pemberlakuan UU No. 22 Tahun 1946 tentang Pencatatan Nikah, Talak, dan Rujuk di Luar Jawa dan Madura. Di samping itu juga terdapat aturan *beschikking/decree*-nya berupa: Instruksi menteri Agama No. 4 Tahun 1947 tentang Kewajiban-kewajiban Pegawai Pencatat Nikah; PMA No. 4 Tahun 1947 jo. PMA No. 4 Tahun 1952 tentang Wali Hakim.

Pada tahun 1974 Negara Republik Indonesia telah memiliki hukum perkawinan yang berlaku secara menyeluruh bagi tiap-tiap warga negaranya, yaitu Undang-Undang No.Tahun 1974 tentang Perkawinan. Berlakunya UU ini menandai terjadinya perubahan fundamental terhadap kodifikasi hukum Barat sebab UU ini menyatakan bahwa ketentuan-ketentuan perkawinan yang diatur dalam Burgerlijk Wetboek (BW) / KUH Perdata tidak berlaku lagi. Pernyataan tersebut memberikan pengaruh terhadap ketentuan dalam pasal-pasal dari Buku 1 Burgerlijk Wetboek (BW) yang

mengatur tentang perkawinan dimana dinyatakan dicabut dan tidak berlaku lagi.

Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 memuat kaidah-kaidah hukum yang berkaitan perkawinan dalam garis besarnya secara pokok yang berisi 14 Bab dan 67 Pasal. Di dalamnya diatur tentang dasar perkawinan, syarat-syarat perkawinan, pencegahan perkawinan, batalnya perkawinan, perjanjian perkawinan, hak dan kewajiban suami istri, harta benda dalam perkawinan, putusnya perkawinan serta akibatnya, kedudukan anak, hak dan kewajiban antara orang tua dan anak, perwalian, dan ketentuan-ketentuan lain.

A. PERMOHONAN DAN PELAKSANAAN PERKAWINAN

1. Pengertian, Tujuan, dan Pencatatan Perkawinan

Pasal 1 UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menjelaskan, bahwa perkawinan adalah sebuah ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Sedangkan di dalam pasal 2 Kompilasi Hukum Islam (KHI) disebut perkawinan menurut hukum Islam adalah pernikahan, yaitu akad yang sangat kuat atau *mitsaqon ghalidhan* untuk mentaati perintah Allah dan melakukannya merupakan ibadah. Kemudian pada pasal 3 KHI dijelaskan perkawinan bertujuan untuk mewujudkan kehidupan rumah tangga yang sakinah mawaddah dan rahmah.

Dari pasal 1 UU Perkawinan dan pasal 2 dan 3 KHI tersirat setidaknya 2 hal, yaitu: (a) perkawinan yang berlaku di Indonesia hanyalah perkawinan antara seorang pria dan wanita saja. Oleh sebab itu perkawinan sejenis dianggap tidak legal; (b) perkawinan bukan hanya sekedar hubungan keperdataan seperti dianut dalam pasal 26 BW, akan tetapi didalamnya terkandung peribadatan dan syarat-syarat serta peraturan agama sesuai keyakinan dan

kepercayaan seorang lelaki dan seorang perempuan sebagai suami-istri.

Pasal 2 UU Perkawinan disebutkan dalam ayat (1) perkawinan dianggap sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaan para pihak. Ayat (2) Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. UU Perkawinan memandang perkawinan tidak hanya dilihat dari aspek formal semata-mata, melainkan juga dari aspek agama. Aspek agama menetapkan tentang keabsahan suatu perkawinan, sedangkan aspek formalnya menyangkut aspek administratif, yaitu pencatatan perkawinan. Menurut UU Perkawinan, kedua aspek ini harus terpenuhi keduanya. Bila perkawinan hanya dilangsungkan menurut ketentuan Undang-undang negara, tanpa memperhatikan unsur agama, perkawinan dianggap tidak sah. Sebaliknya, apabila perkawinan dilakukan hanya memperhatikan unsur hukum agama saja, tanpa memperhatikan atau mengabaikan Undang-undang (hukum negara), maka perkawinan dianggap tidak sah.

Ketentuan Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan dipertegas dalam 7 ayat (1) KHI, bahwa Perkawinan yang sah menurut peraturan perundang-undangan bagi pemeluk agama Islam hanya dapat dibuktikan dengan Akta Nikah yang dibuat oleh Pegawai Pencatat Nikah. Sementara bagi mereka yang telah melangsungkan perkawinan menurut hukum dan tata cara agama selain agama Islam dibuktikan dengan Akta Perkawinan yang dibuat Pejabat Pencatatan Sipil. Sesuai dengan Undang-Undang No. 24 Tahun 2013 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 23 Tahun 2006 Pencatatan perkawinan yang sebelumnya berdasarkan atas asa peristiwa, sejak ditetapkannya undang-undang ini berubah menjadi berdasarkan atas domisli. Sehingga pencatatan dilakukan pada instansi pelaksanan sesuai dengan domisili pelapor.

Pasal 7 ayat (2) dan (3) KHI, yang berlaku bagi penganut agama Islam, disebutkan bahwa dalam hal perkawinan tidak dapat

dibuktikan dengan Akta Nikah, dapat diajukan *itsbat nikah*-nya ke Pengadilan Agama, dengan ketentuan:

a) Adanya perkawinan dalam rangka penyelesaian perceraian. Maksudnya sewaktu melangsungkan akad nikah dilakukan secara sirri dan karena alasan tertentu masing-masing pihak ingin memutus perkawinan mereka melalui persidangan. Pengadilan tidak boleh menolak permohonan perceraian mereka, dengan cara terlebih dulu meminta para pihak mengajukan permohonan itsbat nikah.

b) Hilangnya akta nikah. Yaitu sesudah terlebih dulu mengajukan salinannya di KUA (Kantor Urusan Agama) dan rupanya juga tidak didapati.

c) Adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat perkawinan.

d) Adanya perkawinan yang terjadi sebelum berlakunya UU Perkawinan.

e) Perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut UU Perkawinan.

2. Syarat-syarat Perkawinan

Pasal 6 UU Perkawinan menetapkan beberapa persyaratan untuk melakukan perkawinan, yaitu:

a) Perkawinan harus didasarkan atas persetujuan kedua calon mempelai.

b) Bila calon mempelai belum mencapai umur 21 tahun, maka ia harus mendapat izin kedua orangtua atau salah satunya bila salah satu orangtua telah meninggal dunia atau dalam keadaan tidak mampu untuk menyatakan kehendaknya. Apabila keduanya telah meninggal dunia atau dalam keadaan tidak mampu untuk menyatakan kehendaknya, maka izin diperoleh dari wali, orang yang memelihara atau keluarga yang mempunyai

hubungan darah dalam garis keturunan lurus ke atas selama mereka masih hidup dan dalam keadaan dapat menyatakan kehendaknya.

c) Dalam hal ada perbedaan pendapat antara orang-orang yang disebut di atas atau salah seorang atau lebih diantara mereka tidak menyatakan pendapatnya, maka Pengadilan dalam daerah hukum tempat tinggal orang yang akan melangsungkan perkawinan atas permintaan orang tersebut dapat memberikan izin melakukan perkawinan.

d) Ketentuan di atas tidak bertentangan atau tidak diatur lain oleh hukum rnasing-masing agamanya dan kepercayaannya yang bersangkutan.

Dari ketentuan pasal ini tersirat bahwa perkawinan tidak semata-mata kehendak calon suami dan calon istri, tetapi juga melibatkan unsur keluarga masing-masing. Sekalipun dalam UU Perkawinan mengadopsi pasal 34 s/d 49 KUHPerdata, tetapi ketentuan Ayat (4) dari pasal 6 UU Perkawinan di atas tidak menafikan kedudukan orang tua dan keluarga dekat sebagai wali nikah yang merupakan rukun perkawinan (Pasal 19 KHI). Dengan kata lain, seandainya kedua calon setuju menikah namun orang tua dan keluarga dekat tidak mau menikahkan mereka maka dapat dipahami bahwa makna "ijin" lebih kuat dibandingkan makna "setuju" dalam UU Perkawinan.

Hal ini diperjelas dengan Pasal 23 KHI di mana ayat (1) Wali hakim baru dapat bertindak sebagai wali nikah apabila wali nasab tidak ada atau tidak mungkin menghadirkannya atau tidak diketahui tempat tinggalnya atau ghaib atau adhal atau enggan; (2) Dalam hal wali adhal atau enggan maka wali hakim baru dapat bertindak sebagai wali nikah setelah ada putusan Pengadilan Agama tentang wali tersebut.

Sementara, untuk larangan kawin, baik dalam Pasal 8 UU Perkawinan maupun Pasal 39 s/d pasal 44 KHI pada prinsipnya

hanya melarang terjadinya perkawinan yang keduanya memiliki hubungan tertentu, baik hubungan sedarah, semenda, susuan atau hubungan-hubungan yang dilarang oleh agamanya atau peraturan lain. Terutama Pasal 44 KHI menegaskan bahwa seorang wanita Islam dilarang melangsungkan perkawinan dengan seorang pria yang tidak beragama Islam.

Berdasarkan ketentuan pasal-pasal di atas perkawinan yang dianut dalam hukum yang berlaku di Indonesia tidak hanya sekedar hubungan keperdataan semata, akan tetapi didalamnya terkandung peribadatan dan syarat-syarat serta peraturan agama sesuai keyakinan dan kepercayaan seorang lelaki dan seorang perempuan sebagai suami-istri.

3. Pencegahan Perkawinan

Pencegahan perkawinan bertujuan untuk menghindari terjadinyaa perkawinan yang dilarang menurut hukum agama dan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pasal 13 menyubutkan perkawinan dapat dicegah apabila ada pihak yang tidak memenuhi syarat-syarat untuk melangsungkan perkawinan. Pihak-pihak yang dapat mencegah dilangsungkannya perkawinan adalah:

a) Para keluarga dari garis keturunan lurus ke atas dan ke bawah;
b) Saudara;
c) Wali nikah;
d) Wali pengampu dari salah seorang calon suami-istri;
e) Pihak yang berkepentingan;
f) Pejabat yang ditunjuk

Selain itu perkawinan juga dapat dicegah oleh pihak yang karena perkawinan dirinya masih terikat atau ada hubungan perkawinan dengan salah satu seorang calon suami-istri. Seperti

seorang istri melakukan pencegahan perkawinan yang hendak dilangsungkan suaminya dengan calon istri barunya kecuali suaminya itu telah memperoleh ketetapan ijin berpoligami dari Pengadilan. Demikian pula istri yang telah sedang menjalani *iddah* talak *raj'I* dapat melakukan pencegahan perkawinan yang hendak dilakukan bekas suaminya dengan perempuan lain terkecuali masa *iddah*-nya sudah lewat waktunya.

Untuk mencegah berlangsungnya perkawinan, pihak-pihak yang dapat mencegah itu terlebih dulu harus mengajukan pencegahan perkawinan ke pengadilan, dan memberitahukannya kepada Pegawai Pencatat Nikah dan/atau Pegawai Pencatatan Sipil dalam daerah hukum di mana perkawinan akan dilangsungkan.

Pencegahan perkawinan dapat dicabut dengan menarik kembali permohonan pencegahan yang telah didaftarkan di pengadilan oleh yang mengajukan pencegahan perkawinan atau dengan putusan pengadilan. Selama pencegahan belum dicabut oleh pihak-pihak pemohon, perkawinan tidak dapat dilangsungkan oleh Pegawai Pencatat Nikah dan/atau Pegawai Pencatatan Sipil. Terkecuali ada putusan dispensasi nikah dalam kasus perkawinan di bawah umur yang dikeluarkan pengadilan dalam daerah hukum di mana perkawinan akan dilangsungkan.

4. Penolakan Perkawinan oleh Pejabat Berwenang

Menurut pasal 20 dan 21 UU Perkawinan, Pegawai Pencatat Nikah dan/atau Pegawai Pencatatan Sipil tidak boleh melangsungkan atau membantu melangsungkan terjadinya perkawinan apabila ia mengetahui pelanggaran atau ia berpendapat bahwa dalam permohonan perkawinan ada syarat yang tidak terpenuhi dan/atau terdapat larangan perkawinan.

Alasan penolakan perkawinan yang dilakukan Pegawai Pencatat Nikah dan/atau Pegawai Pencatatan Sipil itu terdiri dari:

a) Salah satu atau kedua calon suami-istri belum cukup umur yaitu 19 tahun;

b) Berhubungan darah dalam garis keturunan lurus ke atas dank e bawah;

c) Berhubungan darah dalam garis keturunan menyamping, yaitu antara saudara, antara seseorang dengan saudara orang tua dan antara seorang dengan saudara neneknya;

d) Berhubungan semenda, yaitu mertua, anak tiri, menantu, dan bapak/ibu tiri;

e) Berhubungan sesusuan, yaitu orang tua susuan, anak susuan, saudara sesusuan, dan bibi/paman sesusuan;

f) Berhubungan saudara dengan istri atau sebagai bibi atau kemenakan dari istri, dalam hal seorang suami beristri lebih dari satu orang;

g) Mempunyai hubungan yang oleh agama atau peraturan lain yang berlaku dilarang kawin;

h) Salah seorang atau keduanya masih terikat dalam suatu tali perkawinan;

i) Seorang istri yang telah dijatuhi talak tiga kali oleh suaminya, keduanya akan melangsungkan perkawinan kembali sebelum istri kawin dengan pria lain, dan

j) Terjadinya pelangaran terhadap tata cara perkawinan.

Sekalipun tidak ada pencegahan perkawinan, Pegawai Pencatat Nikah dan/atau Pegawai Pencatatan Sipil yang mengetahui adanya faktor larangan kawin tersebut wajib menolak permohonan perkawinan yang diajukan kepadanya. Penolakan itu harus disertai pemberitahuan berbentuk keterangan tertulis kepada pihak yang memohon pencatatan perkawinan.

Para pihak yang permohonan pencatatan perkawinannya ditolak berhak mengajukan kepada pengadilan dalam daerah

hukum di mana perkawinan akan dilangsungkan. Pengadilan kemudian akan memeriksa perkaranya dengan acara singkat, dan memberi penetapan hukum yaitu menguatkan penolakan perkawinan atau memerintahkan agar perkawinan dilangsungkan.

5. Pembatalan Perkawinan

Perkawinan yang sudah berlangsung dapat dibatalkan, menurut Pasal 22 UU Perkawinan, apabila para pihak tidak memenuhi syarat-syarat untuk melangsungkan perkawinan. Dalam penjelasan UU Perkawinan, pengertian "dapat" dalam pasal 22 itu diartikan dapat batal atau dapat tidak batal, bilamana menurut ketentuan hukum agamanya masing-masing tidak menentukan lain. Sedangkan dalam pasal 37 PP No. 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UU No 1 Tahun 1974 tentang perkawinan dinyatakan, bahwa batalnya suatu perkawinan hanya dapat diputuskan oleh pengadilan.

Dengan demikian suatu perkawinan dapat saja batal demi hukum dan dapat dibatalkan oleh pengadilan. Kasus-kasus perkawinan yang batal demi hukum adalah:

a) Suami melakukan perkawinan poligami padahal ia masih terikat ikatan perkawinan dengan 4 perempuan lain, atau salah satunya masih menjalani iddah talak *raj'I*;
b) Suami menikahi bekas istrinya yang telah ditalak secara *li'an*;
c) Suami menikahi bekas istrinya yang pernah ditalak tiga padahal yang bersangkutaan belum menikah lagi dengan pria lain;
d) Perkawinan lainnya antara suami-istri yang terdapat larangan kawin menurut hukum agama dan kepercayaan.

Sedangkan perkawinan yang dapat dibatalkan oleh pengadilan berdasarkan pemeriksaan atas permohonan pihak yang

ingin membatalkan perkawinan (suami-istri, keluarga dekat, pejabat berwenang) ialah:

a) Suami melakukan perkawinan poligami tanpa ijin pengadilan;
b) Istri yang dinikahi masih ada hubungan perkawinan yang sah secara hukum dengan pria lain;
c) Istri yang dinikahi masih dalam keadaan masa tunggu *iddah*;
d) Perkawinan di bawah umur;
e) Perkawinan yang dilangsungkan tanpa wali atau dilakukan oleh wali yang tidak berhak;
f) Perkawinan yang dilangsungkan tanpa melibatkan 2 (dua) orang saksi;
g) Perkawinan yang dilangsungkan di muka pegawai pencatat perkawinan yang tidak berwenang;
h) Perkawinan secara paksa dan dilangsungkan di bawah ancaman yang melanggar hukum;
i) Perkawinan dilakukan dengan penipuan atau dilangsungkan dalam kondisi salah sangka mengenai diri suami atau istri, seperti perjaka atau gadis namun ternyata duda atau janda.

Pengajuan permohonan pembatalan perkawinan diajukan kepada pengadilan dalam wilayah hukum di mana perkawinan dilangsungkan atau di wilayah tempat tinggal suami-istri, atau di wailayah tempat tinggal suami maupun tempat tinggal istri. Setelah pemeriksaan dan permohonan itu nyata-nyata dikabulkan oleh pengadilan dalam satu putusan, maka perkawinan yang sudah berlangsung menjadi batal dan memiliki kekuatan hukum yang tetap. Hanya saja berdasarkan pasal 28 UU Perkawinan dan pasal 75 KHI, keputusan pembatalan itu tidak berlaku surut terhadap:

a) Perkawinan yang batal karena salah satu dari suami atau istri murtad;
b) Anak-anak yang dihasilkan dalam perkawinan tersebut;

c) Suami-istri yang bertindak dengan itikad baik, terkecuali harta bersama, jika pembatalan perkawinan didasarkan atas adanya perkawinan lain yang lebih dahulu;

d) Pihak ketiga, sepanjang mereka memperoleh hak-hak dengan beritikad baik sebelum keputusan pembatalan perkawinan mempunyai kekuatan hukum yang tepat.

6. Kawin Hamil

Di tengan masyarakat masih sering terjadi kesimpang-siurang tentang hukum kawin hamil karena perbedaan pendapat ulama. Ada yang membolehkan dan ada yang melarang. Kawin hamil adalah perkawinan antara seorang wanita hamil di luar nikah dengan pria yang menghamilinya. Pasal 53 KHI mengatur hal-hal sebagai berikut:

a) Seorang wanita hamil di luar nikah, dapat dikawinkan dengan pria yang menghamilinya;

b) Perkawinan dengan wanita hamil yang disebut pada ayat (1) dapat dilangsungkan tanpa menunggu lebih dahulu kelahiran anaknya;

c) Dengan dilangsungkannya perkawinan pada saat wanita hamil, tidak diperlukan perkawinan ulang setelah anak yang dikandung lahir.

Sementara kasus perkawinan antara wanita yang hamil di luar nikah dengan bukan lelaki yang menghamilinya belum ada ketentuannya. Dalam peraturan perundang-undangan tidak ada ketentuan larangan perkawinan antara wanita yang hamil di luar nikah dengan bukan lelaki yang menghamilinya. Oleh sebab itu selama tidak terdapat larangan perkawinan Pejabat Pencatat Perkawinan maupun Pejabat Pencatatan Sipil tidak dapat menolak permohonan pencatatan perkawinan seperti itu.

Apalagi status anak di luar perkawinan yang diatur dalam pasal 43 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 sudah tidak berlaku lagi semenjak terbitnya Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010. Putusan MK ini mencerminkan prinsip persamaan di hadapan hukum (equality before the law) sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28D ayat (1) yang berbunyi : "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum."

Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 menyatakan bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang berbunyi "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya" bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat tersebut harus dibaca, "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya".

7. Perkawinan Campuran

Pasal 57 UU No. 1 Tahun 1974 menyatakan perkawinan campuran adalah perkawinan antara dua orang yang tunduk pada hukum yang berlainan karena perbedaan kewarganegaraan, di salah satu pihak berkewarganegaraan asing, sedang di pihak lain berkewarganegaraan Indonesia. Selanjutnya di dalam pasal 60 ayat (1) Perkawinan campuran tidak dapat dilangsungkan sebelum

terbukti bahwa syarat-syarat perkawinan yang ditentukan oleh hukum yang berlaku bagi masing-masing pihak telah dipenuhi.

Untuk membuktikan bahwa syarat-syarat itu telah dipenuhi oleh mereka yang akan melangsungkan perkawinan campuran, kepada mereka diberikan surat yang menerangkan bahwa syarat-syarat untuk melangsungkan perkawinan terpenuhi. Jika sekiranya salah seorang di antara mereka ada yang beragama Islam dan berkewarganegaraan Indonesia akan melangsungkan perkawinan campuran atau ia akan melangsungkan perkawinan tidak menurut agama Islam, maka yang akan mengeluarkan surat keterangan adalah Pegawai Pencatat Nikah yang mewilayahi tempat tinggalnya.

Bagi orang-orang yang akan melakukan perkawinan campuran tapi tidak memperoleh surat keterangan yang dimaksudkan dari pegawai berwenang mencatat perkawinan, mereka dapat mengajukan permintaan/permohonan ke Pengadilan Agama mengenai penolakan dari pejabat tersebut. Pengadilan Agama memeriksa permohonan tersebut tanpa beracara, dan kemudian Pengadilan Agama mengeluarkan penetapannya.

Jika penetapan Pengadilan Agama itu berisi bahwa penolakan ternyata tidak beralasan, maka penetapan Pengadilan tersebut menjadi pengganti surat keterangan yang diperlukan untuk melangsungkan perkawinan campuran. Terhadap penetapan pengadilan sebagaimana dimaksud di atas tidak dapat dimintakan banding dan hanya berlaku selama enam bulan semenjak penetapan dikeluarkan Pengadilan.

B. HUKUM PERKAWINAN PERSPEKTIF HAM

Setelah Perang Dunia ke-2 berakhir, sebuah deklarasi mengenai hak asasi manusia (HAM) disepakati di Paris pada tahun 1948, yang lebih dikenal sebagai Deklarasi Universal tentang Hak-Hak Asasi Manusia (DUHAM). Kemudian, deklarasi ini dipertegas kembali dengan dilahirkannya *International Covenant on Civil and*

Polticial Rights (ICCPR) yang dipengesahannya oleh Indonesia dilakukan melalui Undang-Undang No. 12 Tahun 2005 dan *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR) yang pengesahannya dilakukan melalui Undang-Undang No. 11 Tahun 2005.

Dalam Pasal 2 DUHAM menentukan bahwa: "Semua orang berhak atas semua hak dan kebebasan seperti ditetapkan dalam deklarasi tanpa pembedaan apapun, seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau pandangan lain, asal usul, kebangsaan atau kemasyarakatan, hak milik, kelahiran atau kedudukan lain".

Dalam sistem hukum di Indonesia, sebagaimana terdapat dalam UUD 1945 dinyatakan"hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak untuk kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di depan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam situasi apa pun". Hal ini sesuai dengan ketentuan dalam DUHAM Pasal 2, 7 dan 22. (Rustam, 2016).

Kemudian, di Indonesia pada tanggal 13 Nopember 1998, Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) mengambil keputusan yang sangat penting artinya bagi pemajuan, penghormatan dan penegakan Hak Asasi Manusia (HAM), dengan menetapkan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia, yang lampirannya memuat "Pandangan dan Sikap Bangsa Indonesia terhadap Hak Asasi Manusia" (Lampiran angka I) dan "Piagam Hak Asasi Manusia" (Lampiran angka II).

Konsideran Ketetapan MPR No. XVII/MPR/1998 antara lain menyatakan:

"bahwa Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia telah mengamanatkan pengakuan, penghormatan, dan

kehendak bagi pelaksanaan hak asasi manusia dalam menyelenggarakan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara" dan "bahwa bangsa Indonesia sebagai bagian masyarakat dunia patut menghormati hak asasi manusia yang termaktub dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa serta instrumen internasional lainnya mengenai hak asasi manusia".

"bahwa Bangsa Indonesia sebagai anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa mempunyai tanggung jawab untuk menghormati Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (Universal Declaration of Human Rights) dan berbagai instrumen internasional lainnya mengenai hak asasi manusia (Lampiran I B (Landasan) angka 2).

Lampiran II, Piagam Hak Asasi Manusia memuat:

I. Hak untuk Hidup;
II. Hak Berkeluarga dan Melanjutkan Keturunan;
III. Hak Mengembangkan Diri;
IV. Hak Keadilan;
V. Hak Kemerdekaan;
VI. Hak atas Kebebasan Informasi;
VII. Hak Keamanan;
VIII. Hak Kesejahteraan;
IX. Kewajiban menghormati hak asasi manusia orang lain, ikut serta dalam upaya pembelaan Negara, tunduk pada pembatasan-pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain;
X. Perlindungan dan Pemajuan.

Di samping itu sejak perubahan UUD 1945 (UUD 1945 Amandemen), kedudukan HAM di Indonesia menjadi sangat penting. Hal ini tercermin dari meluasnya pengaturan terkait HAM dan pengelompokannya ke dalam satu bab tersendiri. Jadi, UUD NRI

1945, TAP MPR No. XVII/MPR/1998 tentang HAM dan Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang HAM (UU HAM) telah memberikan landasan yang kuat mengenai penghormatan terhadap HAM di Indonesia.

Dalam Pasal 1 angka 1 UU HAM, disebutkan bahwa Hak Asasi Manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat keberadaan manusia sebagai mahluk Tuhan yang Maha Esa dan merupakan anugrah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia. Walaupun disebutkan bahwa pengaturan HAM dalam UU HAM berpedoman pada Deklarasi HAM PBB, namun materinya disesuaikan dengan kebutuhan hukum masyarakat dan pembangunan nasional yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945.

Mengenai perkawinan disinggung dalam Pasal 16 DUHAM. Menurut Pasal ini, pria dan wanita yang sudah dewasa, tanpa dibatasi oleh kebangsaan, kewarganegaraan atau agama, berhak untuk menikah dan untuk membentuk keluarga. Keduanya mempunyai hak yang sama atas perkawinan, selama masa perkawinan dan pada saat perceraian. Syarat perkawinan dalam DUHAM hanya dilihat dari faktor persetujuan saja. Perkawinan hanya dapat dilakukan bila keduanya setuju tanpa syarat. Hal yang sama juga dianut ICCPR, di mana syarat mendasar bagi perkawinan adalah adanya persetujuan yang bebas dari para pihak yang menikah (jo. Pasal 10 ICESCR). Dalam Pasal 23 ICCPR, disebutkan bahwa keluarga merupakan kesatuan masyarakat yang alamiah serta mendasar dan berhak mendapat perlindungan dari masyarakat dan negara. Setiap laki-laki dan wanita yang sudah dalam usia perkawinan berhak untuk melakukan perkawinan dan hak untuk membentuk keluarga harus diakui.

Adapun di dalam Pasal 28B UUD 1945 Amandemen (Perubahan kedua tahun 2000) menyatakan dengan tegas bahwa setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah. Jaminan atas hak ini sebelumnya telah dipertegas oleh peraturan perundang-undangan di bawahnya, yaitu Pasal 10 ayat (1) UU HAM. Sementara, ayat (2) dari pasal ini mengatur tentang syarat sahnya suatu perkawinan, yaitu kehendak bebas calon suami atau istri yang bersangkutan, sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Jika dianalisis menggunakan pendekatan DUHAM, ICCPR dan ICECSR, serta UUD 1945 Amandemen, aturan perkawinan di Indonesia menurut Pasal 1 dan 2 UU Perkawinan sudah mencerminkan responsive HAM. Sekalipun ada yang menyoalkan pencatatan perkawinan, perkawinan sesame jenis, lesbias, gay, bisexsual dan transgender (LGBT), serta perkawinan beda agama, namun materi pasal 1 dan 2 UU Perkawinan namun materinya disesuaikan dengan kebutuhan hukum masyarakat dan pembangunan nasional yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945, dengan pemahaman sebagaimana berikut:

a) Sekalipun perkawinan merupakan hak dasar dan bersifat privasi (*private affairs*) namun perlu dipahami bahwa pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam Surat-surat keterangan, suatu akte resmi yang juga dimuat dalam pencatatan. Begitu juga keterlibatan pejabat umum seperti PPN, hakim pengadilan dalam masalah pencegahan, penolakan, dan pembatalan perkawinan serta *itsbat* nikah adalah untuk menyatakan yang sesungguh-sungguhnya asal-asul yang dapat dibenarkan dalam peristiwa penting tersebut. Khusus keterlibatan pengadilan dalam pranata perkawinan, hal itu menunjukkan bahwa hak dasar manusia dalam bidang pelayanan dan jaminan hukum/keadilan yang akan diperoleh

melalui kekuasaan kehakiman yang bebas dan tidak memihak merupakan sesuatu yang sangat penting. Dengan cara demikian ini hak dasar manusia dapat ditegakkan secara baik.

b) Sekalipun HAM dimiliki oleh kelompok LGBT, namun sesungguhnya ada juga Kewajiban Asasi Manusia (KAM) yang harus dipatuhi oleh setiap orang sebagai termakub dalam Pasal 29, ayat (1 dan 2) DUHAM yaitu: (1) Setiap orang mempunyai kewajiban terhadap masyarakat tempat satusatunya di mana dia dapat mengembangkan kepribadiannya dengan bebas dan penuh. (2) Dalam menjalankan hak-hak dan kebebasan-kebebasannya, setiap orang harus tunduk hanya pada pembatasan-pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang yang tujuannya semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan yang tepat terhadap hak-hak dan kebebasan-kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi syarat-syarat yang adil dalam hal kesusilaan, ketertiban dan kesejahteraan umum dalam suatu masyarakat yang demokratis. Jadi, keniscayaan bagi kelompok LGBT untuk mendapatkan hak-hak asasi mereka adalah berupa jaminan perawatan atau pengobatan terhadap penyakit LGBT tersebut. Bukan HAM dalam pengakuan atau melegalkan terhadap orientasi seksual mereka yang menyimpang.

c) Sekalipun perkawinan dalam DUHAM, ICCPR dan ICECSR hanya dilihat dari faktor persetujuan saja, akan tetapi dikarenakan agama-agama di Indonesia menjadikan perkawinan sebagai bentuk ibadah, sakramen, dsb, maka hukum perkawinan di Indonesia diatur bukan hanya keperdataanya saja tetapi juga menjunjung tinggi nilai-nilai agama dan Pancasila. Sementara jaminan terhadap hak atas kebebasan beragama dan beribadah, setelah perubahan UUD 1945, diatur pula dalam Pasal 28E ayat (1) Perubahan Kedua UUD 1945, yaitu: "Setiap orang bebas memeluk agamanya masing-masing dan beribadat menurut agamanya ...." Konsep hak atas kebebasan beragama dan

beribadah di Indonesia adalah didasarkan pada Sila Pertama dari Pancasila "ke-Tuhanan YME", yang kemudian menjiwai dan Pasal 28E ayat (1) dan Pasal 29 UUD 1945. Jadi pengaturan pasal 2 ayat (1) "perkawinan dianggap sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaan para pihak", semata-mata mempertimbangkan perlindungan HAM masyarakat untuk beribadah menurut agamanya.

BAB IV

HUKUM PERKAWINAN ISLAM RESPONSIF GENDER

Studi tentang gender bukanlah sekedar upaya untuk memahami pola relasi antara laki-laki dan perempuan secara terpisah, akan tetapi lebih kepada bagaimana menempatkan keduanya dalam sistem sosial yang terientegrasi. Diskursus tentang gender selama ini antara lain mengelaborasi kuatnya pengaruh pemahaman doktrin agama, termasuk Islam, dalam melanggengkan pemahaman ketidakadilan terhadap perempuan. Hal tersebut berimplikasi tidak hanya pada marginalisasi dan subordinasi di berbagai sektor kehidupan, tetapi bahkan sampai kepada tingkat kekerasan terhadap perempuan. .

Perlindungan perempuan dan kesetaraan gender telah menjadi isu penting dalam hukum perkawinan di Indonesia. Sejak diterbitkannya UU No. 22 Tahun 1946 tentang Nikah, Talak, dan Rujuk, yang sekaligus menghapus keberadaan 2 ordonansi kolonial (Stb. 1929 No. 348 dan perubahan/tambahannya dalam Stb. 1931 No. 467, serta Stb. 1933 No. 98) paling tidak mulai ada pengawasan lembaga perkawinan di kalangan masyarakat Muslim oleh Pegawai (Pejabat) Pencatat Nikah. Pejabat ini ditugasi untuk mencatat

semua nikah, talak dan rujuk dan diwajibkan memberikan petikan dari buku pendaftaran itu kepada pihak suami-istri. Walaupun UU ini sama sekali tidak mengatur hukum materiil perkawinan dan hanya mengatur administrasi perkawinan, akan tetapi perlindungan istri dari kesewenang-wenangan suami melakukan poligami maupun segala hal yang diakibatkan perceraian setidaknya dapat diawasi oleh Pegawai Pencatat Nikah.

Pada tahun 1952 suatu bagian baru, yakni Biro Peradilan Agama dibentuk melalui Peraturan Menteri Agama No. 9 dan 10, dan Penetapan Menteri Agama No. 41 Tahun 1952. Terbentuknya Biro Peradilan Agama memberikan jalan ke luar dari kesulitan hidup berumah tangga, khususnya para istri. Hal ini diperkuat hasil penelitian Judith Djamour dalam *The Muslim Matrimonial Court* (1966: 147) yang menyebut bahwa di Indonesia Peradilan Agama merupakan lembaga yang istimewa bagi perempuan. Di masa itu sengketa antara suami-istri masih memungkinkan diselesaian melalui KUA dan melalui Peradilan Agama. Jika dibawa masalahnya ke KUA umumnya lebih menguntungkan pihak suami, akan tetapi jika diajukan ke Peradilan Agama pihak istri lebih diuntungkan.

Tarik ulur kepentingan masyarakat atas pelayanan KUA dan Peradilan Agama ini kemudian melahirkan gagasan untuk membentuk BP4 (saat itu kepanjangannya ialah Badan Penasehat Perkawinan dan Penyelesaian Perkawinan) pada 1954. BP4 dibentuk di tiap-tiap KUA yang diketuai kepala KUA dan beranggotakan para tokoh masyarakat, baik pria maupun wanita, dan sering istri bupati menjadi salah satu anggotanya. Tujuan pembentukan BP4 adalah untuk memberikan nasehat kepada suami-istri yang sedang menghadapi persoalan rumah tangga, menggali penyebab mengapa mereka ingin bercerai dan mengusahakan kerukunan kembali di antara mereka.

Ada juga yang beranggapan bahwa pembentukan BP4 bertujuan membelokkan arah dari tuntutan perancangan UU

Perkawinan yang sudah mulai mengemuka semenjak tahun 1950. Nani Soewondo Soerasno dalam *Kedudukan Wanita dalam Hukum dan Masyarakat*, misalnya mensinyalir hal itu dan dia menyatakan: "Keadaan yang memburuk dewasa ini hanya bisa diatasi dengan UU Perkawinan, dimana wanita baru dapat memperoleh perlindungan hukum, khususnya terhadap permaduan dan perceraian" (1955: 162).

Desakan masyarakat, terutama dari kaum perempuan, supaya Indonesia memiliki hukum perkawinan telah direspons pemerintah dengan kembali menggarap RUU Perkawinan pada tahun 1961. Namun karena masih terdapat perdebatan di kalangan anggota parlemen dan terjadinya peristiwa politik yang menyebabkan pemerintahan Soekarno tumbang pada 1966, keinginan memiliki UU Perkawinan belum dapat terwujud. Harapan agar perempuan dapat dilindungi melalui hukum perkawinan baru terwujud dengan diterbitkannya UU No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan. Di antara asas-asas atau prinsip-prinsip UU Perkawinan ini adalah:

a) Tujuan perkawinan adalah membentuk keluarga yang bahagia dan kekal. Untuk itu suami istri perlu saling membantu dan melengkapi, agar masing-masing dapat mengembangkan kepribadiannya membantu dan mencapai kesejahteraan spiritual dan material.

b) Dalam Undang-undang ini bahwa suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu; dan di samping itu tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam Surat-surat keterangan, suatu akte resmi yang juga dimuat dalam pencatatan;

c) Undang-undang ini menganut azas monogamy. Hanya apabila dikehendaki oleh yang bersangkutan, karena hukum dan agama dari yang bersangkutan mengizinkan, seorang suami dapat beristri lebih dari seorang. Namun demikian perkawinan seorang suami dengan lebih dari seorang istri, meskipun hal itu dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan, hanya dapat dilakukan apabila dipenuhi berbagai persyaratan tertentu dan diputuskan oleh Pengadilan;

d) Undang-undang ini mengatur prinsip, bahwa calon suami istri itu harus telah masak jiwa raganya untuk dapat melangsungkan perkawinan, agar dapat mewujudkan tujuan perkawinan secara baik tanpa berakhir pada perceraian dan mendapatkan keturunan yang baik dan sehat. Untuk itu harus dicegah adanya perkawinan di antara calon suami istri yang masih di bawah umur;

e) Karena tujuan perkawinan adalah untuk membentuk keluarga yang bahagia kekal dan sejahtera maka Undang-undang ini menganut prinsip untuk mempersukar terjadinya perceraian, harus ada alasan-alasan tertentu serta harus dilakukan di depan Sidang Pengadilan;

f) Hak dan kedudukan istri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami baik dalam kehidupan rumah tangga maupun dalam pergaulan masyarakat, sehingga dengan demikian segala sesuatu dalam keluarga dapat dirundingkan dan diputuskan bersama oleh suami istri.

A. SEPUTAR PEREMPUAN DALAM HUKUM PERKAWINAN

1. Ijin Berpoligami

UU Perkawinan pada dasarnya menganut asas monogami yaitu seorang pria hanya boleh mempunyai seorang istri dalam waktu yang bersamaan. Hal ini sebagaimana diatur dalam pasal 3 ayat (1), namun bukan bersifat limitatif sebab di ayat (2)

disebutkan: Pengadilan dapat member ijin pada seorang suami untuk beristri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh para pihak yang bersangkutan.

UU Perkawinan tidak menutup kemungkinan suami melakukan poligami dengan ketentuan jumlah istri dalam waktu yang bersamaan terbatas hanya sampai empat orang istri. Syarat utama boleh berpoligami suami harus mampu berlaku adil terhadap istri-istrinya dan anak-anaknya. Apabila syarat utama itu tidak terpenuhi suami dilarang melakukan poligami. Hal ini sebagaimana diatur dalam pasal 55 KHI.

Di samping itu walaupun poligami sudah dikehendaki oleh suami istri, suami harus terlebih dulu mendapatkan ijin dari Pengadilan (pasal 3 ayat (2) UU Perkawinan). Apabila suami memaksakan diri melakukan poligami tanpa ijin pengadilan maka perkawinan keduakalinya dan seterusnya tidak memiliki kekuatan hukum. Pengadilan baru dapat member ijin kepada suami yang hendak berpoligami apabila ada alasan yang tepat sebagaimana diatur dalam pasal 4 ayat (2) UU No. 1 tahun 1974 jo pasal 41 PP No. 9 Tahun 1974, yaitu:

a) Istri tidak dapat menjalankan kewajiban sebagai istri;
b) Istri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan;
c) Istri tidak dapat melahirkan keturunan.

Di samping syarat-syarat tersebut di atas yng merupakan alasan untuk mengajukan perkawinan poligami ke pengadilan juga harus dipenuhi syarat-syarat pendukung, seperti:

a) Ada persetujuan dari istri/istri-istrinya;
b) Ada kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan hidup istri dan anak-anaknya;
c) Ada jaminan bahwa suami berlaku adil terhadap para istri dan anak-anak mereka.

Mengenai persetujuan dari istri yang menyetujui suaminya untuk melakukan poligami dapat diberikan secara tertulis ataupun lisan. Namun sekalipun telah ada persetujuan tertulis, persetujuan ini harus dipertegas dengan persetujuan lisan dari istri pada sidang di pengadilan. Dalam pasal 5 ayat (5) UU Perkawinan jo pasal 58 ayat (3) KHI juga diatur tentang pengecualian persetujuan dari istri buat suami melakukan poligami, yaitu:

(a) Istri tidak mungkin dimintai persetujuan

(b) Istri tidak dapat menjadi pihak dalam suatu perjanjian;

(c) Istri tidak terdengar kabar keberadaannya sekurang-kurangnya 2 (dua) tahun;

(d) Sebab-sebab lainnya yang perlu mendapatkan penilaian dari hakim pengadilan.

Kemudian pada pasal 59 KHI dinyatakan: "Dalam hal istri tidak mau memberikan persetujuan dan permohonan izin untuk beristri lebih dari satu orang berdasarkan salah satu alasan yang diatur dalam pasal 55 ayat (2) dan 57, Pengadilan Agama dapat menetapkan tentang pemberian ijin setelah memeriksa dan mendengar istri yang bersangkutan di persidangan Pengadilan Agama, dan terhadap penetapan ini istri atau suami dapat mengajukan banding atau kasasi."

2. Nusyuz dan Kelalaian Suami Istri

Dalam hukum perkawinan di Indonesia, ketentuan *nusyuz* istri diatur dalam pasal 84 KHI;

a) Istri dapat dianggap *nusyuz* jika ia tidak mau melaksanakan kewajiban-kewajiban sebagaimana dimaksud dalam pasal 83 ayat (1) kecuali dengan alasan yang sah;

b) Selama istri dalam *nusyuz*, kewajiban suami terhadap istrinya tersebut pada pasal 80 ayat (4) huruf a dan b tidak berlaku kecuali hal-hal untuk kepentingan anaknya;

c) Kewajiban suami tersebut pada ayat (2) di atas berlaku kembali sesudah istri tidak nusyuz;

d) Ketentuan tentang ada atau tidak adanya nusyuz dari istri harus didasarkan atas bukti yang sah.

Jika ikatan perkawinan diperumpaman perikatan dalam hukum perdata, perbuatan hukum itu menimbulkan hak dan kewajiban bersama. Suami istri memikul kewajiban yang luhur untuk menegakkan rumah tangga yang menjadi sendi dasar dari susunan masyarakat. Hak dan kedudukan istri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami dalam kehidupan berumah tangga dan pergaulan hidup bersama dalam masyarakat. Suami istri wajib saling mencintai, hormat menghormati, setia dan memberikan bantuan lahir bathin yang satu kepada yang lain. Suami merupakan kepala keluarga dan istri ibu rumah tangga yang masing-masing mempunyai hak untuk melakukan perbuatan hukum. Jika suami atau istri melalaikan kewajibannya masing-masing dapat mengajukan gugatan kepada Pengadilan.

Ketentuan *nusyuz* dimasukkan dalam pasal-pasal KHI yang mengatur hak dan kewajiban suami-istri. *Nusyuz* ibarat perbuatan *wan prestasi* dari satu pihak yang merugikan pihak lain sehingga mengakibatkan timbulnya hak bagi pihak lain yang dirugikan untuk melakukan tindakan untuk memulihkan haknya: Mulai meminta ganti rugi hingga membatalkan perikatan. Hanya saja *wan prestasi* dalam perikatan perkawinan (*nusyuz*) apa hanya dilakukan pihak istri, dan bukan suami? Bukankah suami juga kemungkinannya melakukan *wan prestasi* juga? Inilah salah satu yang menjadi sorotan dalam hukum hukum perkawinan di Indonesia.

3. Perjanjian Perkawinan

Perjanjian perkawinan diatur di dalam Pasal 29 ayat (1) UU Perkawinan

a) Pada waktu atau sebelum perkawinan dilangsungkan kedua pihak atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut.
b) Perjanjian tersebut tidak dapat disahkan bilamana melanggar batars-batas hukum, agama dan kesusilaan;
c) Perjanjian tersebut berlaku sejak perkawinan dilangsungkan;
d) Selama perkawinan berlangsung perjanjian tersebut tidak dapat dirubah, kecuali bila dari kedua belah pihak ada persetujuan untuk merubah dan perubahan tidak merugikan pihak ketiga.

Namun sesudah Mahkamah Konstitusi mengabulkan secara bersyarat permohonan Ike Farida, seorang warga negara Indonesia yang menikah dengan warga negara Jepang. Mahkamah memberi tafsir konstitusional terhadap Pasal 29 ayat (1), ayat (3), dan ayat (4) melalui Putusan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015. Terutama bunyi Pasal 29 ayat (1) menjadi: "Pada waktu, sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan suami istri atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut." Dengan putusan itu, kini perjanjian tak lagi bermakna perjanjian yang dibuat sebelum perkawinan tetapi juga bisa dibuat setelah perkawinan berlangsung.

Dalam KHI Perjanjian perkawinan dibahas di dalam pasal 45 hingga 52. Perjanjian perkawinan dapat berbentuk: (a) Ta'lik talak, dan (b) perjanjian lain asal tidak bertentangan dengan hukum Islam. Khusus mengenai bentuk perjanjian yang lain meliputi:

Pertama, hal yang menyangkut kedudukan harta dalam perkawinan:

a) Boleh berisi percampuran harta pribadi;

b) Pemisahan harta pencaharian masing-masing. Hal ini ditujukan untuk melindungi istri atas hasil pencahariannya;

c) Kewenangan pembebanan harta pribadi dan harta bersama;

d) Perjanjian perkawinan mengenai harta tidak boleh menghilangkan kewajiban suami untuk memenuhi kebutuhan rumah tangga.

Kedua, tentang perjanjian perkawinan dalam poligami; mengenai tempat kediaman, waktu giliran, dan biaya rumah tangga.

4. Penyelesaian Harta Bersama

Ketentuan harta bersama diatur dalam pasal 35, 36 dan 37 UU Perkawinan. Harta bersama merupakan harta yang diperoleh selama berlangsungnya perkawinan, terkecuali ditentukan lain melalui perjanjian perkawinan. Ada pula yang disebut harta bawaan yaitu bawaan dari masing-masing suami istri dan harta yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan. Harta bawaan berada di bawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain dalam sebuah perjanjian.

Harta bersama tersebut dapat berupa berupa benda yang berwujud dan benda tidak berwujud. Harta berupa benda berwujud yaitu benda bergerak dan benda tidak bergerak, sementara harta berupa benda tidak berwujud dapat berupa hak dan kewajiban. Harta bersama ini dapat dijadikan sebagai barang jaminan oleh salah satu pihak atas persetujuan pihak lainnya, baik suami maupun istri tidak boleh menjual atau memindahkan harta bersama tanpa adanya kesepakatan terleih dahulu.

Harta bersama dari perkawinan suami yang mempunyai istri lebih satu orang, masing-masing terpisah dan berdiri sendiri. Kepemilikan harta bersama tersebut terhitung sesudah berlangsungnya akad nikah dari perkawinan kedua, atau ketiga, atau keempat. Hal ini terutama untuk menentukan bagian masing-

masing akibat terjadinya perceraian dan kematian salah satu pihak. Pembagian masing-masing pihak mendapatkan seperdua --sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan--adalah penentuannya terhitung semenjak perkawinan pertama, kedua, ketiga, dan keempat.

Dalam hal terjadi perselisihan mengenai harta bersama, di dalam pasal 88 KHI dinyatakan: Apabila terjadi perselisihan antara suami istri tentang harta bersama maka penyelesaian perselisihan itu diajukan ke Pengadilan Agama.

5. Cerai Talak

Pasal 38 UU Perkawinan menyebutkan: Perkawinan dapat putus karena; (a) kematian; (b) perceraian; dan (c) atas keputusan pengadilan. Perceraian adalah talak berupa ikrar suami dalam sidang pengadilan yang diucapkan setelah terlebih dahulu mendengarkan keterangan saksi-saksi, keluarga dan orang-orang dekat dengan kedua belah pihak. Dengan demikian perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang pengadilan setelah pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak. Untuk melakukan perceraian harus ada alasan yang cukup, bahwa antara suami istri tersebut tidak dapat hidup rukun sebagai suami istri.

Alasan alasan yang dapat dijadikan dasar melakukan perceraian dimuat dalam memori penjelasan pasal 39 ayat (2) UU No. 1 Tahun 1974 jo pasal 19 PP No. 9 Tahun 1975 dan pasal 116 KHI, yang terdiri dari:

a) Salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabuk, pemadat, penjudi dan lain-lain sebagainya yang sukar disembuhkan;
b) Salah satu pihak meninggalkan pihak lain selama 2 (dua) tahun berturut-turut tanpa ijin pihak lain atau tanpa alasan yang sah atau karena hal lain di luar kemampuannya;

c) Salah satu pihak mendapat hukuman penjara 5 (lima) tahun atau hukuman yang lebih berat setelah perkawinan berlangsung;

d) Salah satu pihak melakukan kekejaman dan penganiayaan berat yang membahayakan pihak yang lain;

e) Salah satu pihak mendapat cacat badan atau penyakit dengan akibat tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami istri;

f) Antara suami dan istri terus menerus terjadi pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga;

g) Suami melanggar taklik talak;

h) Terjadi peralihan agama atau murtad yang menyebabkan terjadinya ketidakrukunan antara suami dan istri di dalam rumah tangga.

Khusus huruf (g) dan (h) di atas merupakan penambahan alasan cerai dalam KHI yang belum diatur dalam UU No. 1 Tahun 1974 jo PP No. 9 Tahun 1975. Dengan demikian Pengadilan Agama dapat memutus hubungan perkawinan akibat suami melanggar taklik talak atau salah satu pihak berpindah agama. Selain itu dalam KHI juga diatur hukum li'an yang dapat digunakan oleh suami sebagai alat bukti perbuatan zina yang dilakukan oleh istri dan untuk mengingkari anak yang ada dalam kandungan istri.

6. Gugat Cerai

Gugat cerai diajukan oleh istri atau kuasanya kepada Pengadilan Agama yang daerah hukumnya mewilayahi tempat tinggal penggugat kecuali istri meninggalkan tempat kediaman bersama tanpa ijin suami. Jika istri meninggalkan tempat kediaman bersama tanpa ijin suami, gugatan harus diajukan kepada pengadilan yang daerah hukumnya mewilayahi tempat kediaman suaminya. Dalam hal tergugat bertempat tinggal di luar negeri,

Ketua Pengadilan Agama memberitahukan gugatan tersebut kepada tergugat melalui Perwakilan Republik Indonesia setempat. Hal ini diatur di dalam pasal 132 KHI ayat (1) dan (2).

Di dalam KHI, secara khusus gugatan perceraian digunakan untuk penyebutan *khulu'* atau permohonan cerai yang dilakukan istri menurut hukum Islam. Hal ini sedikit berbeda dengan gugatan perceraian yang diatur di dalam pasal 20 PP No. 9 Tahun 1975 yang menyatakan: Gugatan perceraian diajukan oleh suami atau istri atau kuasanya kepada Pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat kediaman tergugat. PP No. 9 Tahun 1975 menerapkan istilah gugatan perceraian untuk istri dan suami sebab pada dasarnya merupakan acara gugat *contentiosa*. Baik istri yang menginginkan *khulu'* dari suaminya, maupun suami yang melakukan cerai talak terhadap istrinya harus melalui proses pemeriksaan yang dilakukan berdasarkan asas *audi et alteram partem*.

Jadi, KHI menggunaan istilah "gugatan perceraian" untuk istri atau kuasanya bertujuan semata-mata untuk menegaskan konsep *khulu'*. Adapun proses gugatan perceraian dari pihak istri maupun pihak suami adalah sama-sama menerapkan asas *audi et alteram partem*, berdasarkan rumusan pasal 138 KHI dan diatur pula di dalam pasal 66 UU No. 7 Tahun 1989.

Setiap kali diadakan sidang Pengadilan Agama yang memeriksa gugatan perceraian, baik penggugat maupun tergugat atau kuasa mereka akan dipanggil untuk menghindari sidang tersebut. Panggilan untuk menghindari sidang dilakukan oleh petugas yang ditunjuk oleh Ketua Pengadilan Agama. Panggilan disampaikan kepada pribadi yang bersangkutan. Apabila yang bersangkutan tidak dapat dijumpai, panggilan disampaikan melalui Lurah atau yang sederajat. Panggilan dilakukan secara patut dan sudah diterima oleh penggugat maupun tergugat atau kuasa

mereka selambat-lambatnya 3 (tiga) hari sebelum sidang dibuka. Panggilan kepada tergugat dilampiri dengan salinan surat gugatan.

Pada sidang pemeriksaan gugatan perceraian, suami istri datang sendiri atau mewakilkan kepada kuasanya. Dalam hal suami atau istri mewakilkan, untuk kepentingan pemeriksaan hakim Pengadilan Agama dapat memerintahkan yang bersangkutan untuk hadir sendiri. Dalam pemeriksaan gugatan perceraian dan selama perkara belum diputuskan, hakim atau pejabat yang ditunjuk dapat mengupayakan perdamaian antara kedua belah pihak. Suatu perceraian dianggap terjadi beserta akibat-akibatnya terhitung sejak jatuhnya putusan pengadilan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap.

7. Akibat Putusnya Perkawinan

Akibat putusnya perkawinan karena perceraian, disebutkan dalam pasal 41 huruf c bahwa pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan/atau menentukan suatu kewajiban bagi bekas istri. Ketentuan ini diperluas dalam KHI pasal 149 sampai pasal 152.

Di dalam pasal 149 KHI diatur, bilamana perkawinan putus karena talak, maka bekas suami wajin:

a) Memberi mut'ah yang layak kepada bekas istrinya, baik berupa uang atau benda, kecuali bekas istri tersebut *qobla al-dukhul*.

b) Memberi nafkah, maskan dan kiswah kepada bekas istri selama masa iddah, kecuali bekas istri telah dijatuhi talak ba'in atau nusyuz dan dalam keadaan hamil.

c) Melunasi mahar yang masih terhutang seluruhnya, dan separuh *qobla al-dukhul.*

d) Memberikan biaya hadhanah untuk anak-anaknya yang belum mencapai umur 21 tahun.

Sementara kewajiban bekas istri akibat putusnya perkawinan diatur di dalam pasal 151 KHI, bahwa bekas istri selama dalam

masa iddah wajib menjaga dirinya, tidak menerima pinangan, dan tidak menikah dengan pria lain. Kemudian pada pasal 151 dijelaskan bahwa bekas istri berhak mendapat nafkah iddah dari bekas suaminya, kecuali apabila ia nusyuz.

Diatur pula di dalam pasal 163 KHI, bahwa bekas suami berhak melakukan rujuk kepada bekas istrinya yang masih dalam iddah. Rujuk dapat dilakukan dalam hal-hal:

a) Putusnya perkawinan karena talak, kecuali talak yang telah jatuh tiga kali atau talak yang dijatuhkan *qobla al-dukhul;*
b) Putusnya perkawinan berdasarkan putusan Pengadilan dengan alasan-alasan selain zina dan khulu'.

Sekalipun demikian menurut pasal 164, seorang wanita dalam iddah talak raj'i berhak mengajukan keberatan atas kehendak rujuk dari bekas suaminya di hadapan Pegawai Pencatat Nikah yang disaksikan dua orang saksi. Bahkan di dalam pasal 165 dinyatakan bahwa rujuk yang dilakukan tanpa persetujuan bekas istri, dapat dinyatakan tidak sah dengan putusan Pengadilan Agama.

Rujuk harus dapat dibuktikan dengan Kutipan Buku Pendaftaran Rujuk dan apabila bukti tersebut hilang atau rusak sehingga tidak dapat dipergunakan lagi, dapat dimintakan duplikatnya kepada instansi yang mengeluarkannya semula, yakni Kantor Urusan Agama (KUA) Kecamatan.

B. PARAMETER RESPONSIF GENDER DALAM HUKUM PERKAWINAN

Pada tanggal 23 Juni 1993, Konperensi Dunia tentang Hak Asasi Manusia, menyetujui *The Vienna Declaration and Program of Action* (Deklarasi dan Program Aksi Wina), 1993. Deklarasi dan Program Aksi Wina, 1993 menyatakan bahwa: "Hak Asasi Perempuan" (*the human rights of women*) adalah bagian dari Hak

Asasi Manusia yang tidak dapat dicabut, integral dan tidak dapat dipisahkan".

Kaitan antara hak asasi perempuan dan hak asasi manusia:

a) Hak Asasi Perempuan adalah Hak Asasi Manusia, dan Hak Asasi Manusia adalah Hak Asasi Perempuan;

b) Perempuan sebagai manusia (*human being*) mempunyai hak yang sama, adil dan setara dengan laki-laki dalam setiap bidang kehidupan, suatu prinsip yang belum diakui dalam hukum di banyak negara, dan belum tercapai secara nyata di negara manapun juga;

c) Disebabkan karena kondisi biologisnya sebagai perempuan dan peran gender-nya, tidak terwujudnya hak asasi tertentu, yaitu hak atas fungsi reproduksi dan hak untuk kehidupan yang bebas dari segala bentuk kekerasan, mempunyai dampak yang lebih besar bagi perempuan dari pada laki-laki.

Definisi "diskriminasi terhadap perempuan" seperti ditentukan dalam Pasal 1 Konvensi CEDAW, termasuk juga kekerasan berbasis gender, yaitu;

a) Kekerasan yang langsung ditujukan terhadap perempuan, karena ia adalah perempuan, atau tindakan-tindakan yang memberi akibat pada perempuan secara tidak proporsional. Tindakan-tindakan tersebut termasuk tindakantindakan yang mengakibatkan kerugian atau penderitaan fisik, mental dan seksual atau ancaman-ancaman seperti itu, paksaan atau perampasan kebebasan lainnya;

b) Kekerasan berbasis gender yang merusak, menghalangi atau meniadakan penikmatan oleh perempuan atas hak asasinya dan kebebasan-kebebasan fundamental berdasarkan hukum internasional atau berdasar hak asasi manusia adalah diskriminasi dalam pengertian Pasal 1 Konvensi.

Dasar pemikiran yang digunakan dalam penyusunan parameter kesetaraan gender adalah penghormatan, perlindungan dan pemenuhan hak asasi perempuan sebagai hak asasi manusia. Oleh sebab itu perlu dijalankan secara mendalam sumber hukum hak asasi manusia, yang terkandung dalam:

a) Pancasila sebagai dasar dan ideologi Negara Republik Indonesia;

b) Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia yang ditetapkan tanggal 13 Nopember 1998;

c) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang didalamnya terkandung dalam 14 (empat belas) Rumpun Hak, dan dijabarkan dalam 40 (empat puluh) Hak Konstitusional setiap warga Negara Indonesia;

d) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 1984 tentang Pengesahan Konvensi Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Wanita (*Convention on the Elimination of All Discrimination Against Women*);

e) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia;

f) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan *Convention on Economic, Social and Cultural Rights* (Konvensi Internasional mengenai Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya);

g) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Convention on Civil and Political Rights* (Konvensi Internasional mengenai Hak-Hak Sipil dan Politik);

h) Undang-undang No. 19 tahun 2011 tentang Ratifikasi *Convention on The Rights of Persons With Disabilities* (Konvensi mengenai Hak Penyandang Disabilitas);

i) Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990 tentang Pengesahan *Convention on The Rights of the Child* (Konvensi mengenai Hak-Hak Anak)

j) Hasil Konferensi Dunia Ke-IV tentang Perempuan mengenaiDeklarasi dan Rencana Aksi Beijing (*Declaration and Beijing Platform for Action*, 1995);

k) Deklarasi dan Tujuan Pembangunan Millenium (*Millenium Development Goals*/MDG's) 2000.

Pada prinsipnya UU Perkawinan, Kompilasi Hukum Islam, maupun putusan Mahkamah Konstitusi atas perkara judicial review pasal-pasal tertentu dalam UU Perkawinan telah mengadaptasi Hak Asasi Manusia dan mengupayakan penghapusan segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan. Hal ini tercermin dalam ketentuan pasal-pasal perjanjian perkawinan yang telah diputuskan dengan Mahkamah Konstitusi No. 69/PUU-XIII/2015. Terutama bunyi Pasal 29 ayat (1) menjadi: "Pada waktu, sebelum dilangsungkan atau selama dalam ikatan perkawinan suami istri atas persetujuan bersama dapat mengajukan perjanjian tertulis yang disahkan oleh pegawai pencatat perkawinan atau notaris, setelah mana isinya berlaku juga terhadap pihak ketiga sepanjang pihak ketiga tersangkut." Dengan putusan itu, kini perjanjian tak lagi bermakna perjanjian yang dibuat sebelum perkawinan tetapi juga bisa dibuat setelah perkawinan berlangsung untuk melindungi kepentingan perempuan sesudah menjadi istri. Begitu juga dalam pasal-pasal penyelesaian harta bersama, dan pasal-pasal yang mengatur putusnya perkawinan dan akibatnya, telah memenuhi penghapusan segala bentuk deskriminasi terhadap perempuan.

Kini hanya menyisakan masalah poligami dan nusyuz istri berikut akibatnya yang masih disorot dan dianggap belum perpihak kepada kepentingan perempuan. Namun demikian, secara normatif dalam kasus suami beristri lebih dari satu tanpa seijin pengadilan,

sebetulnya dapat dijerat dengan KUHP dan Perundang-undangan administrasi yang bersanksi pidana. *Pertama, penal policy* dengan KUHP Pasal 279 yang berbunyi:

a) Diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun:
   1) Barangsiapa mengadakan perkawinan padahal mengetahui bahwa perkawinan atau perkawinan-perkawinan yang telah ada menjadi penghalang yang sah untuk itu;
   2) Barang siapa mengadakan perkawinan padahal mengetahui bahwa perkawinan atau perkawinan-perkawinan pihak lain menjadi penghalang untuk itu;
b) Jika yang melakukan perbuatan berdasarkan ayat 1 butir 1 menyembunyikan kepada pihak lain bahwa perkawinan yang telah ada menjadi penghalang yang sah untuk itu diancam dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun.

Kedua, *penal policy* melalui Perundang-undangan administrasi yang bersanksi pidana. Di awal sudah disebutkan bahwa Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan tidak mengatur sanksi pidana, dan implementasi kebijakan pidana dalam hukum perkawinan justru diatur melalui Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 Pasal 45 yang berbunyi:

a) kecuali apabila ditentukan lain dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka:
   1) Barang siapa yang melanggar ketentuan yang diatur dalam Pasal 3, 10 ayat (3), dan 40 Peraturan Pemerintah ini dihukum dengan hukuman denda setinggi-tingginya Rp 7.500, 00 (tujuh ribu lima ratus rupiah).
   2) Pegawai Pencatat yang melanggar ketentuan yang diatur dalam Pasal 6, 7, 8, 9, 10, ayat (1), 11, 13, dan 44 Peraturan Pemerintah ini 34 dihukum dengan hukuman kurungan selama-lamanya 3 (tiga) bulan atau denda setinggi-tingginya Rp 7.500, 00 (tujuh ribu lima ratus rupiah).

b) Tindak pidana yang dimaksud dalam ayat (1) di atas merupakan pelanggaran.

Sebetulnya di samping Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 juga terdapat Perundang-undangan administrasi yang bersanksi pidana di bidang perkawinan, yakni Undang-undang No. 22 Tahun 1946 tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk. Hemat penulis, Undang-undang ini tetap berlaku dan tidak termasuk yang "tidak diberlakukan" dalam Pasal 66 Undang-undang No. 1 Tahun 1974. Alasannya dalam penjelasan Pasal 12 Undang-undang Perkawinan itu masih dibunyikan; "Ketentuan Pasal 12 ini tidak mengurangi ketentuan yang diatur dalam Undang-undang No. 22 Tahun 1946 jo Undang-undang No. 32 Tahun 1954." Dengan kata lain Undang-undang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk masih tetap berlaku.

Di dalam Undang-undang No. 22 Tahun 1946 Pasal 3 dijelaskan:

a) Barang siapa yang melakukan akad nikah atau nikah dengan seorang perempuan tidak di bawah pengawasan pegawai yang dimaksudkan pada ayat pasal 1 atau wakilnya dihukum denda sebanyak-banyaknya Rp. 50 (lima puluh rupiah).

b) Barang siapa yang menjalankan pekerjaan tersebut pada ayat (2) pasal 1 dengan tidak ada haknya dihukum kurungan selama-lamanya 3 bulan atau denda sebanyak-banyaknya Rp. 50 (lima puluh rupiah).

c) Jika seorang laki-laki yang menjatuhkan talak atau merujuk sebagaimana tersebut pada ayat (1) pasal 1, tidak memberitahukan hal itu dalam seminggu kepada pengawas yang dimaksudkan pada ayat (2) pasal 1 atau wakilnya, maka ia dihukum denda sebanyak-banyaknya Rp. 50 (lima puluh rupiah).

d) Orang yang tersebut pada ayat (2) pasal 1 karena menjalankan pengawasan dalam hal nikah, ataupun yang karena menerima

pemberitahuan tentang talak dan rujuk menerima biaya pencatatan nikah, talak dan rujuk lebih dari pada yang ditetapkan oleh menteri agama menurut ayat (4) pasal 1 atau tidak memasukkan nikah, talak dan rujuk di dalam buku pendaftaran masing-masing sebagaimana yang dimaksud pada ayat (1) pasal 2, atau tidak memberikan petikan dari pada buku pendaftaran tersebut di atas tentang nikah yang dilakukan di bawah pengawasannya atau talak dan rujuk yang dibukukannya, sebagaimana yang dimaksud pada ayat (2) pasal 2, maka dihukum kurungan selama-lamanya 3 (tiga) bulan atau denda sebanyak-banyaknya Rp. 100 (seratus rupiah).

Berdasarkan ketentuan hukum pidana itu, unsur pemidanaan tindak pidana di bidang perkawinan terdapat pada bentuk pelanggaran Undang-undang Pidana dan Perundang-undang administrasi yang bersanksi pidana, yaitu berupa: (1) poligami tidak sah (Pasal 279 KUHP), (2) Nikah sirri/di bawah tangan (Pasal 45 Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 dan Pasal 3 No. 22 Tahun 1946, (3) Talak sirri/di luar lembaga resmi (Pasal 3 No. 22 Tahun 1946), (4) Gratifikasi (Pasal 3 No. 22 Tahun 1946), dan (5) Tidak menjalankan tugas (Pasal 45 Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975).

Pertama, poligami tidak sah. Dalam Undang-undang No 1 Tahun 1974 secara tegas disebutkan, dasar/prinsip perkawinan adalah monogini/monogami. Disebutkan dalam Pasal 3 ayat (1): "Pada asasnya adalah perkawinan seorang pria hanya boleh mempunyai seorang istri. Seorang wanita hanya boleh mempunyai seorang suami." Namun demikian tetap ada kemungkinan untuk poligami atau beristri lebih dari satu, maksimal empat orang. Kemungkinan poligami harus ada izin dari dari pengadilan. Pasal 3 ayat (2) menyatakan; "Pengadilan dapat memberi izin kepada seorang suami untuk beristri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan."

Kehendak poligami harus dibuat dalam bentuk permohonan kepada Pengadilan di daerah tempat tinggalnya dengan disertai alasan-alasan yang memperbolehkan, berupa; (a) istri tidak dapat menajlankan kewajibannya sebagai istri; (b) istri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan; dan (istri tidak dapat melahirkan keturunan. Di samping itu permohonan izin poligami harus memenuhi syarat-syarat: (a) adanya persetujuan dari istri/istri-istri; (b) adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan-keperluan istri-istri dan anak-anak mereka; dan (c) adanya jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap istri-istri dan anak-anak mereka. Dengan demikian, praktik pologami yang tidak memenuhi ketentuan hukum administrasi perkawinan ini dianggap poligami tidak sah.

Kedua, Nikah sirri atau perkawinan di bawah tangan. Perkawinan pada prinsipnya merupakan perikatan atau akad untuk menghalalkan pergaulan dan menimbulkan timbal-balik antara hak dan kewajiban serta tolong-menolong antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan yang bukan mahramnya dalam waktu yang lama.[1] Dengan perkawinan terbentuk suatu kelompok masyarakat baru yang terdiri dari kepala keluarga dan anggota keluarga, suami-istri dan anak yang secara sah dibenarkan oleh norma, baik norma agama, norma susila dan norma hukum.

Nikah siri bisa didefinisikan sebagai "bentuk pernikahan yang dilakukan hanya berdasarkan aturan (hukum) agama dan atau adat istiadat, tetapi tidak diumumkan kepada khalayak umum dan juga tidak dicatatkan secara resmi pada kantor pegawai pencatat nikah. Dalam pasal 1 Undang-undang No. 1 tahun 1974, disebutkan bahwa perkawinan merupakan ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia berdasarkan ketuhanan yang maha esa. Pernikahan siri juga digolongkan menjadi

---

[1] Sulaiman Rasyid, *Fiqh Islam* (Jakarta, 2001), hlm. 374

2 (dua): Pernikahan yang dilakukan tanpa wali (belum meninggal dunia) dan pernikahan yang dilakukan dengan adanya wali dan terpenuhinya syarat-syarat lainnya tetapi tidak dicatat KUA setempat.

Perbedaan yang paling tampak antara pernikahan siri dengan pernikahan pada umumnya yaitu menyangkut pencatatan perkawinan. Pasal 2 ayat (2) Undang-undang No 1 Tahun 1974 menyatakan; "Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku." Sehingga setiap perkawinan yang tidak dicatatkan sebagaimana ketentuan dalam peraturan-peraturan perundang-undangan dikategorikan sebagai pelanggaran melawan hukum.

Ketiga, perceraian sirri atau pemutusan ikatan perkawinan sepihak. Putusnya perkawinan yang disebabkan karena perceraian dapat terjadi karena talak atau berdasarkan gugatan perceraian. Akan tetapi menurut Pasal 39 ayat (1) Undang-undang No 1 Tahun 1974: "Perceraian hanya dapat dilakukan di depan Sidang Pengadilan setelah Pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak." Alasan-alasan yang dapat dijadikan dasar untuk perceraian ialah:

a) Salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabok, pemadat, penjudi dan lain sebagainya yang sukar disembuhkan;
b) Salah satu pihak meninggalkan yang lain selama 2 (dua) tahun berturut-turut tanpa izin pihak yang lain dan tanpa alasan yang sah karena hal lain di luar kemauannya;
c) Salah satu pihak mendapat hukuman penjara 5 (lima) tahun atau hukuman yang lebih berat setelah perkawinan berlangsung;
d) Salah satu pihak melakukan kekejaman atau penganiayaan berat yang membahayakan terhadap pihak yang lain;

e) Salah satu pihak mendapat cacat badan atau penyakit yang mengakibatkan tidak dapat menjalankan kewajiban sebagai suami/istri;

f) Antara suami dan istri terus menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga.

Dengan demikian perceraian atau pemutusan hubungan perkawinan sepihak yang tidak dilakukan di depan Sidang Peradilan dapat dimasukkan jenis pelanggaran yang dikenai sanksi. Undang-undang Perkawinan No 1 tahun 1974 tidak mengimplementasikan sanksi pidana terhadap pelanggaran itu, akan tetapi Undang-undang No. 22 Tahun 1946 Pasal 3 mencantumkan sanksi pidana pelanggaran perceraian atas kemauan sepihak itu.

Keempat, gratifikasi perkawinan. Gratifikasi dalam arti luas adalah meliputi pemberian uang, barang, rabat (*discount*), komisi, pinjaman tanpa bunga, tiket perjalanan, fasilitas penginapan, perjalanan wisata, pengobatan cuma-cuma, dan fasilitas lainya. Gratifikasi perkawinan ialah pemberian kepada Pegawai Pencatat Perkawinan yang berhubungan jabatannya dan berlawanan dengan kewajiban dan tugasnya. Gratifikasi Perkawinan termasuk tindak pidana yang diancam dalam Undang-undang No. 22 Tahun 1946 Pasal 3 ayat (4). Bahkan sekarang sudah dimasukkan dalam kelompok pidana khusus berdasarkan ketentuan Pasal 12B Undang-undang No. 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, yang berbunyi: "Setiap gratifikasi kepada pegawai negeri atau penyelenggara Negara dianggap pemberian suap, apabila berhubungan dengan jabatannya dan berlawanan dengan kewajiban dan tugasnya."

Kelima, Pegawai pencatat perkawinan tidak menjalankan tugas pokoknya yaitu mengawasi, memeriksa dan mencatat perkawinan. Di dalam Undang Perkawinan maupun Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 tidak dijelaskan secara definitif jabatan Pegawai

Pencatat perkawinan. Akan tetapi (khusus yang berlaku bagi umat Islam) di dalam Peraturan Menteri Agama (PMA) tentang Pencatatan Nikah Pasal 2 ayat (1) disebutkan; "Pegawai Pencatat Nikah yang selanjutnya disebut PPN adalah pejabat yang melakukan pemeriksaan persyaratan, pengawasan dan pencatatan nikah/rujuk, pendaftaran cerai talak, gugat cerai, dan melakukan bimbingan perkawinan." Secara substansi tugas pokok Pegawai Pencatat perkawinanan yang diatur PMA ini berdasar kepada Undang-undang No. 22 Tahun 1946 jo. Undang-undang No. 32 Tahun 1954.

Walaupun PP No. 7 Tahun 1975 tidak menjelaskan definisi Pegawai pencatat nikah akan tetapi dari Pasal 3 sampai 11 dan Pasal 13 serta 44 disebutkan peran dan tugasnya, yang meliputi penerimaan dan pemeriksaan pemberitahuan perkawinan, penelitian administrasi perkawinan, penolakan permohonan jika terdapat halangan perkawinan, pengumuman dan penandatanganan pemberitahuan kehendak melangsungkan perkawinan, hingga pencatatan perkawinan.

Sementara yang dimaksud pelanggaran Pegawai Pencatat perkawinan yang bersanksi pidana hanya dibatasi sesuai yang diatur dalam Pasal 6 mengenai kewajiban meneliti administrasi perkawinan; Pasal 7 mengenai pemberitahuan jika terdapat halangan perkawinan; Pasal 8 tentang pengumuman pemberitahuan kehendak melangsungkan perkawinan; Pasal 9 mengenai penandatanganan pengumumam oleh Pencatat Perkawinan; Pasal 10 ayat (1) tentang perkawinan dilangsungkan setelah hari kesepuluh sejak pengumumam oleh Pegawai Pencatat; Pasal 11 tentang penandatanganan akta perkawinan oleh Pegawai Pencatat; Pasal 13 perihal penyimpanan akta nikah oleh Pegawai Pencatat; dan Pasal 44 perihal larangan Pegawai Pencatat melangsungkan pencatatan perkawinan poligami sebelum adanya izin Pengadilan.

BAB V

JABATAN PENGHULU RESPONSIVE GENDER

Sekarang ini sudah banyak perempuan yang menduduki posisi strategis, baik dalam lembaga legislatif, eksekutif maupun dalam kehidupan sosial. Pengarusutamaan gender di Indonesia dapat menepis persepsi tentang pengaruh lembaga keagamaan terhadap subordinasi perempuan di ruang public sebab banyak pemimpin perempuan di propinsi ujung barat Jawa ini.

Jika perempuan mampu menempati posisi kepala daerah, bagaimana dengan Aparatur Sipil Negara (ASN) perempuan dalam satuan kerja Kantor Urusan Agama (KUA)? KUA Kecamatan merupakan kepanjangan tugas Kantor Kementerian Agama Kabupaten/Kota di bidang Urusan Agama Islam dalam wilayah kecamatan. Lembaga pemerintah ini juga mengorganisasikan kegiatan-kegiatan lintas sektoral di wilayah kecamatan. Saperti halnya pemerintah daerah KUA Kecamatan juga memerlukan distribusi peran dan jabatan yang ideal dalam perspektif gender sebab pengguna jasa KUA tidak saja kaum adam tetapi juga kaum hawa.

Akan tetapi faktanya semenjak kelahirannya sampai sekarang, jabatan struktural di KUA selalu diisi kaum laki-laki dan perempuan tidak pernah mendudukinya. Di antara alasannya, jabatan-jabatan

yang tersedia di dalam KUA dianggap domain pria, seperti kepala KUA selain menjadi pejabat kepala kantor sekaligus ditunjuk sebagai wali hakim: yang diasumsikan menjadi domain lelaki. Makanya wajar jika ada asumsi ASN perempuan selamanya hanya menjadi staf sebab di KUA hanya ada dua jabatan struktural, yaitu kepala kantor dan staf. Di dalamnya tidak terdapat jabatan struktural lainnya. Kalaupun ada jabatan fungsional penghulu, dan itu pun selama ini hanya diduduki oleh orang laki-laki.

Secercah harapan sebenarnya pernah muncul, yaitu ketika dikeluarkannya Keputusan Menteri Agama (KMA) 477/2004 tentang Pencatatan Nikah. Menurut KMA ini, kepala KUA tidak sebagai penghulu dan juga tidak sebagai wali hakim. Berdasarkan KMA yang akhirnya dicabut oleh Peraturan Menteri Agama (PMA) 11/2007 ini, perempuan berpeluang menjabat sebagai kepala KUA. Hanya saja, tidak selang begitu lama keluarlah PMA 30/2005 tentang Wali Hakim. PMA yang disebut terakhir ini menunjuk kembali kepala KUA sebagai wali hakim. Sejak saat itulah tertutup lagi kesempatan perempuan untuk menduduki jabatan kepala KUA.

Pertanyaannnya sekarang, masih adakah peluang lain bagi perempuan untuk mengabdikan dan mengaktualisasikan diri di KUA sesuai dengan kapasitas dan kapabilitas yang dimilikinya? Dalam tulisan ini penulis menggunakan pendekatan hukum normatif dan sosiologis. Penggunaan hokum normatif berkenaan dengan aturan hukum Islam dan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan jabatan dan layanan keperdataan KUA Kecamatan. Sedangkan penggunaan pendekatan sosiologis dimaksudkan untuk mengkaji aspek organic-struktur-fungsional, aspek prilaku kelompok social dan aspek konflik social yang terlibat dalam pelayanan di KUA Kecamatan.

A. PERSPEKTIF FIQH: PENGANGKATAN ASN PEREMPUAN MENJADI PENGHULU DAN KEPALA KUA

Perempuan dalam Islam mendapatkan kedudukan yang mulia, serta hak dan kewajiban mereka setara dengan pria. Hal ini dipertegas dalam ayat al-Qur'an dan hadits Rasulullah Saw.

Firman Allah SWT dalam QS, Ali Imran: 195 (*Sesungguhnya Aku tidak menyia-nyiakan amal orang-orang yang beramal di antara kamu, baik laki-laki atau perempuan (karena) sebagian kamu adalah turunan dari sebagian yang lain*); QS. Al-Nahl: 97 (*Barangsiapa yang mengerjakan amal shalih, baik laki-laki maupun perempuan dalam keadaan beriman, maka sesungguhnya akan Kami berikan kepadanya kehidupan yang baik*).

Rasulullah SAW juga telah bersabda: *Seorang sahabat dating kepada NAbi SAW. Kemudian bertanya: "Siapa manusia yang paling berhak untuk diperlakukan baik dalam persahabatan. Nabi SAW menjawab: Ibumu! Lalu sahabat itu bertanya kembali: Siapa lagi?. Nabi SAW pun menjawab: Ibumu! Lalu sahabat itu bertanya kembali: Siapa lagi?. Nabi SAW pun menjawab: Ibumu! Lalu sahabat itu bertanya kembali: Siapa lagi?. Nabi SAW kemudian menjawab: Ayahmu!* (HR. Bukhari-Muslim). Begitu juga Rasulullah SAW bersabda: *Sesungguhnya perempuan itu laksana saudara kandung laki-laki.* (HR. Ahmad, Abu Dawud dan Tirmizdi)

Ayat dan hadits di atas adalah prinsip dasar pengakuan Islam terhadap hak-hak perempuan secara umum dan anugrah kemuliaan yang Allah berikan kepada kaum Hawa. Walaupun Islam telah mendasari prinsip integrative tentang perempuan yang sejajar dengan lelaki akan tetapi faktanya telah berkembang pemahaman distorsi antara laki-laki dan perempuan.

Pemikiran distorsi ini juga didasari ayat-ayat al-Qur'an dan Hadits Rasulullah Saw. Hal ini seperti dalam QS. Al-Nisa': 34 (*Lelaki adalah mengayomi perempuan karena kelebihan yang satu atas yang lainnya dank arena nafkah yang wajib mereka berikan.*); QS. Al-

Baqarah: 282 (*Persaksikanlah kepada dua orang laki-laki di antara kalian, jika tidak ada dua orang laki-laki maka seorang laki-laki dan dua orang perempuan*).

Sementara hadits yang dijadikan dasar mensubordinatkan perempuan adalah, diantaranya: *Tidak beruntung satu kaum yang menyerahkan kepemimpinannya kepada perempuan.* (HR. Bukhari); dan sabda Rasulullah Saw.: *Jangan sekali-kali seorang perempuan menjadi imam shalat untuk lelaki* (HR. Ibnu Majah).

Pemahaman distorsi antara laki-laki dan perempuan diperkuat dengan budaya masyarakat patrilinear dan kenyataan tingkat perbandingan proporsional pada generasi laki-laki –yang secara sosial, ekonomi dan politik— yang lebih unggul dibandingkan generasi perempuan. Hal ini tampak dalam pembahasan fiqh dalam masalah hukum kepemimpinan yang dipegang perempuan.

Ibn Rusyd dalam *Bidayat al-Mujtahid* (juz II, h. 706) berkomentar perihal silang pendapat antara Al-Thabari yang membolehkan perempuan menjadi hakim dalam segala urusan dengan Abu Hanifah yang hanya membolehkan dalam sengketa harta –di satu sisi—dan di sisi lain dengan mayoritas ulama yang sama sekali tidak membolehkan perempuan menjadi hakim.

Menurut Ibn Rusyd, ulama yang menolak hakim perempuan adalah mereka menyamakan masalah kedudukan hakim perempuan dengan pemimpin tertinggi Negara (*al-imamat al-kubra*), dan meng-qiyaskan perempuan dengan budak karena kehormatannya yang kurang. Ulama yang memperbolehkan hakim perempuan untuk masalah harta (Abu Hanifah), maka ia menyamakannya dengan kesaksian perempuan dalam masalah harta. Adapun ulama lain (Al-Thabari) yang memperbolehkan perempuan dalam segala hal, maka ia menyatakan bahwa hukum asal dalam masalah ini adalah setiap perkara yang mudah diputuskan di antara manusia maka hukumnya boleh kecuali dalam hal pimpinan tertinggi Negara yang telah dikhususkan oleh ijma' (atas ketidakbolehannya)."

Selisih pendapat antara tiga Imam (Maliki, Syafi'i dan Hanbali) yang tidak membolehkan hakim perempuan – Abu Hanifah yang membolehkan hakim perempuan di bidang perdata - Muhammad b. Jarir al-Thabari yang membolehkan hakim perempuan di segala urusan; juga dikomentari Abdul Wahhab al-Sya'rani dalam *Al-Mizan al-Kubra (*juz II, hlm. 189). Menurutnya, pendapat mayoritas imam mazhab itu merupakan pendapat ketat yang berlaku bigi ulama salaf dan khalaf. Sedangkan pendapat kedua yang dikemukakan Abu Hanifah terdapat keringanan, dan pendapat ketiga yang dinyatakan Muhammad b. Jarir al-Thabari merupakan pendapat sangat ringan. Berdasarkan analisis Abdul Wahhab al-Sya'rani, bahwa argumentasi Abu Hanifah dan Al-Thabari yang membolehkan perempuan menjadi hakim karena tugas hakim menentukan hukum atas sengketa itu termasuk *bab amar ma'ruf nahy munkar.* Sedangkan amar ma'ruf dan nahi munkar sendiri oleh para ulama tidak disyaratkan jenis kelamin laki-laki, perempuanpun diwajibkan.

Secara khusus, Abdul Wahhab al-Sya'rani juga mengkritisi dalil yang biasa dijadikan rujukan untuk menjustifikasi larangan hakim perempuan. Yaitu hadits Rasulullah Saw.: *Tidak akan pernah beruntung kaum yang menyerahkan urusannya kepada kepemimpinan perempuan*. Kritik hadits itu adalah bahwa sabda Rasulullah itu dilatarbelakangi peristiwa pengangkatan seorang ratu dari putrinya Raja Kisra (Persia). Jadi hadits ini tidak eksplisit melarang hakim perempuan.

Begitu pula Abdul Wahhab al-Sya'rani mengkritik pendapat yang mengharamkan hakim perempuan berdasarkan fakta empiris para *mursyid* (mentor tarikat-tasawuf) yang umumnya dari kalangan laki-laki. Katanya, betul bahwa belum pernah terdengar ada seorang perempuan di masa *al-salaf al-shalih* yang tampil menjadi mentor yang membimbing para murid tarekat karena derajat perempuan yang kurang. Meskipun ada sebagian yang sempurna dari kalangan mereka, seperti Maryam putri Imran dan Asiyah istri Fir'aun. Maka kesempurnaan mereka tersebut terkait dengan ketakwaan dan

agamanya, tidak terkait dengan penetapan hukum di kalangan masyarakat dan menuntun mereka suluk (menapaki) makam-makam kewalian."

Apa yang dikemukakan Abdul Wahab al-Sya'rani menyiratkan adanya faktor budaya dalam proses subordinasi perempuan. Dalam hal ini pemahaman distorsi antara laki-laki dan perempuan juga dipengaruhi budaya masyarakat patriarkhal. Kecenderungan ini tampak pula dalam interpretasi ulama besar, al-Hasan al-Bashri tentang lembaga yudikatif yang dimetamorfosikan menjadi lembaga legislatif yang dibolehkan diduduki kaum perempuan, seperti tertera dalam *Mughni al-Muhtaj* karya Muhammad al-Khatib al-Syirbini. "Ketika terjadi perbedaan pandangan dan kontradiksi dalil dalam suatu hukum para fuqaha disunnahkan bermusyawarah, sesuai firman Allah SWT: "Dan bermusyawarahlah dengan mereka dalam urusan itu" (QS. Ali Imran: 159). Al-Hasan al-Basri berkata: Nabi Saw, itu tidak perlu bermusyawarah namun beliau ingin menjadikannya sebagai tradisi bagi para juru hukum, --sampai perkataannya- bahwa yang dimaksud dengan Fuqaha adalah mereka yang diterima fatwanya, maka termasuk orang buta, dan wanita."

Dengan kata lain, perempuan tidak dibolehkan menjadi Juris Islam tetapi boleh menjadi ahli hukum yang dimintai fatwa. Sekalipun pada mulanya ketika belum ada pemisahan antara hakim dengan *faqih*, kemungkinannya perempuan juga dibolehkan menjadi ahli di bidang itu. Kemungkinan ini dapat dilihat dari pandangan ulama Hanafiyah yang membolehkan hakim dijabat perempuan. Begitu juga dalam hal perwalian nikah, dimana ulama Hanafiyah berbeda sendiri daripada tiga ulama mazhab yang lain, yaitu membolehkan perempuan menjadi wali atas pengantin perempuan yang belum dewasa atau wali anak laki-laki yang belum dewasa atau wali atas lelaki yang tidak waras akalnya, jika tidak ada wali laki-laki. Artinya dari sudut pandang ketentuan hakim dan ketentuan wali, menurut ulama Hanafiyah, dengan demikian wali hakim dari kaum perempuan diperbolehkan.

Kuatnya pengaruh budaya patriarkhi dalam perkembangan pemahaman distorsi antara laki-laki dan perempuan juga tampak dalam perkembangan fatwa tentang boleh dan tidaknya perempuan keluar rumah hingga keterlibatan perempuan dalam dunia public. Hal ini seperti terungkap dalam *I'anat al-Thalibih 'ala Syarh Fath al-Mu'in*: "Dan diantaranya, jika keluarnya (istri) itu untuk mencari nafkah dengan berdagang, meminta, atau bekerja ketika suami melarat atau tidak mampu memberi nafkah. Yang dimaksud (diantaranya) dalam pernyataan Syekh Zainuddin al-Malibari ialah hal-hal yang diperbolehkan istri keluar rumah (sebab darurat)."

Alasan darurat yang membolehkan keluar rumah itu pengecualian dari ketentuan utama hukum apa? Ternyata yang dijadikan alasan perempuan tidak boleh keluar rumah adalah kekhawatiran timbulnya fitnah. Pertanyaannya, kekhawatiran timbulnya fitnah itu merupakan ketetapan atau sangkaan? Ibn Hajar al-Haitama dalam *Al-Fatawa al-Kubra al-Fiqhiyyah* mengatakan, bahwa yang dimaksud fitnah adalah perzinahan dan *muqaddimah*-nya (yang memancing perbuatan zina). Dengan kata lain kekhawatiran timbulnya fitnah itu lebih kuat faktor sangkaannya. Karena hal itu pula kekhawatiran timbulnya fitnah itu juga memunculkan persepsi bahwa suara perempuan itu aurat, walaupun hal itu dibantah oleh Abdul Karim al-Mathari al-Dimyathi dalam *Syarh al-Sittin*: "Wanita tidak boleh mengeraskan suara membaca al-Qur'an demi menghindari timbulnya fitnah, walaupun pendapat yang lebih benar menyatakan bahwa suara wanita itu bukan aurat."

B. PERSPEKTIF YURIDIS: PENGANGKATAN ASN PEREMPUAN MENJADI PENGHULU DAN KEPALA KUA

Tugas KUA berdasarkan KMA No. 517 Tahun 2001 adalah melaksanakan sebagian tugas Kantor Kementerian Agama Kabupaten/Kota di bidang Urusan Agama Islam dalam wilayah kecamatan dan mengorganisasikan kegiatal-kegiatan lintas sektoral di wilayah kecamatan. Sedangkan fungsi KUA dengan merujuk fungsi

Seksi Urusan Agama Islam sebagaimana diatur dalam Pasal 88 KMA No. 373 Tahun 2002 adalah mengadakan pelayanan di bidang, yaitu (1) kepenghuluan; (2) bimbingan keluarga sakinah; (3) pangan halal; (4) ibadah social; dan (5) pengembangan kemitraan umat Islam. Berdasarkan tugas dan fungsi itu maka dalam setiap KUA diadakan jabatan yang diantaranya terdapat jabatan structural Kepala KUA dan jabatan fungsional Penghulu.

Kepala KUA Kecamatan adalah pegawai negeri sipil dengan jabatan structural terendah dan terbawah dalam struktur organisasi Kementerian Agama yang berkedudukan di tingkat kecamatan yang diberitugas sebagai Pegawai Pencatat Nikah (PPN) dan Wali hakim serta membantu sebagian tugas Kantor Kementerian Agama Kabupaten/Kota di bidang Urusan Agama Islam dalam wilayah kecamatan dan mengorganisasikan kegiatal-kegiatan lintas sektoral di wilayah kecamatan. Yaitu meliputi memberikan pelayanan di bidang agama, pembinaan kehidupan beragama, penyuluhan agama, pembinaan keluarga sakinah, pembinaan ibadah sosial, pembinaan kemitraan ummat, pembinaan zakat, wakaf, haji dan lain lain.

Pada mulanya kepala KUA merupakan jabatan tinggi sebab pada masa awal kemerdekaan Departemen Agama memiliki dua ujung tombak yaitu Pengadilan Agama (PA) dan Kantor Urusan Agama (KUA). Pejabat PA disebut hakim agama sedangkan pejabat KUA disebut penghulu atau naib, dan khusus di tingkat kecamatan disebut ketib. Jabatan kepala KUA berjenjang dari tingkat pusat sampai kecamatan. Akan tetapi seiring dengan pengembangan organisasi Kementerian Agama, jabatan kepala KUA hanya ada tingkat kecamatan sedangkan di tingkat pusat, provinsi, dan kabupaten/kota terlebur dalam struktur organisasi Kantor Kementerian Agama. Jadi, hanya Kepala KUA Kecamatan saja yang masih tetap bertugas di bidang administrasi perkawinan, terutama semenjak diundangkannya UU No. 1 Tahun 1974, dimana Kepala KUA kecamatan ditetapkan menjadi Pegawai Pencatan Nikah (PPN).

Kemudian, pada tahun 2001 Menteri Agama melakukan restrukturisasi organisasi Kementerian Agama, termasuk Kantor Urusan Agama. Berdasarkan KMA No. 517 Tahun 2001 tugas KUA diperluas, yaitu melaksanakan sebagian tugas Kantor Kementerian Agama Kabupaten/Kota di bidang Urusan Agama Islam dalam wilayah kecamatan dan mengorganisasikan kegiatal-kegiatan lintas sektoral di wilayah kecamatan. Sementara fungsi Seksi Urusan Agama Islam sebagaimana diatur dalam Pasal 88 KMA No. 373 Tahun 2002 adalah mengadakan pelayanan di bidang, yaitu (1) kepenghuluan; (2) bimbingan keluarga sakinah; (3) pangan halal; (4) ibadah social; dan (5) pengembangan kemitraan umat Islam. Dengan demikian kepala KUA tidak sekedar menangani administrasi perkawinan tetapi juga bidang-bidang keagamaan yang lain.

Dengan pertimbangan ini pula penugasan kepala KUA sebagai PPN di bidang administrasi perkawinan dianggap kurang tepat. Jabatan PPN yang melekat pada jabatan kepala KUA melalui KMA No. 477 Tahun 2004 tentang Pencatatan Nikah telah dicabut tugas serta dialihkan kepada institusi kepenghuluan. Pertimbangannya kepala KUA merupakan jabatan struktural sedangkan kepenghuluan adalah jabatan fungsional. Walaupun demikian, seperti diatur PMA No. 30 Tahun 2005, Kepala KUA masih diposisikan sebagai wali hakim, bersama dengan jabatan penghulu.

Akan tetapi pada tahun 2007 peraturan yang mengikat jabatan kepala KUA kembali dirubah. PMA No. 11 Tahun 2007 secara tegas menyatakan PPN dijabat Kepala KUA. Aturan tentang Pegawai Pencatat Nikah (PPN) disebut pada Bab II Pasal 2, 3 dan 4 PMA No. 11 Tahun 2007. Pasal 2 Ayat (1) berbunyi: "Pegawai Pencatat Nikah yang selanjutnya disebut PPN adalah pejabat yang melakukan pemeriksaan persyaratan, pengawasan dan pencatatan peristiwa nikah/rujuk, pendaftaran cerai talak, cerai gugat, dan melakukan bimbingan perkawinan." Sedangkan Ayat (2) menyatakan: "PPN dijabat oleh Kepala KUA."

Sedangkan jabatan penghulu berdasarkan PMA 11/ 2007 pasal 1 (3), penghulu adalah pejabat fungsional Pegawai Negeri Sipil yang diberi tugas, tanggungjawab, dan wewenang untuk melakukan pengawasan nikah/rujuk menurut agama Islam dan kegiatan kepenghuluan. Dalam Peraturan Bersama Menteri Agama dan Kepala Badan Kepegawaian Negara Nomor 20 Tahun 2005 dan Nomor 14 A Tahun 2005 serta Peraturan Menteri Pendayagunaan Aparatur Negara Nomor PER/62/M.PAN/6/2005 tentang Jabatan Fungsional Penghulu dan Angka Kreditnya, juga dijelaskan Penghulu adalah Pegawai Negeri Sipil sebagai Pegawai Pencatat Nikah yang diberi tugas, tanggung jawab, wewenang, dan hak secara penuh oleh Menteri Agama atau pejabat yang ditunjuk sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku untuk melakukan pengawasan nikah/ rujuk menurut agama Islam dan kegiatan kepenghuluan.

Berdasarkan pasal 4 Peraturan MENPAN Nomor: PER/62/M.PAN/6/2005 tentang Jabatan Fungsional Penghulu dan Angka Kreditnya, Penghulu memiliki tugas pokok yaitu : (a) Melakukan perencanaan kegiatan kepenghuluan, (b) Pengawasan pencatatan nikah / rujuk, (c) Pelaksanaan pelayanan nikah / rujuk, (d) Penasihatan dan konsultasi nikah / rujuk, (e) Pemantauan pelanggaran ketentuan nikah / rujuk, (f) Pelayanan fatwa hukum munahakat dan bimbingan muamalah, (h) Pembinaan keluarga sakinah, (i) Pemantauan dan evaluasi kegiatan kepenghuluan; (j) Pengembangan kepenghuluan.

Adapun rincian kegiatan penghulu sesuai dengan jenjang jabatannya sebagai berikut :

Pertama, Penghulu Pertama (pangkat III/a dan III/b) dengan tugas; (1) Menyusun rencana kerja tahunan kepenghuluan. (2) Menyusun rencana kerja operasional kegiatan kepenghuluan. (3) Melakukan pendaftaran dan meneliti kelengkapan administrasi pendaftaran kehendak NR. (4) Mengolah dan memverifikasi data calon pengantin. (5) Menyiapkan bukti pendaftaran NR. (6) Membuat

materi pengumuman peristiwa NR dan mempublikasikan melalui media. (7) Mengolah dan menganalisis tanggapan masyarakat terhadap pengumuman peristiwa NR. (8) Memimpin pelaksanaan akad NR melalui proses menguji kebenaran syarat dan rukun NR dan legalitas akad NR. (9) Menerima dan melaksanakan taukil wali nikah/ tauliyah wali hakim. (10) Memberikan khutbah/nasehat/do'a NR. (11) Memandu pembacaan sighat taklik thalak. (12) Mengumpulkan data kasus pernikahan. (13) Memberikan penasehatan dan konsultasi NR. (14) Mengidentifikasi kondisi keluarga pra sakinah. (15) Mengidentifikasi kondisi keluarga sakinah I. (16) Membentuk kader pembina keluarga sakinah. (17) Melatih kader Pembina keluarga sakinah. (18) Melakukan konseling kepada kelompok keluarga sakinah. (19) Memantau dan mengevaluasi kegiatan kepenghuluan. (20) Melakukan koordinasi kegiatan lintas sektoral di bidang kepenghuluan.

Kedua, Penghulu Muda (pangkat III/c dan III/d) yang memiliki tugas; (1) Menyusun rencana kerja tahunan kepenghuluan. (2) Menyusun rencana kerja operasional kegiatan kepenghuluan.(3) Meneliti data kebenaran data catin, wali nikah dan saksi di Balai Nikah. (4) Meneliti data kebenaran data catin, wali nikah dan saksi di luar Balai Nikah. (5) Meneliti kebenaran data pasangan rujuk dan saksi. (6) Melakukan penetapan dan atau penolakan kehendak NR dan menyampaikannya. (7) Menganalisis kebutuhan konseling/ penasehatan catin. (8) Menyusun materi dan desain pelaksanaan konseling/ penasehatan catin. (9) Mengarahkan/ memberikan materi konseling penasehatan catin. (10) Mengevaluasi rangkaian kegiatan konseling penasehatan catin. (11) Memimpin pelaksanaan akad NR melalui proses menguji kebenaran syarat dan rukun NR dan legalitas akad NR. (12) Menerima dan melaksanakan taukil wali nikah/ tauliyah wali hakim. (13) Memberikan khutbah/nasehat/do'a NR. (14) Memandu pembacaan sighat taklik thalak. (15) Mengidentifikasi, memverifikasi, dan memberikan solusi terhadap pelanggaran ketentuan NR. (16) Menyusun monografi kasus. (17)

Menyusun jadwal penasehatan dan konsultasi NR. (19) Memberikan penasehatan dan konsultasi NR. (20) Mengidentifikasi permasalahan hokum munakahat. (21) Menyusun materi bimbingan mu'amalah. (22) Membentuk kader pembimbing mu'amalah. (23) Mengidentifikasi kondisi keluarga sakinah II. (24) Mengidentifikasi keluarga sakinah III. (24) Menyusun materi pembinaan keluarga sakinah. (26) Membentuk kader Pembina keluarga sakinah. (27) Melatih kader Pembina keluarga sakinah. (29) Memantau dan mengevaluasi kegiatan kepenghuluan. (30) Melakukan konseling kepada kelompok keluarga sakinah. (31) Menyusun materi bahsul masail munakahat dan ahwal as syakhsiyah. (32) Melakukan uji coba hasil pengembangan metode penasehatan, konseling dan pelaksanaan NR. (34) Melakukan uji coba hasil pengembangan perangkat dan standar pelayanan NR. (36) Melakukan koordinasi kegiatan lintas sektoral di bidang kepenghuluan.

Ketiga, Penghulu Madya (pangkat IV/a, IV/b, dan IV/c) yang bertugas; (1) Menyusun rencana kerja tahunan kepenghuluan. (2) Menyusun rencana kerja operasional kegiatan kepenghuluan. (3) Memimpin pelaksanaan akad NR melalui proses menguji kebenaran syarat dan rukun NR dan legalitas akad NR. (4) Menerima dan melaksanakan taukil wali nikah/ tauliyah wali hakim. (5) Memberikan khutbah/nasehat/do'a NR. (6) Memandu pembacaan sighat taklik thalak. (7) Menganalisis kasus dan problematika rumah tangga. (8) Menyusun materi dan metode penasehatan dan konsultasi. (9) Memberikan penasehatan dan konsultasi NR. (10) Mengidentifikasi pelanggaran peraturan perundangang NR. (11) Melakukan verifikasi pelanggaran ketentuan NR. (12) Memantau dan mengevaluasi pelaksanaan NR. (13) Mengamankan dokumen NR. (14) Melakukan telaahan dan pemecahan masalah pelanggaran ketentuan NR. (15) Melaporkan pelanggaran kepada pihak yang berwenang. (16) Menganalisis dan menetapkan fatwahukum. (17) Melatih kader pembimbing mu'amalah. (18) Mengidentifikasi kondisi keluarga sakinah III plus. (19) Menganalisis bahan/ data

pembinaan keluarga sakinah. (20) Membentuk kader Pembina keluarga sakinah. (21) Melatih kader Pembina keluarga sakinah. (22) Melakukan konseling kepada kelompok keluarga sakinah. (23) Memantau dan mengevaluasi kepenghuluan. (24) Melaksanakan bahsul masail dan ahwal as syakhsiyah. (25) Mengembangkan metode penasehatan, konseling, dan pelaksanaan NR. (26) Merekomendasi hasil pengembangan metode penasehatan, konseling pelaksanaan NR. (27) Mengembangkan perangkat dan standar pelayanan NR. (28) Merekomendasi hasil pengembangan perangkat dan standar pelayanan NR. (29) Mengembangkan system pelayanan NR. (30) Mengembangkan instrument pelayanan NR. (31) Menyusun kompilasi fatwa hokum munakahat. (34) Melakukan koordinasi kegiatan lintas sektoral di bidang kepenghuluan.

Berdasarkan peratural-peraturan yang mengatur jabatan structural Kepala KUA maupun jabatan fungsional penghulu di atas tampak tidak ada aturan yang secara eksplisit melarang jabatal-jabatan itu diisi kalangan aparatur pemerintah sipil (ASN) perempuan. Terkecuali pemahaman distorsi tentang jabatan kepala KUA sebagai PPN dan Wali Hakim serta penghulu sebagai wali hakim.

Untuk membuktikan bahwa ditutupnya ekspektasi ASN perempuan menjadi Kepala KUA dan penghulu karena factor pemahaman distorsi, penulis memiliki tiga argumentasi yang dapat dikemukakan, yakni aspek formal, agama, dan sosial. *Pertama* aspek formal. Menurut PMA 11/ 2007 pasal 1 (3), penghulu adalah pejabat fungsional Pegawai Negeri Sipil yang diberi tugas, tanggungjawab, dan wewenang untuk melakukan pengawasan nikah/rujuk menurut agama Islam dan kegiatan kepenghuluan. Berdasarkan PMA ini tampak bahwa penghulu adalah Pegawai Negeri Sipil. Pegawai Negeri Sipil itu bisa laki-laki dan juga bisa perempuan. Mungkin yang dipersoalkan, menurut agama Islam bolehkah seorang perempuan melakukan tugas-tugas kepenghuluan itu? Permasalahannya pun beralih ke aspek agama.

Kedua aspek agama. Islam menentukan bahwa pernikahan sah apabila dilaksanakan sesuai dengan ketentuan agama itu. Suatu pernikahan dihukumi sah jika telah terpenuhi syarat dan rukunnya. Syarat dan rukun itu adalah calon suami, calon isteri, wali nikah, dua orang saksi, dan ijab qabul. Tampak, penghulu tidak termasuk di dalamnya. Dalam peristiwa akad nikah ini, penghulu memang hanya sebagai pengawas dan pencatat perkawinan. Memang, selama ini dalam prosesi pelaksanaan akad nikah terdapat khutbah dan doa akad nikah. Namun, yang perlu diingat, keduanya tidak termasuk rukun akad nikah. Keduanya tidak harus ada. Kalaupun diharuskan ada, tidak bolehkah menurut Islam seorang perempuan memberikan khutbah dan doa akad nikah? Jawabannya boleh; dan sebenarnya istilah khutbah nikah bisa saja diganti dengan istilah nasihat perkawinan. Ada hal lain yang mungkin dipersoalkan ketika penghulu dijabat oleh seorang perempuan. Yaitu, masih adanya sebagian wali nikah yang mewakilkan hak kewaliannya kepada penghulu padahal menurut Islam yang bisa mewakilinya hanyalah seorang laki-laki. Sebetulnya persoalan itu pun bisa dicarikan solusinya. Persoalan tersebut dapat diselesaikan dengan pendekatan sosial dan kebijakan institusional.

Ketiga aspek sosial dan institusional. Terhadap kebiasaan sebagian masyarakat yang mewakilkan hak kewaliannya kepada penghulu, dapat ditempuh dua langkah. Pertama, mereka diberi penjelasan bahwa lebih utama apabila mereka sendiri yang menikahkan. Sebelumnya mereka dapat dilatih sehingga mampu melaksanakan kewajiban mulianya itu. Kalaupun mereka tetap mewakilkan kepada penghulu, maka dapat ditempuh langkah kedua. Yakni, dilakukan identifikasi wali nikah yang akan menikahkan sendiri. Kemudian penghulu perempuan lah yang diserahi tugas untuk menghadirinya. Atau jika tidak demikian, pendapat ulama Hanafiyah tentang diperbolehkannya wali nikah dan wali hakim perempuan dapat digunakan untuk menjawab permasalahan tersebut.

Memang harus diakui, sampai saat ini masih ada sebagian masyarakat yang masih resisten terhadap kehadiran perempuan di ranah publik. Terhadap persoalan krusial ini dapat dilakukan pemetaan, mana yang masuk wilayah konstruksi sosial dan mana yang masuk wilayah ritual keagamaan. Sambil menunggu proses pencerahan ini, penghulu perempuan untuk sementara waktu dapat diserahi tugas-tugas kepenghuluan yang tidak bersinggungan langsung dengan "upacara keagamaan". Mereka dapat diserahi tugas untuk melakukan pendaftaran dan pemeriksaan nikah, konsultasi perkawinan, dan pengembangan keluarga sakinah. Bahkan lebih daripada itu, mereka dapat diterjunkan di bidang tugas-tugas pengembangan profesi kepenghuluan.

Betapapun, akan banyak pengaruh positifnya jika di KUA potensi penghulu perempuan diberdayakan. Kekurangan jumlah penghulu akan bisa terpenuhi. Bidang tugas kepenghuluan yang selama ini belum terjangkau dapat tertangani. Kesan publik bahwa KUA hanya banyak menangani masalah "ijab qabul" bisa terkurangi. Para pegawai dari kaum Hawa ini pun bisa meniti karir di KUA Kecamatan. Mereka akan bisa menjadi penghulu madya yang bergolongan IV/c.

Secara obyektif kedudukan ASN Perempuan di KUA Kecamatan hanya diberikan ruang sebagai staf administrasi kantor. Mereka tidak mendapat ruang untuk menjabat penghulu dan kepala KUA Kecamatan disebabkan 2 (dua) alasan, yaitu yuridis-normatif dan sosiologis-psikologis. *Pertama*, secara yuridis-normatif Pasal 3 Peraturan Menteri Agama No. 30 Tahun 2005 tentang wali Hakim yang menyatakan wali hakim adalah Kepala KUA Kecamatan, Penghulu, dan Pembantu Penghulu. Dengan kata lain ASN perempuan jika diangkat menjadi Penghulu atau Kepala KUA maka akan dipersoalkan kedudukannya bilamana mereka menjalankan tugas sebagai wali hakim yang dalam fiqh harus seorang laki-laki. Sekalipun jika menggunakan pendapat Abu Hanifah dan Muhammad b. Jarir al-Thabari maka perempuan boleh menjadi juris –apalagi

kalau hanya menangani administrasi perkawinan- *Kedua*, dalam tatanan masyarakat patriarchal untuk masuk ke dalam ruang publik ASN perempuan dinilai masih ada rintangan-rintangan yang menghambatnya, seperti jika mengawasi dan mencatat perkawinan di mesjid sedang ia dalam kondisi tidak suci, dan menghadiri akad nikah yang dilaksanakan di luar kantor dan di luar jam kerja, dan sebagainya.

BAB VI

PARAMETER PERLINDUNGAN ANAK DALAM HUKUM PERKAWINAN

Dalam hukum positif di Indonesia anak diartikan sebagai orang yang belum dewasa (*minderjarig/person under age*), orang yang dibawah umur/keadaan dibawah umur (*minderjarig heid/inferiority*) atau biasa disebut juga sebagai anak yang berada dibawah pengawasan wali (*minderjarige under voordij*). Mengenai pengertian atau definisi anak dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang ada di Indonesia saat ini belum ada batasan yang konsisten. Artinya antara satu dengan lainnya belum terdapat keseragaman, terkadang 18 tahun dan ada juga 21 tahun. Melihat hal tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa penetapan batasan umur atau usia anak digantungkan pada kepentingan pada saat produk hukum tersebut dibuat. Hanya pada intinya seorang yang belum dewasa dan masih bersatus anak harus mendapatkan perlindungan.

Perlindungan anak termasuk ketentuan yang diatur dalam hukum perkawinan. Setidaknya dari sejak diundangkan pada penjelasan umum UU No. 1 Tahun 1974 poin 4 huruf d disebutkan: Undang-undang ini mengatur prinsip, bahwa calon suami istri itu harus telah masak jiwa raganya untuk dapat melangsungkan

perkawinan, agar dapat mewujudkan tujuan perkawinan secara baik tanpa berakhir pada perceraian dan mendapatkan keturunan yang baik dan sehat. Untuk itu harus dicegah adanya perkawinan di antara calon suami istri yang masih di bawah umur. Di samping itu, perkawinan mempunyai hubungan dengan masalah kependudukan. Ternyatalah bahwa batas umur yang lebih rendah bagi seorang wanita untuk kawin mengakibatkan laju kelahiran yang tinggi. Berhubungan dengan itu, maka undang-undang ini menentukan batas umur untuk kawin baik bagi pria maupun bagi wanita, ialah 19 (Sembilan belas) tahun bagi pria dan 16 (enam belas) tahun bagi wanita.

UU No. 1 Tahun 1974 pada waktu diundangkan menjadi bukti negara menjamin hak warga negara untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah, menjamin hak anak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi sebagaimana diamanatkan dalam UUD 1945. Hanya saja UU Perkawinan dalam perkembangannya perlu disesuaikan dengan norma hukum lain terutama yang mengatur persoalan anak.

Menurut UU Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak (UU SPPA), yang dimaksud anak adalah belum berumur 18 (delapan belas tahun). Kemudian, bila mengacu pada Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, maka yang dimaksud dengan anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas tahun) tahun, termasuk anak yang masih berada dalam kandungan. Hal ini senada dengan Convention on The Rights of The Child yang telah diratifikasi melalui Keppres Nomor 36 Tahun 1999 tentang Pengesahan Convention on The Rights of The Children (Konvensi tentang Hak-hak Anak) yang menyebutkan bahwa yang disebut anak adalah mereka yang yang berusia di bawah 18 (delapan belas) tahun.

Di samping itu UU Perkawinan juga perlu mempertimbangkan norma hukum tentang hak anak yang tak bisa terlepas dari Hak Asasi Manusia (HAM). Dalam Pasal 28B Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dikatakan bahwa setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah serta setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia hak anak merupakan salah satu hak dasar yang diatur dalam Bagian Kesepuluh, yaitu Pasal 52-66. Pada Pasal 57 ayat (1) dikatakan bahwa setiap anak berhak untuk dibesarkan, dipelihara, dirawat, dididik, diarahkan, dan dibimbing kehidupannya oleh orang tua tua atau walinya sampai dewasa dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Dengan mengadaptasi norma hukum yang terus berkembang, UU No. 1 Tahun 1974 telah mengalami revisi dengan diterbitkannya UU No. 16 Tahun 2019. Dalam hal ini Presiden telah menugaskan kepada Menteri Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak, Menteri Agama, Menteri Kesehatan, dan Menteri Hukum dan HAM melalui Surat Presiden bernomor R-39/Pres/09/2019 untuk membahas perubahan UU Perkawinan. Revisi UU hanya berfokus pada Pasal 7 Ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang menyatakan bahwa perkawinan hanya diizinkan apabila pihak pria mencapai umur 19 (sembilan belas) tahun dan pihak wanita sudah mencapai usia 16 (enam belas) tahun. Ketentuan pasal 7 ayat (1) itu sekarang menjadi: Perkawinan hanya diizinkan apabila pria dan wanita sudah mencapai umur 19 (sembilan belas) tahun.

Pengesahan revisi UU Perkawinan melalui UU No. 16 Tahun 2019 merupakan langkah penting dalam upaya perlindungan anak di Indonesia, terutama untuk mencegah perkawinan anak. Alasannya adalah, perkawinan pada usia anak menimbulkan dampak negatif bagi tumbuh kembang anak dan akan menyebabkan tidak terpenuhinya hak dasar anak.

A. PERLINDUNGAN ANAK DALAM HUKUM PERKAWINAN

1. Batas Usia Perkawinan dan Dispensasi Nikah

UU 16 Tahun 2019 tentang Perubahan Atas UU 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan telah menaikkan batas usia perkawinan perempuan dan dipersamakan dengan batas minimal umur perkawinan bagi pria, yaitu 19 (sembilan belas) tahun. Pada pasal 7 dinyatakan bahwa,

a) Perkawinan hanya diizinkan apabila pria dan wanita sudah mencapai umur 19 (sembilan belas) tahun.

b) Dalam hal terjadi penyimpangan terhadap ketentuan umur sebagaimana dimaksud pada ayat (1), orang tua pihak pria dan/atau orang tua pihak wanita dapat meminta dispensasi kepada Pengadilan dengan alasan sangat mendesak disertai bukti-bukti pendukung yang cukup.

c) Pemberian dispensasi oleh Pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) wajib mendengarkan pendapat kedua belah calon mempelai yang akan melangsungkan perkawinan.

d) Ketentuan-ketentuan mengenai keadaan seorang atau kedua orang tua calon mempelai sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (3) dan ayat (41 berlaku juga ketentuan mengenai permintaan dispensasi sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dengan tidak mengurangi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (6).

Pasal 6 ayat (6) yang dimaksudkan adalah UU No. 1 Tahun 1974 yang mengatur sepanjang hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu dari yang bersangkutan tidak menentukan lain.

Penaikan batas usia perkawinan perempuan yang disamakan dengan lelaki memiliki latar belakang sehubungan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia telah mengeluarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 22/PUU-XV/2017. Salah satu

pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam putusan tersebut yaitu "Namun tatkala pembedaan perlakuan antara pria dan wanita itu berdampak pada atau menghalangi pemenuhan hak-hak dasar atau hak-hak konstitusional warga negara, baik yang termasuk ke dalam kelompok hak-hak sipil dan politik maupun hak-hak ekonomi, pendidikan, sosial, dan kebudayaan, yang seharusnya tidak boleh dibedakan semata-mata berdasarkan alasan jenis kelamin, maka pembedaan demikian jelas merupakan diskriminasi."

Dalam pertimbangan yang sama juga disebutkan Pengaturan batas usia minimal perkawinan yang berbeda antara pria dan wanita tidak saja menimbulkan diskriminasi dalam konteks pelaksanaan hak untuk membentuk keluarga sebagaimana dijamin dalam Pasal 28B ayat (1) UUD 1945, melainkan juga telah menimbulkan diskriminasi terhadap pelindungan dan pemenuhan hak anak sebagaimana dijamin dalam Pasal 28B ayat (2) UUD 1945. Dalam hal ini, ketika usia minimal perkawinan bagi wanita lebih rendah dibandingkan pria, maka secara hukum wanita dapat lebih cepat untuk membentuk keluarga.

Batas usia perkawinan 19 tahun bagi pria dan wanita dinilai telah matang jiwa raganya untuk dapat melangsungkan perkawinan agar dapat mewujudkan tujuan perkawinan secara baik tanpa berakhir pada perceraian dan mendapat keturunan yang sehat dan berkualitas. Namun apabila terjadi penyimpangan dalam arti bahwa usia kedua calon mempelai atau salah seorang di antara mereka dari ketentuan UU, dapat diminta dispensasi nikah kepada pengadilan: Jika kedua calon suami-istri beragama Islam dispensasi diminta kepada Pengadilan Agama, dan bagi yang beragama selain Islam diminta kepada Pengadilan Negeri.

2. Penguasaan Anak Akibat Perceraian

Salah satu akibat putusnya perkawinan karena perceraian adalah penguasaan hak asuh anak kepada salah satu pasangan yang

telah berpisah, yaitu kepada ibu (mantan istri) atau kepada bapak (mantan suami). Tidak ada Undang-Undang yang mengatur secara tegas dan jelas mengenai kewajiban hak asuh anak diberikan kepada ibu kandung atau bapak kandung pasca terjadinya perceraian.

Pasal 41 UU No. 1 Tahun 1974 hanya disebutkan, bahwa akibat putusnya perkawinan Karena perceraian ialah:

a. Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak pengadilan memberikan keputusan;
b. Bapak yang bertanggungjawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu; bilamana bapak dalam kenyataan tidak dapat memenuhi kewajiban tersebut, Pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut;

Satu-satunya aturan yang menggariskan secara pasti mengenai pemeliharaan anak akibat perceraian adalah Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 105 yang menyatakan dalam hal terjadi perceraian;

a) Pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya;
b) Pemeliharaan anak yang sudah mumayyiz diserahkan kepada anak untuk memilih di antara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya;
c) Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.

Di samping itu dalam pemeliharaan anak, batas usianya ditingkatkan oleh pasal 98 KHI ayat (1); Batas usia anak yang mampu berdiri sendiri atau dewasa adalah 21 tahun, sepanjang anak tersebut tidak bercacat fisik maupun mental atau belum pernah melangsungkan perkawinan. Dikatakan demikian sebab di dalam UU Perkawinan Pasal 42 sampai Pasal 54 dijelaskan bahwa orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anaknya yang belum

mencapai umur 18 tahun dengan cara yang baik sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri.

Di samping itu, di dalam pasal 49 UU Perkawinan ditegaskan bahwa salah satu atau kedua orang tua dapat dicabut kekuasaannya terhadap seorang anak atau lebih untuk waktu tertentu atas permintaan orang tua yang lain, atau atas permintaan dari keluarga si anak dalam garis keturunan lurus ke atas dan saudara kandung yang telah dewasa atau pejabat yang berwenang, dengan keputusan pengadilan dalam hal:

a) Ia sanat melalaikan kewajibannya terhadap anaknya;

b) Ia berkelakuan buruk sekali.

Ketentuan pasal 49 ini membuka jalan bagi hakim pengadilan untuk menghukum suami atau istri atau keduanya, supaya melepaskan kekuasaan mereka terhadap anaknya. Akan tetapi pencabutan kekuasaan tersebut tidak termasuk pencabutan kekuasaan seorang bapak untuk menjadi wali nikah dan mereka masih tetap berkewajiban memberikan nafkah kepada mereka.

3. Penetapan Asal-usul Anak

Di dalam pasal 55 UU Perkawinan dinyatakan bahwa asal-usul anak hanya dapat dibuktikan dengan akte kelahiran yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang. Walaupun UU Perkawinan tidak menerangkan secara jelas siapa yang dimaksud dengan pejabat yang berwenang untuk mengeluarkan akte kelahiran tersebut, akan tetapi berdasarkan pasal 27 ayat (2) UU No. 23 tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan, Pejabat Pencatatan Sipil-lah yang mencatat pada Register Akta Kelahi dan menerbitkan Kutipan Akta Kelahiran.

Jika akta kelahiran tidak ada pengadilan dapat mengeluarkan penetapan asal-usul seorang anak setelah diadakan pemeriksaan secara teliti berdasarkan bukti-bukti yang memenuhi syarat. Atas

dasar keputusan pengadilan tersebut instansi pencatat kelahiran yang ada dalam daerah hukum pengadilan yang bersangkutan mengeluarkan akte kelahiran bagi anak yang bersangkutan (pasal 55 UU Perkawinan). Apabila tidak mungkin di dapat surat kelahiran, hakim pengadilan dapat memakai bukti-bukti lain asal saja keadaan yang Nampak luar menunjukkan adanya hubungan antara anak dan orang tuanya (Subekti, 1980: 49).

Pentingnya penetapan asal-usul anak adalah untuk menentukan hak identitas bagi seorang anak yang dinyatakan tegas dalam pasal 5 UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Pasal tersebut menyebutkan bahwa "Setiap anak berhak atas suatu nama sebagai identitas diri dan status kewarganegaraan". Kemudian hal ini juga ditegaskan pada pasal 27 ayat (1) dan (2) yang menyatakan, ayat (1) "Identitas diri setiap anak harus diberikan sejak kelahirannya", dan ayat (2) berbunyi "identitas sebagaimana dimaksud ayat (1) dituangkan dalam akte kelahirann". Sementara itu UUD 1945 Pasal 28 D ayat (1) menyatakan bahwa"setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum". Selain itu UUD 1945 juga memberikan jaminan atas status kewarganegaraan sebagaimana diatur dalam 28 D ayat (4) yang menyatakan, "setiap orang berhak atas status kewarganegaraan".

Selama ini pembuatan akte kelahiran diatur dalam UU No. 23 tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan. Dalam beberapa pasal dalam UU ini ditegaskan bahwa pencatatan kelahiran diwajibkan kepada warga negara melului sistem stelsel aktif penduduk. Penduduk yang harus pro aktif mencatatkan kelahirannya agar bisa memiliki akte kelahiran. Hal ini tercantum dalam Pasal 3, 4, 27 ayat 1, 29 ayat 1 dan 4, 30 ayat 1 dan 6, 32 ayat 1 dan 2, 90 ayat 1 dan 2 serta penjelasan Umum UU 23 tahun 2006 tentang Administrasi kependudukan.

4. Kedudukan Anak

Kedudukan anak dalam UU Perkawinan diatur di dalam pasal 42 sampai dengan 44. Anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah (pasal 42). Sementara pasal 43 ayat (1) yang menyebut "anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya" sudah tidak berlaku lagi semenjak terbitnya Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010. Putusan MK ini mencerminkan prinsip persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*) sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28D ayat (1) yang berbunyi : "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum."

Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 menyatakan bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya. Atas dasar itu sesuai amar putusan MK, ayat tersebut harus dibaca, "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya".

Sekalipun demikian pasal 44 ayat (1) UU Perkawinan masih dipertahankan, bahwa seorang suami dapat menyangkal sahnya anak yang dilahirkan oleh istrinya bila mana ia dapat membuktikan bahwa istrinya telah berzina dan anak itu akibat daripada perzinahan tersebut. Dengan catatan hanya pengadilan yang memberikan keputusan tentang sah/tidaknya anak atas

permintaan pihak yang berkepentingan. Pada penjelasan pasal 44 UU Perkawinan dinyatakan bahwa pengadilan mewajibkan yang berkepentingan mengucapkan sumpah.

Di dalam pasal 101 KHI dinyatakan bahwa suami yang mengingkari sahnya anak sedang istri tidak menyangkalnya, dapat meneguhkan pengingkarannya dengan li'an. Selanjutnya di dalam pasal 102 KHI dinyatakan,

a) Suami yang akan mengingkari seorang anak yang lahir dari istrinya, mengajukan gugatan kepada Pengadilan Agama dalam jangka waktu 180 hari sesudah hari lahirnya atau 360 hari sesudah putusnya perkawinan atau setelah suami itu mengetahui bahwa istrinya melahirkan anak dan berada di tempat yang memungkinkan dia mengajukan perkaranya kepada Pengadilan Agama;
b) Pengingkaran yang diajukan sesudah lampau waktu tersebut tidak dapat diterima.

5. Hak dan Kewajiban Anak

Di dalam pasal 45 UU Perkawinan, selagi masih belum dewasa atau belum menikah atau dapat berdiri sendiri (mandiri) seorang anak berhak mendapatkan pemeliharaan dan pendidikan dari kedua orang tua. Pengertiannya adalah bawah orang tua memiliki kewajiban yang tercantum pada pasal 54 UU Perkawinan itu, pada saat: sampai anak tersebut kawin (menikah); dapat berdiri sendiri (Mandiri), dan Apabila terjadi perceraian orang tua, maka perceraian itu tidak mengakibatkan kewajiban terhadap anak putus.

Batas usia anak yang belum mampu mandiri atau belum dewasa di dalam pasal 98 KHI dinaikkan menjadi 21 tahun dari ketentuan semula 18 tahun yang diatur di dalam pasal 47 UU Perkawinan. Bahkan KHI menambahkan catatan sepanjang anak tersebut tidak bercacad fisik maupun mental atau belum pernah melangsungkan perkawinan.

Sekalipun dalam UU Perkawinan hanya diatur hak pemeliharan dan pendidikan anak, lebih lengkapnya ketentuan tentang hak Anak diatur di dalam UU no 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak:

Pasal 4: Setiap anak berhak untuk dapat hidup, tumbuh dan berkembang dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan serta Mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

Pasal 5: Setiap anak berhak atas suatu nama sebagai identitas diri dan status kewarganegarannya.

Pasal 6: Setiap anak berhak untuk beribadah menurut agamanya berpikir dan berekspresi sesuai dengan tingakat kecerdasan dan usianya dalam bimbingan orang tua.

Pasal 7 ayat (1) : Setiap anak berhak untuk mengetahui orang tuanya dibesarkan dan diasuh oleh orang tuanya sendiri. Pasal 7 ayat (2) dalam hal karena suatu sebab orang tua tidak dapat menjamin tumbuh kembang anak atau anak dalam keadaan terlantar maka anak tersebut berhak diasuh atau diangkat sebagai anak asuh atau anak anagkat oleh orang lain sesuai ketentuan peraturan perundangan yang berlaku.

Pasal 8 : Setiap anak berhak memperoleh pelayanan kesehatan dan jaminan sosial sesuai dengan kebutuhan fisik mental spiritual dan sosial.

Pasal 9 ayat (1) Setiap anak berhak memperoleh pendidikan dan pengajaran dalam rangka pengembangan pribadinya dan sesuai tingkat kecerdasannya sesuai dengan bakat dan minat, Selain hak anak sebagaimana pada pasal 1 khusus bagi anak.

Pasal 13 ayat (1) Setiap anak selama dalam pengasuhan orang tua wali atau pihak lain manapun yang bertanggung jawab atas pengasuhan berhak mendapat perlindungan dari Perlakuan Diskriminasi Beksploitasi baik ekonomi maupun Seksual

Penelantaran Kejaman kekerasan dan penganiayaan Ketidakadilan dan perlakuan salah lainnya.

Adapun kewajiban anak diatur di dalam pasal 46 UU Perkawinan,

Ayat (1) Anak wajib menghormati orang tua dan mentaati kehendak mereka yang baik;

Ayat (2) Jika anak telah dewasa, ia wajib memelihara menurut kemampuannya, orang tua dan keluarga dalam garis lurus ke atas, bila mereka itu memerlukan bantuannya.

6. Perwalian

Perwalian diatur di dalam UU No. 1 tahun 1974 mulai dari pasal 50 sampai dengan pasal 54. Perwalian adalah kewenangan yang diberikan kepada seseorang untuk melakukan suatu perbuatan hukum sebagai wakil untuk kepentingan dan atas nama anak yang tidak mempunyai kedua orang tua atau orang tuanya masih hidup tetapi tidak cakap melakukan perbuatan hukum. Di dalam pasal 50 dinyatakan: Anak yang belum mencapai umur 18 tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan yang tidak berada di bawah kekuasaan orang tua, berada di bawah kekuasaan wali. Perwalian itu mengenai pribadi anak yang bersangkutan maupun harta bendanya.

Wali dapat ditunjuk oleh salah seorang orang tua yang menjalankan kekuasaan orang tua, sebelum ia meninggal dengan surat wasiat atau dengan lisan di hadapan 2 (dua) orang saksi. Wali sedapat-dapatnya diambil dari keluarga anak tersebut atau orang lain yang sudah dewasa, berpikiran sehat, adil, jujur, dan berkelakuan baik.

Wali wajib mengurus anak dan harta benda si anak yang berada di bawah penguasaannya dengan sebaik-baiknya, serta menghormati agama dan kepercayaan anak itu. Wali wajib

membuat daftar harta benda anak yang berada di bawah kekuasaannya pada waktu memulai jabatannya dan mencatat semua perubahan-perubahan harta benda anak atau anak-anak yang berada di bawah perwaliannya tersebut. Wali bertanggung jawab atas harta benda anak yang berada di bawah perwaliannya serta kerugian yang ditimbulkan karena kesalahan atau kelalaiannya (pasal 51 UU Perkawinan).

Bagi wali berlaku ketentuan sebagaimana yang diatur di dalam pasal 48 UU Perkawinan, yaitu seorang wali dilarang memindahkan hak atau menggadaikan barang-barang tetap dari anak yang berada di bawah perwaliannya, kecuali apabila kepentingan si anak menghendakinya. Kekuasaan seorang wali dapat dicabut bila dia melalaikan kewajibannya atau ia berkelakuan buruk, seperti pemabuk, penjudi, boros, dan hilang ingatan. Selain itu seorang wali wajib mengganti kerugian terhadap anak yang berada di bawah perwaliannya apabila ternyata akibat kelalaiannya atau karena perbuatannya menyebabkan timbulnya kerugian harta benda si anak.

Pencabutan kekuasaan wali dilakukan oleh pengadilan atas permohonan kerabat dari anak yang berada di bawah perwalian tersebut apabila terdapat hal-hal sebagai berikut:

a) Wali tidak melakukan pemeliharaan terhadap si anak dengan sungguh-sungguh;
b) Wali menelantarkan pendidikan si anak atau tidak meberikan bimbingan agama terhadap si anak;
c) Wali memindahtangankan harta benda si anak yang bukan untuk kepentingan si anak yang berada di bawah perwaliannya;
d) Wali mempunyai kelakuan yang sangat buruk dan tidak pantas untuk diteladani;
e) Lain-lain perbuatan atau keadaan yang dapat merugikan kepentingan si anak.

Pengadilan dengan keputusannya dapat menunjuk orang lain menjadi wali atas anak yang sudah berada di bawah perwalian. Keputusan peradilan itu dibuat apabila si anak tidak lagi mempunyai keluarga yang lain atau apabila pengadilan memandang keluarga si anak tidak layak menjadi seorang wali karena alasan-alasan tertentu.

Seorang yang ditunjuk oleh pengadilan untuk menjadi wali dan ia menerima penunjukan itu maka ia wajib menjalankan kekuasaannya untuk kepentingan si anak dengan sebaik-baiknya. Terkecuali apabila ia seorang wanita yang kawin (menjadi istri dari suami yang mengawininya) atau jika ia mempunyai alasan-alasan menurut perundang-undangan dapat dibebaskan menjadi wali, seperti: jika ia untuk kepentingan Negara harus berada di luar negeri, atau seorang tentara dalam dinas aktif, atau seseorang yang sudah berusia 60 tahun, atau sudah menjadi wali dari anak yang lain.

Pada saat berakhir perwalian, wali berkewajiban menyerahkan seluruh harta benda si anak berikut dengan semua catatan pengeluaran yang dibuktikan dengan pembukuan yang ditutup tiap-tiap tahun sekali. Dalam hal terjadi perselisihan mengenai harta si anak antara si wali dengan sia anak tersebut, baik karena jumlah maupun pemanfaatan harta benda yang tidak digunakan untuk kepentingan si anak, maka wali diwajibkan mengganti semua kerugian yang timbul.

B. ADAPTASI PERLINDUNGAN ANAK DALAM HUKUM PERKAWINAN

Di dalam Deklarasi Universal tentang Hak-Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) telah diproklamirkan bahwa masa kanak-kanak memerlukan perawatan dan pendampingan secara khusus. PBB menyakini bahwa keluarga, sebagai kelompok dasar dari masyarakat dan lingkungan alam bagi pertumbuhan dan

kesejahteraan dari seluruh anggotanya terutama anak-anak harus diberi perlindungan dan bantuan yang diperlukan sehingga ia sepenuhnya dapat memikul tanggungjawab dalam masyarakat. Oleh sebab pentingnya keluarga dan anak-anak tersebut maka PBB mengesahkan Konvensi Hak Anak (KHA).

Konvensi Hak Anak (KHA) sudah diratifikasi lebih dari 150 anggota PBB termasuk Indonesia melalui Keppres No. 36/1990 tertanggal 25 Agustus 1990. Konsekuensi atas ratifikasi tersebut adalah Indonesia wajib memenuhi hak-hak anak sebagaimana dirumuskan di dalam KHA, dengan berlandaskan pada prinsip-prinsip umum yang terkandung dalam KHA, yaitu: (a) Non Diskriminasi; (b) Kepentingan terbaik untuk anak; (c) Hak hidup, kelangsungan hidup dan perkembangan anak; (d) Penghargaan terhadap pendapat anak.

Dalam kaitannya dengan persoalan perlindungan hukum bagi anak-anak, dalam Undang-Undang Dasar 1945 pada Pasal 34 telah ditegaskan bahwa "fakir miskin dan anak-anak terlantar dipelihara oleh Negara". Hal ini menunjukkan adanya perhatian serius dari pemerintah terhadap hak-hak anak dan perlindungannya. Lebih lanjut lagi, pada tahun 2002 Indonesia telah menerbitkan peraturan perundangan yang secara khusus mengatur mengenai perlindungan terhadap hak-hak anak sebagaimana termaktub dalam KHA, yaitu melalui Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 / 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak (UUPA).

Dengan diterbitkannya UUPA, maka negara telah melakukan langkah legislatif bagi implemenatasi hak anak khususnya dalam memberikan perlindungan terhadap anak atau dengan kata lain negara telah melakukan aplikasi domestik atas dokumen KHA. Dengan demikian, baik di tingkat internasional maupun nasional, telah ada mandat yang secara nyata menjadi kewajiban pemerintah dalam menciptakan kondisi yang ideal, aman dan nyaman demi upaya pemenuhan dan perlindungan atas hak-hak anak.

Pemerintah mengemban mandat itu sebab anak adalah tunas, potensi, dan generasi muda penerus cita-cita perjuangan bangsa, memiliki peran strategis dan mempunyai ciri dan sifat khusus yang menjamin kelangsungan eksistensi bangsa dan negara pada masa depan. Selain itu, agar setiap anak kelak mampu memikul tanggung jawab tersebut, maka ia perlu mendapat kesempatan yang seluas-luasnya untuk tumbuh dan berkembang secara optimal, baik fisik, mental maupun sosial, dan berakhlak mulia, perlu dilakukan upaya perlindungan serta untuk mewujudkan kesejahteraan anak dengan memberikan jaminan terhadap pemenuhan hak-haknya serta adanya perlakuan tanpa diskriminasi.

Dalam hukum perkawinan adaptasi perlindungan anak diwujudkan dengan diterbitkannya UU. 16 Tahun 2019 tentang Perubahan Atas UU 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, di mana telah menaikkan batas usia perkawinan perempuan dan dipersamakan dengan batas minimal umur perkawinan bagi pria, yaitu 19 (sembilan belas) tahun. Batas usia perkawinan 19 tahun bagi pria dan wanita dinilai telah matang jiwa raganya untuk dapat melangsungkan perkawinan agar dapat mewujudkan tujuan perkawinan secara baik tanpa berakhir pada perceraian dan mendapat keturunan yang sehat dan berkualitas.

Namun UU No. 16 Tahun 2019 tidak kaku dan memberikan pengecualian dalam hal apabila terjadi penyimpangan. Dalam arti bahwa usia kedua calon mempelai atau salah seorang di antara mereka dari ketentuan UU, maka dapat diminta dispensasi nikah kepada pengadilan: Jika kedua calon suami-istri beragama Islam dispensasi diminta kepada Pengadilan Agama, dan bagi yang beragama selain Islam diminta kepada Pengadilan Negeri. Pemberian kewenangan pengadilan untuk memberikan dispensasi nikah karena kekuasaan kehakiman dipandang tidak memihak dan memberikan jaminan keadilan, mengingat perkawinan –terlepas dilakukan di bawah usia- juga merupakan hak-hak dasar manusia.

Selain aturan batas minimal usia perkawinan, adaptasi perlindungan anak terjadi pada ketentuan asal-usul anak. Di dalam pasal 42 yang disebut anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah. Sementara pasal 43 ayat (1) yang menyebut "anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya". Pasal 43 ayat (1) ini sudah tidak berlaku lagi semenjak terbitnya Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010. Putusan MK ini mencerminkan prinsip persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*) sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28D ayat (1) yang berbunyi : "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum."

Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 menyatakan bahwa Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya. Atas dasar itu sesuai amar putusan MK, ayat tersebut harus dibaca, "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya".

Namun demikian, ada juga yang mengkritisi kenapa Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 ini tidak dilanjuti sebagaimana Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 22/PUU-XV/2017 yang mengatur persamaan batas usia perkawinan pria dan wanita di dalam UU No.16 Tahun 2019 ? Dalam konteks ini adalah benar bahwa di samping Putusan MK tersebut ada pula pengaturan hak anak dalam UU Perlindungan Anak Pasal 7 ayat (1) : Setiap anak berhak

untuk mengetahui orang tuanya dibesarkan dan diasuh oleh orang tuanya sendiri. Akan tetapi perlu dipahami bahwa orang tua atau suami juga memiliki hak yang dilindungi peraturan perundang-undangan. Di dalam pasal 44 ayat (1) UU Perkawinan dinyatakan, bahwa seorang suami dapat menyangkal sahnya anak yang dilahirkan oleh istrinya bila mana ia dapat membuktikan bahwa istrinya telah berzina dan anak itu akibat daripada perzinahan tersebut. Di dalam pasal 101 KHI juga dinyatakan bahwa suami yang mengingkari sahnya anak sedang istri tidak menyangkalnya, dapat meneguhkan pengingkarannya dengan li'an. Di samping ketentuan UU Perkawinan, anak yang dilahirkan akibat perzinahan dan tidak melakukan pernikahan sama sekali tidak ada kemungkinan diakui karena bertentangan dengan norma kesusilaan seperti yang tercantum pada Pasal 283 KUHPerdata. Jadi, selama orang tua atau suami menyangkal maka sulit diwujudkan.

Terkecuali orang tua atau suami dengan sukarela atau dipaksa pengadilan mau mengakui. Menurut Pasal 281 KUHPerdata pengakuan anak luar kawin dapat dilakukan dengan 3 (tiga) cara secara sukarela, yaitu: a) Di dalam Akta Kelahiran anak yang bersangkutan: Pengakuan oleh seorang ayah, yang namanya disebutkan dalam akta kelahiran anak yang bersangkutan, pada waktu si ayah melaporkan kelahirannya. b) Di dalam Akta Perkawinan orang tuanya: Laki-laki dan perempuan yang melakukan hubungan di luar pernikahan sah dan menghasilkan anak luar kawin, kemudian memutuskan untuk menikah secara sah sekaligus mengakui anak luar kawinnya tersebut. c) Di dalam Akta Otentik: Pengakuan baru sah apabila diberikan dihadapan seorang Notaris atau Pegawai Pencatatan Sipil (bisa surat lahir, akta perkawinan maupun dalam akta tertentu sendiri), keduanya adalah Pejabat Umum yang diberikan kewenangan khusus untuk membuat akta-akta seperti itu, maka dapat dikatakan bahwa pengakuan anak luar kawin harus diberikan dalam suatu akta otentik.

Dengan pertimbangan itulah harus diakui bahwa Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 22/PUU-XV/2017 masih menyisakan masalah bukan hanya dari sudut pengakuan anak yang menimbulkan hak dan kewajiban orang tua kepada anak tetapi juga merembet ke masalah kewarisan. Kemungkinan itu pula keputusan MK ini tidak mempengaruhi perubahan UU No. 16 Tahun 2019 tentang perubahan UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

BAB VII

KONTRA INKLUSI HARTA PUSAKA DALAM HUKUM KEWARISAN, WASIAT, DAN HIBAH

A. KONTRA INKLUSI HARTA PUSAKA

Hukum kewarisan adalah hukum yang mengatur tentang pemindahan hak pemilikan harta peninggalan pewaris, menentukan siapa-siapa yang berhak menjadi ahli waris dan berapa bagiannya masing-masing. Sementara wasiat adalah pemberian suatu benda dari pewaris kepada pihak lain secara perorangan maupun lembaga yang berlaku sesudah pewaris meninggal dunia. Adapun hibah adalah pemberian benda secara sukarela dan tanpa imbalan dari seseorang kepada pihak lain yang masih hidup untuk dimiliki.

Pada dasarnya peralihan benda dan harta pusaka di kalangan masyarakat Indonesia menganut prinsip kontra-inklusi atau tidak untuk dimiliki oleh sembarang orang. Sebagian besar masyarakat Indonesia pada umumnya dan khususnya yang menganut sistem kewarisan kolektif dan mayorat memiliki sikap kontra inklusi terhadap harta pusaka. Dalam artian kekayaan dan kewarisan bersifat tetap dan tidak dapat dibagi-bagikan sebagai kebulatan

harta pusaka atau harta kekayaan keluarga. Hal ini bertujuan supaya kekayaan dan warisan itu tidak mengalami penyusutan dan tetap tersedia untuk mencukupi kebutuhan-kebutuhan material seluruh anggota masyarakat.

Perbedaan memperlakukan harta pusaka hanya pada pihak siapa yang mengendalikan harta kekayaan keluarga itu. Adakalanya janda atau mendiang istri, atau anak laki-laki tertua, dan adakalanya anak perempuan tertua. Salah satu contohnya adalah sistem tanah pusaka tinggi yang masih berlangsung di Minangkabau yang tetap berjalan baik dan tak memicu ketidakadilan karena dikelola secara matriarki (B. Ter Haar: 204-207).

Walaupun demikian ada pula suku dan masyarakat di Indonesia yang menerapkan system kewarisan individual yang membagi-bagikan harta warisan di antara para ahli waris, seperti dalam masyarakat bilateral di Jawa, hanya saja biasanya pelaksanaan pembagiannya ditunda untuk waktu yang lama ataupun hanya sebagian yang dibagi-bagikan (Soerojo Wignjodipoero: 164-167). Dalam penerapan sistem kewarisan individual ini tak jarang menimbulkan sengketa warisan dikarenakan ada di antara anggota keluarga yang ingin segera dilakukan pemecahan harta pusaka atau karena penguasaan harta secara tidak adil oleh anggota keluarga tertentu. Apabila kasus ini tidak dapat diselesaikan di dalam internal keluarga, pada jaman dahulu biasa dimintakan penyelesaiannya kepada Pengadilan Serambi (Raad Agama).

Hanya saja semenjak pemerintah Belanda menerbitkan Stbl. 1882 No. 152 pada 19 Januari 1882, penyelesaian sengketa warisan tidak boleh lagi diselesaikan melalui Raad Agama (Pengadilan Agama), melainkan harus ke peradilan umum (Pengadilan Negeri). Perkara kewarisan yang masuk ke pengadilan umum akan diselesaikan menggunakan ketentuan hukum BW Buku ke-2 tentang benda dan harta waris (*Zaken en Erf Recht*), khususnya Bab XII s/d XVIII dari pasal 830 sampai pasal 1130.

Di masa kemerdekaan Indonesia, Stbl. 1882 No. 152 masih dipertahankan hingga diberlakukannya UU No. 14 Tahun 1970 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman. Sampai akhirnya lahir UU No 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Di dalam pasal 49 ayat (1) dinyatakan bahwa Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: a. perkawinan; b. kewarisan, wasiat, hibah, yang dilakukan berdasarkan hukum Islam ……".

Kemudian pada pasal 50 dinyatakan: Dalam hal terjadi sengketa mengenai hak milik atau keperdataan lain dalam perkara-perkara sebagaimana dimaksud dalam pasal 49, maka khusus mengenai objek yang menjadi sengketa tersebut harus diputus lebih dulu oleh Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum. Dalam penjelasan pasal 50 UU Peradilan Agama ini disebutkan bahwa penyelesaiaaan terhadap objek yang menjadi sengketa dimaksud tidak berarti tidak menghentikan proses di Pengadilan Agama atas objek yang tidak menjadi sengketa itu.

Semenjak tahun 1989, penganut agama Islam yang ingin menyelesaikan sengketa kewarisan dengan menerapkan hukum Islam dapat mengajukan permohonan kepada Peradilan Agama. Akan tetapi para pihak yang ingin menerapkan hukum adat dan hukum perdata BW dalam sengketa kewarisan mengajukan permohonannya kepada Pengadilan Negeri. Hal ini disebabkan sampai sekarang terdapat pluralisme hukum kewarisan di Indonesia, yaitu hukum Islam model *faraid,* hukum BW, dan hukum adat.

Khusus berperkara di Peradilan Agama, hukum kewarisan Islam yang diterapkan adalah Buku II Kompilasi Hukum Islam. Ketentuan mengenai hukum kewarisan yang diatur dalam KHI berpedoman pada prinsip-prinsip hukum faraid. Meskipun pada sisi lain landasan perumusannya telah mendekati sistem kekeluargaan parental dan bilateral, yang berkembang di tengah masyarakat adat,

akan tetapi sifat kompromistis yang dianut KHI dalam masalah kewarisan hanya bercorak modifikasi secara terbatas, seperti harta peninggalan dan harta warisan, ahli waris pengganti dan wasiat wajibah. Selebihnya ketentuan hukum waris yang diatur KHI sangat ketat berpedoman kepada dalil-dalil hukum Islam.

B. KETENTUAN POKOK HUKUM KEWARISAN, WASIAT, DAN HIBAH

1. Ahli Waris

KHI menentukan yang disebut ahli waris adalah orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris. Definisi ini unik sebab ahli waris mendapatkan penegasan berupa kalimat "orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan" sementara untuk terjadinya pewarisan salah satunya adalah adanya orang yang masih hidup (*erfgenaam*). Orang yang masih hidup yaitu orang yang menurut undang-undang atau testamen berhak mendapatkan wrisan dari orang yang meninggal dunia. Merekalah yang disebut ahli waris. Oleh sebab itu kenapa KHI membuat definisi dengan penegasan berupa kalimat "orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan"?

Alasannya: Pertama, KHI telah mengadopsi konsep *munasakhat* atau cara yang digunakan dalam kasus dimana salah satu ahli waris meninggal sebelum warisan dibagikan. Sekalipun tidak disebut secara langsung pada pasal 188 dan 189 KHI sangat mungkin terjadi kasus *munaskhat.* Pasal 188 KHI disebutkan: Para ahli waris baik secara bersama-sama maupun secara perorangan dapat mengajukan permintaan kepada ahli waris yang lain untuk melakukan pembagian warisan. Bila ada di antara ahli waris yang tidak menyetujui permintaan itu, maka yang bersangkutan dapat

mengajukan gugatan melalui Pengadilan Agama untuk dilakukan pembagian harta warisan.

Pasal 189 ayat (1) Bila harta warisan yang akan dibagi berupa lahan pertanian yang luasnya kurang dari 2 hektar, supaya dipertahankan keutuhannya sebagaimana semula, dan dimanfaatkan untuk kepentingan bersama para ahli waris yang bersangkutan. Ayat (2) Bila ketentuan tersebut pada ayat (1) pasal ini tidak memungkinkan karena di antara para ahli waris yang bersangkutan ada yang memerlukan uang, maka lahan tersebut dapat dimiliki oleh seorang atau lebih ahli waris dengan cara membayar harganya kepada ahli waris yang berhak sesuai dengan bagian masing-masing.

Kedua pasal ini spiritnya adalah kontra inklusi harta pusaka. Namun tatkala harta pusaka tidak segera dibagi-bagikan dan dipertahankan supaya tidak susut hingga ahli warisnya meninggal dunia, maka keturunan ahli waris berhak masih memiliki hak mewaris atas nama orang tuanya sehagai ahli waris yang telah terlebih dahulu meninggal dunia.

Kedua, KHI mengadopsi sistem kewarisan *plaatsvervulling* (penggantian waris) yaitu seseorang yang menerima warisan dari pewaris bukan karena kedudukannya sendiri, akan tetapi menggantikan kedudukan orang lain yang seharusnya menerima warisan. Di dalam KHI Pasal 185 ayat (1) Ahali waris yang meninggal lebih dahulu daripada sipewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang disebut dalam pasal 173.

Dalam KHI ditentukan ahli waris harus beragama Islam. Pasal 172 dinyatakan bahwa ahli waris dipandang beragama Islam apabila diketahui dari Kartu Identitas atau amalan atau kesaksian, sedangkan bagi bayi yang baru lahir atau anak yang belum dewasa, beragama menurut ayahnya dan lingkungannya. Jika ahli waris beragama non-muslim otomatis terhalang, dan sebagai jalan keluarnya pewaris dapat membuat wasiat, sesuai Pasal 195:

a) Wasiat dilakukan secara lisan di hadapan dua orang saksi, atau tertulis di hadapan dua orang saksi, atau di hadapan Notaris;

b) Wasiat hanya diperbolehkan sebanyak-banyaknya sepertiga dari harta warisan kecuali apabila semua ahli waris menyetujuinya;

c) Wasiat kepada ahli waris hanya berlaku bila disetujui oleh semua ahli waris;

d) Pernyataan persetujuan pada ayat (2) dan (3) pasal ini dibuat secara lisan di hadapan dua orang saksi atau tertulis di hadapan dua orang saksi atau di hadapan Notaris.

Selain karena alasan berbeda agama, di dalam pasal 173 KHI juga diatur seorang terhalang menjadi ahli waris apabila dengan putusan Hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap, dihukum karena:

a) Dipersalahkan telah membunuh atau mencoba membunuh atau menganiaya berat terhadap pewaris;

b) Dipersalahkan secara menfitnah telah mengajukan pengaduan bahwa pewaris telah melakukan suatu kejahatan yang diancam dengan hukuman 5 tahun penjara atau hukuman yang lebih berat.

Sementara kelompok-kelompok ahli waris yang disebut di dalam KHI Pasal 174 adalah: *Pertama*, menurut hubungan darah, yaitu: (1) Golongan laki-laki terdiri dari: ayah, anak laki-laki, saudara laki-laki, paman, dan kakek; (2) golongan perempuan terdiri dari: ibu, anak perempuan, saudara perempuan, dan nenek. *Kedua*, menurut hubungan perkawinan, terdiri dari duda (suami pewaris) dan janda (istri pewaris). Apabila semua hali waris masih hidup, maka yang berhak mendapat warisan hanya anak, ayah, ibu, janda atau duda.

2. Ahli Waris Pengganti

Salah satu konsep pembaharuan Hukum Kewarisan Islam Indonesia dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah diberikannya hak seorang ahli waris yang telah meninggal dunia kepada keturunannya yang masih hidup. Aturan ini tercantum dalam Pasal 185 KHI yang bunyi lengkapnya adalah sebagai berikut:

a) Ahli waris yang meninggal dunia lebih dahulu dari pada si pewaris, maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam Pasal 173.

b) Bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti.

Mengganti kedudukan orang tua yang meninggal dunia tersebut selanjutnya disebut ahli waris pengganti. Ketentuan semacam ini tidak dijumpai dalam fikih empat madhab, akan tetapi merupakan adopsi dari hukum waris Islam Pakistan. dimana ahli waris pengganti itu hanyalah cucu saja.

Setelah masalah ahli waris Pengganti ini masuk dalam KHI yang dirumuskan dalam pasal 185, ternyata dalam pelaksanaannya berkembang jauh dari aslinya, bahkan mengacu pada BW, dimana terdapat tiga macam bentuk ahli waris pengganti, sebagai berikut :

a) Penggantian dalam garis lencang ke bawah, yaitu penggantian seseorang oleh keturunannya, dengan tidak ada batasnya, selama keturunannya itu tidak dinyatakan *onwaarding* atau menolak menerima warisan (Pasal 842). Dalam segala hal, pergantian seperti di atas selamanya diperbolehkan, baik dalam hal bilamana beberapa anak si yang meninggal mewaris bersama-sama, satu sama lain dalam pertalian keluarga yang berbeda-beda derajatnya.

b) Penggantian dalam garis kesamping (*zijlinie*), di mana tiap-tiap saudara si meninggal dunia, baik sekandung maupun saudara tiri, jika meninggal dunia lebih dahulu, digantikan oleh anak-

anaknya. Juga penggantian ini dilakukan dengan tiadabatasnya (Pasal 853, jo. Pasal 856, jo. Pasal 857)

c) Penggantian dalam garis ke samping menyimpang dalam hal kakek dan nenek baik dari pihak ayah maupun dari pihak ibu, maka harta peninggalan diwarisi oleh golongan keempat, yaitu paman sebelah ayah dan sebelah ibu. Pewarisan ini juga dapat digantikan oleh keturunannya sampai derajat keenam (Pasal 861).

Dalam Hasil Rakernas Mahkamah Agung RI pada tahun 2010 dan tahun 2011 dijelaskan bahwa ahli waris pengganti hanya sampai cucu, sesuai pasal 185 KHI, tidak sama dengan BW.

Masalah ahli waris pengganti juga telah lama menjadi perdebatan di kalangan hakim, akademisi, dan praktisi. Bahkan dalam Rapat Kerja Nasional Mahkamah Agung 2009 di Palembang ada sesi khusus yang membahas masalah ini. Salah satu perdebatan yang selama ini muncul, apakah penentuan ahli waris pengganti bersifat wajib atau tentatif.

Konsep ahli waris pengganti muncul belakangan, dan sering dihubungkan dengan gagasan Prof. Hazairin. Gagasan itu kemudian diakomodir dan tertuang dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Pasal 185 KHI menyebutkan ahli waris yang meninggal lebih dahulu daripada pewaris, maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya. Pengecualiannya adalah pasal 173 KHI.

Penggunaan kata 'dapat' dalam pasal ini dipandang sebagai sifat tentatif dari penggantian kedudukan ahli waris. Dengan kata lain, ahli waris pengganti dapat menggantikan kedudukan orang tuanya atau tidak, bisa mendapatkan warisan atau tidak. Namun dalam perkembangannya, hakim Mahkamah Agung memandang penting kedudukan ahli waris pengganti.

Jika kedudukan ahli waris pengganti tak disebutkan dengan jelas gugatan bisa dinyatakan tak dapat diterima karena gugatan

semacam itu kabur. Putusan MA No. 334K/AG/2005, yang tercantum dalam buku Yurisprudensi MA 2006 dan 2010, memuat kaidah hukum yang relevan. Kedudukan ahli waris pengganti ditentukan secara tegas dan jelas oleh meninggalnya ahli waris yang digantikan adalah lebih dahulu daripada pewaris. Jika tidak, maka gugatan tidak dapat diterima karena kabur.

Tentang porsi bagian harta waris untuk ahli waris pengganti, Pasal 185 ayat (2) KHI menyebutkan 'tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti'.

Selain ahli waris pengganti, buku Yurisprudensi Mahkamah Agung yang ditelusuri juga mencantumkan kaidah hukum waris lainnya. Dalam putusan No. 537 K/AG/1996 –Yurisprudensi MA 1997- menegaskan pentingnya mengikutsertakan semua ahli waris dalam gugatan. Kaidahnya, judex factie salah menerapkan hukum karena ada ahli waris lain yang tidak diikutsertakan sebagai pihak dalam mem-*faraidl*-kan harta peninggalan pewaris.

Masalah *waris mal waris* tercantum dalam putusan No. 189K/AG/1996, No. 184K/AG/1996, dan No. 34K/AG/1997 –buku Yurisprudensi 1998 dan 1999. Salah satu kaidahnya, hakim judex factie harus memberikan alasan-alasan ketidakjelasan ketika menyebut gugatan penggugat tidak jelas.

Dalam putusan No. 77K/AG/2003 – buku Yurisprudensi MA 2005—majelis kasasi menegaskan sebelum menerapkan pasal 210 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam (KHI), harus lebih dahulu dijelaskan penggugat jumlah harta keseluruhan sehingga dapat ditentukan apakah hibah tersebut melampaui batas 1/3 harta penghibah atau tidak. Masalah hibah dalam hukum waris juga dibahas dalam putusan No. 55K/AG/1998—Yurisprudensi MA 2000.

Putusan MA No. 353K/AG/2005 – Yurisprudensi MA 2010—memuat kaidah hukum tentang akta pembagian warisan di luar sengketa. Akta harus mencantumkan seluruh ahli waris yang berhak menerima bagian warisan serta memenuhi asas-asas hukum

kewarisan Islam. Terutama asas personalitas keislaman baik bagi pewaris maupun bagi ahli waris sebagaimana dirumuskan pasal 171 huruf *b* dan *c* KHI. Apabila akta tidak terpenuhi, maka akta tersebut dapat digugat kembali dan bisa dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum. Asas personalitas keislaman mutlak diterapkan dalam perkara kewarisan. Jika agama para ahli waris belum diketahui secara pasti, maka Pengadilan Agama tidak berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara kewarisan tersebut.

3. Harta Peninggalan sebagai Harta warisan

Di dalam pasal 171 KHI, yang dimaksud harta peninggalan adalah harta yang ditinggalkan oleh pewaris baik yang berupa harta benda yang menjadi miliknya maupun hak-haknya. Harta benda yang menjadi milik pewaris dapat berupa benda bergerak dan benda tidak bergerak. Sementara hak-hak pewaris adalah jumlah pengeluaran untuk kepentingan pewaris yang sekaligus menjadi kewajiban ahli waris terhadap pewaris, yaitu diatur di dalam pasal 175, yang meliputi: (a) jumlah pengeluaran untuk mengurus dan menyelesaikan sampai pemakaman pewaris selesai; (b) jumlah pengeluaran untuk menyelesaikan hutang-piutang maupun penagihan piutang, termasuk pengobatan dan perawatan pada masa hidupnya pewaris; serta (c) jumlah pengeluaran untuk menyelesaikan wasiat pewaris. Dengan demikian tidak semua harta peninggalan pewaris menjadi harta warisan yang dibagikan kepada ahli waris.

Bahkan di dalam pasal 190 KHI dinyatakan, bagi pewaris yang beristri lebih dari seorang, maka masing-masing istri berhak mendapatkan bagian atas gono-gini dari rumah tangga suaminya, sedangkan bagian pewaris adalah menjadi hak para ahli warisnya. Dengan pengertian lain, di dalam harta peninggalan harus dipisahkan terlebih dahulu harta bersama (harta gono-gini) antara

pewaris dengan pasangan hidupnya supaya suami atau istri (dan istri-istrinya) mendapatkan terlebih dahulu bagian mereka. Dari alur ini dirumuskan dalam pasal 171 KHI bahwa harta warisan adalah harta bawaan ditambah bagian dari harta bersama setelah digunakan untuk kepentingan pewaris selama sakit sampai meninggalnya, biaya pengurusan jenazah (*tajhiz*), pembayaran hutang dan pemberian untuk kerabat. Harta warisan inilah yang dibagi-bagikan kepada ahli waris.

KHI telah mengklasifikasikan harta peninggalan dan harta warisan. Hanya saja dalam perkembangannya timbul persoalan baru pada 2018; terkait masalah pelimpahan nomor porsi jamaah haji yang wafat yang diatur melalui Keputusan Derektur Jenderal Penyeleraan Haji dan Umrah No. 147 Tahun 2018. Apakah pelimpahan nomor porsi haji jamaah haji yang wafat termasuk harta peninggalan atau harta warisan? Di dalam Keputusan Derektur Jenderal Penyeleraan Haji dan Umrah No. 147 Tahun 2018, diatur tata cara pelimpahan nomor porsi haji regular yang meninggal dunia kepada pihak yang senasab, termasuk saudara kandung, serta menantu.

Dimasukkannya menantu sebagai pihak penerima pelimpahan nomor porsi haji regular yang meninggal dunia oleh banyak pihak dipandang menyalahi aturan hukum kewarisan. Hal ini dikarenakan menantu bukan sebagai ahli waris, sementara pelimpahan nomor porsi haji regular yang meninggal dunia dipandang sebagai harta peninggalan pewaris. Atas dasar itu di dalam UU No. 8 tahun 2019 tentang Penyelenggaraan Haji dan Umrah diatur hak jemaah haji untuk melimpahkan nomor porsi haji kepada suami, istri, ayah, ibu, anak kandung atau saudara kandung yang ditunjuk dan/atau disepakati secara tertulis oleh keluarga dengan alasan meninggal dunia atau sakit permanen menurut keterangan kesehatan Jemaah haji. Pelimpahan porsi kepada ahli waris sebagaimana dimaksud dalam pasal 6 ayat (1) huruf k UU No. 8 Tahun 2019 itu berlaku hanya untuk 1 (satu) kali pelimpahan.

Secara hukum, hibah merupakan pemberian suatu benda (bergerak maupun tidak bergerak) untuk dimiliki secara cuma-cuma dari pihak penghibah kepada anak keturunannya maupun orang lain.

4. Pengaturan Bentuk dan Batasan Wasiat

Di dalam pasal 171 KHI juga didefinisikan tentang wasiat adalah pemberian suatu benda dari pewaris kepada orang lain atau lembaga yang akan berlaku setelah pewaris meninggal dunia. Pewaris yang membuat wasiat disyaratkan sekurang-kurangnya berumur 21 tahun, berakal sehat, dan tanpa ada paksaan. Harta bendanya harus merupakan hak dari pewasiat. Pemilikan harta benda yang diwasiatkan dapat dilaksanakan sesudah pewasiat meninggal dunia (pasal 194 KHI).

Di dalam pasal 195;

Ayat (1) wasiat dilakukan secara lisan di hadapan dua orang saksi, atau tertulis di hadapan dua orang saksi, atau di hadapan Notaris.

Ayat (2) wasiat hanya diperbolehkan sebanyak-banyaknya sepertiga dari harta warisan kecuali apabila semua ahli waris menyetujui.

Ayat (3) Wasiat kepada ahli waris hanya berlaku bila disetujui oleh semua ahli waris.

Berdasarkan ketentuan pasal 195 ini bentuk wasiat yang dikenal dalam KHI terdapat berbedaan sekaligus persamaannya dengan bentuk wasiat yang dikenal dalam KUHPerdata. Perbedaan bentuk wasiat menurut KHI dan KUHPerdata yakni KHI mengenal bentuk wasiat lisan sementara bentuk wasiat lisan tidak dikenal dalam KUHPerdata. Di dalam pasal 875 KUHPerdata wasiat hanya dapat dibuat dalam bentuk akta, baik akta di bawah tangah (*testament olografis* dan surat wasiat tertutup/rahasia) maupun akta autentik dibuat pejabat umum, seperti notaris.

Dalam bentuk wasiat semacam ini KHI juga mengaturnya di dalam pasal 203 dan 204. Bahkan di dalam KHI pasal 204 ayat (2) dinyatakan: "Jika surat wasiat yang tertutup disimpan bukan pada Notaris maka penyimpan harus menyerahkan kepada Notaris setempat atau Kantor Urusan Agama setempat…." Ayat (3) dinyatakan: "Jika semua isi serta maksud surat wasiat itu diketahui maka oleh Notaris dan Kantor Urusan Agama diserahkan kepada penerima wasiat guna penyelesaian selanjutnya."

Sehubungan dengan batasan wasiat, KHI menentukan bahwa wasiat hanya diperbolehkan sebanyak-banyaknya sepertiga dari harta warisan kecuali apabila semua ahli waris menyetujui. Maksud dari adanya batasan wasiat bertujuan untuk melindungi ahli waris yang bersangkutan dan mencegah praktek wasiat yang bisa merugikan mereka.

Tujuan ketentuan batasan wasiat dalam Kompilasi Hukum Islam ini dapat dilihat persamaannya dengan KUH Perdata, akan tetapi dalam konsep yang berbeda. Menurut KUH Perdata, pada dasarnya setiap orang mempunyai kebebasan untuk mengatur mengenai apa yang akan terjadi dengan harta kekayannya setelah meninggal dunia. Seorang pewaris juga mempunyai kebebasan untuk memberikan hartanya kepada siapa saja yang dikehendaki. Akan tetapi untuk beberapa ahli waris *ab intestato* oleh Undang-undang diadakan bagian tertentu yang harus diterima mereka yang bagiannya dilindungi oleh hukum. Ahli waris ini dinamakan *legitimaris*, sedangkan bagiannya disebut *legitime portie*.

Legitime portie adalah semua bagian dari harta warisan yang harus diberikan kepada ahli waris dalam garis lurus menurut Undang-undang, terhadap bagian mana orang yang meninggal dunia tidak diperbolehkan menetapkan sesuatu, baik selaku pembagian yang masih hidup maupun selaku wasiat. Ahli waris yang mempunyai bagian mutlak adalah ahli waris dalam garis lurus ke bawah dan garis lurus ke atas.

Batasan wasiat yang diatur dalam Kompilasi Hukum Islam untuk mewasiatkan sebanyak-banyaknya 1/3 (sepertiga) harta warisan ini merupakan suatu perlindungan terhadap semua ahli waris yang bersang- kutan. Sedangkan peraturan bagian mutlak/*legitieme portie* menurut KUH Perdata memberikan perlindungan secara individual dikarenakan *Legitieme Portie* tidak dimiliki oleh suami/isteri yang hidup terlama serta ahli waris dalam garis menyamping, selain itu pelaksanaannya juga diserahkan kepada masing- masing ahli waris yang berkepentingan.

Wasiat menjadi batal menurut pasal 197 KHI karena 3 (tiga) alasan. *Pertama*, apabila calon penerima wasiat berdasarkan putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap dihukum karena: (a) dipersalahkan telah membunuh atau mencoba membunuh atau menganiaya berat pada pewasiat; (b) dipersalahkan secara menfitnah telah mengajukan pengaduan bahwa pewasiat telah melakukan suatu kejahatan yang diancam dengan hukuman lima tahun penjara atau hukuman yang lebih berat; (c) dipersalahkan karena kekerasan atau ancaman mencegah pewasiat untuk membuat atau mencabut atau merubah wasiat untuk kepentingan calon penerima wasiat; (d) dipersalahkan karena telah menggelapkan atau merusak atau memalsukan surat wasiat dari pewasiat.

Kedua, apabila orang yang ditunjuk untuk menerima wasiat itu: (a) tidak mengetahui adanya wasiat tersebut sampai ia meninggal dunia sebelum meninggalnya pewaris; (b) mengetahui adanya wasiat tersebut, tapi ia menolak untuk menerimanya; (c) mengetahui adanya wasiat itu, tetapi tidak pernah menyatakan menerima atau menolak sampai ia meninggal sebelum meninggalnya pewasiat. *Ketiga*, apabila barang yang diwasiatkan musnah.

5. Wasiat Wajibah untuk Anak Angkat dan Orang Tua Angkat

Di dalam KHI tidak ada definisi khusus wasiat wajibah tetapi disebut dalam pasal 209;

a) Harta peninggalan anak angkat dibagi berdasarkan pasal-pasal 176 sampai dengan 193 tersebut di atas, sedangkan terhadap orang tua angkat yang tidak menerima wasiat diberi **wasiat wajibah** sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan anak angkatnya.

b) Terhadap anak angkat yang tidak menerima **wasiat wajibah** sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan orang tua angkatnya.

Di Negara-negara lain yang menerapkan Wasiat wajibah adalah suatu wasiat yang diperuntukan kepada ahli waris atau kerabat yang tidak memperoleh bagian harta warisan dari orang yang wafat, karena adanya suatu halangan syara. Wasiat wajibah juga dapat diartikan sebagai suatu pemberian yang wajib kepada ahli waris atau kaum keluarga terutama cucu yang terhalang dari menerima harta warisan karena ibu atau ayah mereka meninggal sebelum kakek atau nenek mereka meninggal atau meninggal bersamaan. Ini karena berdasarkan hukum waris mereka terhalang dari mendapat bagian harta peninggalan kakek dan neneknya karena ada ahli waris paman atau bibi kepada cucu tersebut.

Akan tetapi di Indonesia Wasiat wajibah merupakan suatu pelaksanaan wasiat atau suatu pesan yang harus dilaksanakan dan ditujukan kepada orang yang ditinggalkan (orang yang masih hidup) akan memberikan harta peninggalannya kepada anak angkat atau orang tua angkat. Ketentuan pasal 209 KHI merupakan adaptasi norma adat yang berkembang di tengah masyarakat, dengan catatan bahwa KHI tidak pernah menyamakan anak angkat dengan anak kandung, dan begitu juga orang tua asli dengan orang tua angkat.

Hal ini dapat dibaca dalam pasal 171 huruf h yang menegaskan:

a) Status anak angkat hanya terbatas pada peralihan;

   1) Pemeliharan hidup sehari-hari;

2) Tanggungjawab biaya pendidikan.

b) Keabsahan statusnyapun harus berdasarkan keputusan Pengadilan

c) Dalam pasal 209 hanya memberikan hak wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 kepada anak angkat maupun orang tua angkat.

6. Pengaturan Hibah

Dalam KHI, ketentuan hibah berkaitan erat dengan pemberian di masa hidup penghibah. Pasal 171 huruf g, hibah adalah pemberian suatu benda secara sukarela dan tanpa imbalan dari seorang kepada orang lain yang masih hidup untuk dimiliki. Sedangkan dalam KUHPerdata, hibah ada kalanya ditunaikan sesudah kematian penghibah, yang disebut wasiat hibah. Dari sudut ini ada sedikit perbedaan antara KHI dengan KUHPerdata yang patut dimengerti umat Islam pada khususnya sebab dalam KHI, wasiat hibah cukup disebut wasiat saja.

Secara umum, umat Islam perlu memahami ketentuan hibah yang berlaku di Indonesia sebab ada perbedaan mendasar antara aturan KHI dengan KUHPerdata. Misalnya dalam KHI tidak dibahas perbedaan antara hibah benda bergerak dengan benda tidak bergerak, dan ketentuan-ketentuan khusus penerima hibah. Di dalam pasal 211 hanya disebut, hibah dari orang tua kepada anaknya dapat diperhitungkan sebagai warisan. Sementara menurut KUHPerdata ada ketentuan yang membedakan antara benda bergerak dengan tidak bergerak, penerima hibah kategori keluarga dengan kategori orang lain.

Dalam KHI, harta hibah yang dikuasai dan dikelola oleh penerima hibah secara otomatis menjadi miliknya. Sekalipun ada pengecualian bahwa harta hibah yang telah dikuasai anak (selaku penerima hibah) masih boleh ditarik kembali orang tuanya (sebagai penghibah), sebagaimana diatur di dalam pasal 212. Sementara

dalam KUHPerdata, harta hibah terutama yang berwujud harta tak bergerak seperti tanah sebelum diserahankan dan dikuasai penerima hibah harus terlebih dahulu dicatatkan ke pihak notaris. Ketentuan hukum ini tentu berimbas pada masalah penarikan kembali harta hibah yang berbeda dengan ketentuan KHI.

Dalam KHI, penarikan harta hibah dari seorang anak masih memungkinkan karena pertimbangan orang tua merasa kurang adil terhadap anak-anaknya yang lain. Sedangkan KUHPerdata hanya membolehkan penarikan kembali harta hibah dengan alasan khusus. Yaitu: (1) penerima hibah tidak memenuhi syarat-syarat dari penghibah; (2) penerima hibah melakukan atau membantu melakukan kejahatan yang mengancam nyawa penghibah; (3) penerima hibah tidak menyantuni penghibah yang jatuh miskin.

Problemnya ialah ketika pihak-pihak yang berkepentingan dengan harta hibah berpikir parsial. Dengan alasan telah lama menempati lahan pemberian orang tuanya, namun tidak ada surat autentiknya, sang anak menganggap harta hibah tidak dapat diotak-atik secara hukum negara. Begitu pun sebaliknya, orang tua atau saudara-saudaranya anak yang menerima hibah mengungkit dan menggugat tanah hibah yang telah dicatatkan notaris, dengan alasan menurut fiqh orang tua masih berhak menarik hibah.

Betapa penting kita pahami, bahwa substansi ketentuan kepemilikan tanah hibah adalah mempertahankan tanah sebagai aset yang eksklusif. Baik dalam ketentuan KHI yang membolehkan orang tua menarik tanah yang sudah dihibahkan kepada anaknya maupun dalam hukum positif yang membolehkan penghibah menarik benda hibah dengan alasan khusus: Prinsipnya ialah pengelolaan tanah hibah harus difungsikan sebagaimana tujuan penghibah berikut keluarganya. Orang yang menghibahkan maupun yang menerima hibah tidak serta merta berkuasa penuh atas tanah hibah yang dipunyainya.

Dengan alasan itulah, dalam pasal 210 KHI terdapat ketentuan batas maksimal hibah yang tak boleh melebihi 1/3 dari keseluruhan harta penghibah. Selain itu ada ketentuan bahwa hibah dari orang tua kepada anaknya dapat diperhitungkan sebagai warisan.

Pembatasan hibah maksimal 1/3 adalah produk hukum Islam khas Nusantara yang bertujuan untuk melindungi hak-hak ahli waris pada saat pembagian warisan. Apalagi dengan ketentuan hibah kepada anak yang dapat diperhitungkan sebagai warisan, tentunya hukum ini sejalan dengan upaya ekslusi tanah warisan untuk kepentingan mereka yang betul-betul berhak.

BAB VIII
DIMENSI HAM DAN KEPERDATAAN DALAM HUKUM PENGELOLAAN ZAKAT

A. Dimensi HAM dalam UU Pengelolaan Zakat

Penunaian zakat merupakan kewajiban bagi umat Islam yang mampu sesuai dengan ketentuan hukum agama Islam. Dengan alasan ini selama bertahun-tahun Negara Indonesia --yang menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu (pasal 29 ayat (2) UUD 1945) tidak terlibat dalam pengaturan zakat. Baru kemudian sesudah terjadi peningkatan pesat dana filantropi Islam yang dihimpun oleh lembaga amil zakat dan masyarakat sejak tahun 1990-an, Negara terpanggil untuk hadir dalam urusan yang satu ini.

Untuk pertamakalinya dalam sejarah Indonesia merdeka diterbitkan UU No. 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat. Dalam hal ini tidak disebut UU Zakat sebab sebagai bentuk penjaminan kebebasan beragama negara tidak memiliki kewenangan menentukan hukum materiil zakat. Pengaturan hukum materiil zakat akan berimbas pada campur Negara dalam urusan agama. Sementara UU No. 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat hanya merupakan hukum administrasi zakat yang berlaku secara nasional.

Dalam penjelasan umum UU Pengelolaan zakat disebutakan, agar dapat menjadi sumber dana yang dapat dimanfaatkan bagi kesejahteraan masyarakat terutama untuk mengentaskan masyarakat dari kemiskinan dan menghilangkan kesenjangan sosial, perlu adanya pengelolaan zakat secara profesioanal dan bertanggung jawab yang dilakukan oleh masyarakat bersama pemerintah. Dalam hal ini pemerintah berkewajiban memberikan perlindungan, pembinaan dan pelayanan kepada muzakki, mustahiq dan pengelola zakat. Untuk maksud tersebut, perlu adanya Undang-undang Pengelolaan Zakat yang berasaskan iman dan takwa dalam rangka mewujudkan keadilan sosial, kemaslahatan, keterbukaan dan kepastian hukum sebagai pengamalan Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945.

Namun UU No. 38 Tahun 1999 sebagai kerangka regulasi dan institusional untuk dunia zakat nasional, dinilai masih jauh dari memadai. Undang-undang ini dianggap tidak memberi kerangka tata kelola yang baik (*good governance*) untuk mencegah penyalahgunaan dana sosial Islam dan memberi perlindungan yang memadai bagi pembayar zakat. UU No. 38 Tahun 1999 masih terdapat kelemahan untuk mengantisipasi masalah dan tantangan zakat nasional; seperti masalah tata kelola, transparansi, dan akuntabilitas pengelolaan zakat akibat ketiadaan regulator dan pengawas yang jelas, kemitraan dan sinergi antar organisasi pengelola zakat (OPZ) yang tidak terjalin walau mengemban misi yang sama, hingga masalah relasi zakat dan pajak yang juga tidak kunjung tuntas.

Akibatnya sejak tahun 2003 muncul wacana merevisi UU No. 38 Tahun 1999 itu, dan menguat pada 2007- 2008. Secara formal, upaya revisi UU Pengelolaan Zakat dilakukan di parlemen sejak 2005 dengan dimasukkannya pembahasan RUU Pengelolaan Zakat dalam program legislasi nasional (Prolegnas) 2005-2009, dan bahkan menjadi RUU prioritas tahun 2009. Namun proses amandemen di

parlemen periode 2004-2009 ini tidak berjalan lancar karena tahun 2009 merupakan tahun politik (Pemilu 2009).

Pembahasan RUU Pengelolaan Zakat kemudian dilakukan kembali melalui inisiatif DPR. Draf RUU inisiatif DPR keluar pada awal 2010, dan DIM (daftar isian masalah) dari pemerintah keluar pada awal 2011. Setelah dibahas dalam dua masa siding, DPR sepakat mengesahkan UU No. 23 tahun 2011 pengganti UU No. 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat pada 27 Oktober 2011. Untuk pelaksaannya pemerintah juga telah menerbitkan PP No. 14 Tahun 2014 tentang Pelaksanaan UU No. 23 tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat.

Struktur dari Undang-Undang No. 23 tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat ini terdiri dari 11 Bab dengan 47 pasal. Tak lupa di dalamnya juga tercantum ketententuan pidana dan ketentuan peralihan. Struktur dan sistematikanya seperti berikut ini:

Bab I Tentang Ketentuan Umum, terdiri atas Pasal 1 sampai Pasal 4

Bab II Tentang Badan Amil Zakat Nasional, terdiri atas Pasal 5 sampai Pasal 20

Bab III Tentang Pengumpulan, Pendistribusian, Pendayagunaan, dan Pelaporan, terdiri atas Pasal 1 sampai Pasal 29

Bab IV Tentang Pembiayaan, terdiri atas Pasal 30 sampai Pasal 33

Bab V Tentang Pembinaan dan Pengawasan, terdiri atas Pasal 34

Bab VI Tentang Peran Serta Masyarakat, terdiri atas Pasal 35

Bab VII Tentang Sanksi Administratif, terdiri atas Pasal 36

Bab VIII Tentang Larangan, terdiri atas Pasal 37 sampai 38

Bab IX Tentang Ketentuan Pidana, terdiri atas Pasal 39 sampai 42

Bab X Tentang Ketentuan Perihal, terdiri atas Pasal 43

Bab XI Tentang Ketentuan Penutup, terdiri atas Pasal 44 sampai Pasal 47.

UU Pengelolaan Zakat bukan mengatur meteri hukum zakat sebab Negara menjamin kebebasan umat Islam untuk melakukan peribadatan, yang dalam hal ini berupa penunaian zakat. Oleh karena itu dalam UU Pengelolaan Zakat itu tidak terdapat ketentuan wajib berzakat. Aspek yang diatur pengelolaan zakat hanya berhubungan dengan masalah keperdataan seperti kedudukan orang (muzakki, mustahiq), perkumpulan dan organisasi (Badan Amil Zakat/BAZNAS, Lembaga Amil Zakat/LAZ, dan Unit Pengumpul Zakat/UPZ); benda (zakat mal), serta pengelolaan zakat itu sendiri. Pengelolaan zakat menjadi aturan pokok dalam UU ini sebab bukan tergolong hukum perikatan dan hukum bisnis pada satu sisi, namun di sisi lain berhubungan dengan kepentingan setiap orang yang beragama Islam khususnya dan antar setiap orang (orang perseorangan atau badan hukum).

Esensi yang terpenting dari UU Pengelolaan Zakat ini adalah: (a) Sistem manajemen zakat yang terpadu pada satu lembaga BAZNAS sebagai pemegang otoritas zakat; (b) Dengan pengelolaan zakat yang dilakukan oleh organisasi yang memiliki badan hukum resmi, maka kepentingan umat akan terlindungi, dana zakat terjamin, maka memproteksi umat Islam dari pengelolaan zakat yang tidak tertib.

B. UNSUR KEPERDATAAN DALAM HUKUM PENGELOLAAN ZAKAT

1. Aspek Kebendaan (Zakat, Infak, Sedekah)

Di dalam pasal 1 UU Pengelolaan Zakat yang dimaksud dengan;

Angka 2. Zakat adalah harta yang wajib dikeluarkan oleh seorang muslim atau badan usaha untuk diberikan kepada yang berhak menerimanya sesuai dengan syariat Islam.

Angka 3. Infak adalah harta yang dikeluarkan oleh seseorang atau badan usaha di luar zakat untuk kemaslahatan umum.

Angka 4. Sedekah adalah harta atau nonharta yang dikeluarkan oleh seorang muslim atau badan usaha di luar zakat untuk kemaslahatan umum.

Bentuk benda yang diatur dalam UU Pengelolaan Zakat telah ditentukan secara khusus sebagaimana diatur dalam ketentuan fiqh dengan perluasan cakupan macam-macam benda yang ditunaikan zakatnya, seperti dimasukkannya zakat mal berupa uang dan surat berharga, perkebunan, kehutanan, peternakan dan perikanan, serta perindustrian, pendapatan dan jasa . Di dalam pasal 4 UU No. 23 tahun 2011 dinyatakan,

a) Zakat meliputi zakat mal dan zakat fitrah
b) zakat mal sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi;
    1) Emas, perak, dan logam mulia lainnya;
    2) Uang dan surat berharga lainnya;
    3) Perniagaan;
    4) Pertanian, perkebunan , dan kehutanan;
    5) Peternakan dan perikanan;
    6) Pertambangan;
    7) Perindustrian;
    8) Pendapatan dan jasa; dan
    9) Rikaz.
c) Zakat mal sebagaimana dimaksud pada ayat (2) merupakan harta yang dimiliki oleh muzaki perseorangan atau badan usaha.

Sikap kehati-hatian Negara untuk tidak mencampuri kebebasan peribadatan menunaikan zakat, tercermin dalam pengaturan benda atau harta yang dizakati. Hal ini berbeda dengan UU No. 41 Tahun 2004 tentang wakaf yang lebih detail mengatur benda wakaf dan terwasuk wakaf tunai berupa uang (akan dibahasa pada Bab selanjutnya).

2. Aspek Orang-perorang dan Badan Hukum

Hampir sama dengan pengaturan benda zakat, UU No. 23 Tahun 2011 juga tidak panjang lebar mengatur Muzaki dan Mustahik. Di dalam pasal 1 angka 5 dinyatakan Muzaki adalah seorang muslim atau badan hukum yang berkewajiban menunaikan zakat; Angka 6 Mustahik adalah orang yang berhak menerima zakat. Selebihnya tidak ada pembahasan khusus muzaki dan mustahiq terkecuali hanya garis besarnya saja.

Muzaki disebut dalam UU Pengelolaan Zakat:

a) Pasal 4 ayat (3) sebegai keterangan zakat mal yaitu "yang dimiliki oleh muzaki perorangan atau badan usaha". Pasal ini sama sekalai tidak menjelaskan batasan-batasan kepemilikan muzaki.

b) Pasal 21 ayat (1) Dalam hal pengumpulan zakat, muzaki melakukan penghitungan sendiri atas kewajiban zakatnya. Ayat (2) Dalam hal tidak dapat menghitung sendiri kewajiban zakatnya, muzaki dapat meminta bantuan BAZNAS.

Mustahik hanya disebut di dalam pasal 25 dan 26 UU Pengelolaan Zakat. Pasal 25 menyebutkan, bahwa zakat wajib didistribusikan kepada mustahik sesuai dengan syariat Islam. Pasal 26 dinyatakan, bahwa penditribusian zakat, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25, dilakukan berdasarkan skala prioritas dengan memperhatikan prinsip pemerataan, keadilan, dan kewilayahan.

UU No. 23 Tahun 2011 bahkan tidak memberikan penjelasan terkait dengan pasal-pasal muzaki dan mustahik. Hal ini karena sikap kehati-hatian Negara untuk tidak mencampuri kebebasan peribadatan menunaikan zakat. Sebaliknya UU Pengelolaan Zakat ini lebih mengedepankan aturan pranata sosial-keagamaan yang berhubungan tata kelola zakat. Dalam penjelasan umum disebutkan, bahwa dalam rangka meningkatkan daya guna dan hasil guna, zakat harus dikelola secara melembaga sesuai dengan syariat Islam, amanah, kemanfaatan, keadilan, kepastian hukum, terintegrasi, dan

akuntabilitas sehingga dapat meningkatkan efektivitas dan efesiensi pelayanan dalam pengelolaan zakat.

Dalam upaya mencapai tujuan pengelolaan zakat dibentuk Badan Amil Zakat Nasional (BAZNAS) yang berkedudukan di ibu kota Negara, BAZNAS Provinsi, dan BAZNAS KAbupaten/Kota. BAZNAS merupakan lembaga pemerintah nonstructural yang bersifat mandiri dan bertanggung jawab kepada Presiden melalui Menteri. BAZNAS menrupakan lembaga yang berwenang melakukan tugas pengelolaan zakat secara nasional.

Untuk membantu BAZANAS dalam pelaksanaan pengumpulan, pendistribusian, dan pendayagunaan zakat, masyarakat dapat membentuk Lembaga Amil Zakat (LAZ). Pembentukan LAZ wajib mendapatkan ijin Menteri atau pejabat yang ditunjuk Menteri. LAZ wajib melaporkan secara berkala kepada BAZNAS atas pelaksanaan pengumpulan, pendistribusian, dan pendayagunaan zakat yang telah diaudit syariat dan keuangan.

3. Relasi Zakat dan Pajak

Relasi Zakat dan Pajak sebagai Aset Negara Relasi zakat dan pajak pertama kali diperkenalkan UU No.38 Tahun 1999 sebagai insentif fiskal bagi pembayar zakat dengan menjadikan zakat sebagai pengurang PKP (*tax deduction*). Semangat ketentuan ini juga diakomodir UU No.23 Tahun 2011, dengan maksud agar wajib pajak muslim tidak terkena beban ganda, yaitu kewajiban membayar zakat dan pajak (pasal 22 dan 23). Kesadaran membayar zakat diharapkan juga dapat memacu kesadaran membayar pajak. Namun dalam praktiknya, meminta zakat sebagai *tax deduction* ini juga tidak mudah jika muzaki gagal mendapatkan Bukti Setor Zakat dari BAZNAS sebagaimana dipersyaratkan oleh aparat pajak di tingkat operasional (Kantor Pelayanan Pajak). Apalagi hingga kini ketentuan ini belum diakomodasi Dirjen Pajak sehingga tidak dapat diimplementasikan.

Pada saat pembahasan RUU Pengelolaan Zakat pengganti UU No.38 Tahun 1999 sebetulnya sudah terjadi dinamika di parlemen tentang wacana zakat sebagai pengurang pajak (*tax credit*) tersebut. Wacana ini didukung pihak pemerintah (Kementrian Agama) sekalipun hal ini jelas bertabrakan dengan sikap otoritas pajak (Kementerian Keuangan). Akan tetapi hingga akhir pembahasan RUU yang kemudian disahkan menjadi UU No. 36 Tahun 2008 masih mengadopsi zakat sebagai pengurang pendapatan kena pajak/ PKP (*tax deduction*). Terlebih lagi pada saat bersamaan, pemerintah mengeluarkan PP No. 60/2010 tentang Zakat dan Sumbangan Keagamaan yang Sifatnya Wajib yang Dapat Dikurangkan dari Penghasilan Bruto.

Begitupun dalam perubahan kedua UU Pengelolaan Zakat yang dterbitkan dalam UU No. No.23 Tahun 2011, zakat hanya sebagai *tax deduction* dan fasilitas ini hanya berlaku bagi zakat yang disalurkan melalui BAZ/LAZ resmi yang disahkan pemerintah. Di dalam Pasal 23 UU Pengelolaan Zakat dinyatakan;

a) BAZNAS atau LAZ wajib memberikan bukti setoran zakat kepada setiap muzaki.

b) Bukti setoran zakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) digunakan sebagai pengurang penghasilan kena pajak.

4. Kedudukan Badan Amil Zakat (BAZNAS)

Di dalam pasal 6 UU Pengelolaan Zakat dinyatakan, BAZNAS merupakan lembaga yang berwenang melakukan tugas pengelolaan zakat secara nasional. Selain BAZNAS di tingkat pusat dalam PP No. 14 Tahun 2014 tentang Pelaksanaan UU No. 23 tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat, Menteri Agama atau pejabat yang ditunjuk dapat membentuk BAZNAS di tingkat Propinsi atas usul Gubernur, dan di tingkat Kabupaten/Kota asal usul Bupati/Walikota sesudah mendapatkan pertimbangan dari BAZNAS di tingkat Pusat.

Di dalam Pasal 7 ayat (1) UU Pengelolaan Zakat dinyatakan bahwa, tugas BAZNAS adalah menyelenggarakan fungsi:

a) perencanaan pengumpulan, pendistribusian, dan pendayagunaan zakat;
b) pelaksanaan pengumpulan, pendistribusian, dan pendayagunaan zakat;
c) pengendalian pengumpulan, pendistribusian, dan pendayagunaan zakat; dan
d) pelaporan dan pertanggungjawaban pelaksanaan pengelolaan zakat.

Ayat (2) Dalam melaksanakan tugas dan fungsinya, BAZNAS dapat bekerja sama dengan pihak terkait sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Ayat (3) BAZNAS melaporkan hasil pelaksanaan tugasnya secara tertulis kepada Presiden melalui Menteri dan kepada Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia paling sedikit 1 (satu) kali dalam 1 (satu) tahun.

BAZNAS terdiri dari 11 (sebelas) orang anggota yang merepresentasi masyarakat 8 (delapan orang) dan unsur pemerintah sebanyak 3 (tiga) orang. Masa jabatan pengurus BAZNAS perperiode selama 5 (lima) tahun. Pengangkatan dan pemberhentian anggota BAZNAS dilakukan Presiden atas usulan Menteri Agama.

Di dalam Pasal 11 dinyatakan bahwa persyaratan untuk dapat diangkat sebagai anggota BAZNAS paling sedikit harus:

a) warga negara Indonesia;
b) beragama Islam;
c) bertakwa kepada Allah SWT;
d) berakhlak mulia;
e) berusia minimal 40 (empat puluh) tahun;
f) sehat jasmani dan rohani;
g) tidak menjadi anggota partai politik;

h) memiliki kompetensi di bidang pengelolaan zakat; dan
i) tidak pernah dihukum karena melakukan tindak pidana kejahatan yang diancam dengan pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun.

Anggota BAZNAS diberhentikan menurut Pasal 12 apabila:

a) meninggal dunia;
b) habis masa jabatan;
c) mengundurkan diri;
d) tidak dapat melaksanakan tugas selama 3 (tiga) bulan secara terus menerus; atau
e) tidak memenuhi syarat lagi sebagai anggota.

Pengertian tidak memenuhi syarat lagi sebagai anggota BAZNAS dipertegas dalam pasal 24 PP No. 14 Tahun 2014, yaitu: a. menjadi warga negara asing; b. berpindah agama; c. melakukan perbuatan tercela; d. menderita sakit jasmani dan/atau rohani; e. menjadi anggota partai politik; atau f. dihukum karena melakukan tindak pidana kejahatan yang diancam dengan pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun.

Di dalam menjalankan fungsi BAZNAS, menurut pasal 30, pembiayaannya menggunakan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara/Daerah (APBN/P) dan hak amil.

5. Kedudukan Lembaga Amil Zakat (LAZ)

Lembaga Amil Zakat yang selanjutnya disingkat LAZ adalah lembaga yang dibentuk masyarakat yang memiliki tugas membantu pengumpulan, pendistribusian, dan pendayagunaan zakat (Pasal 1 angka 8). Di dalam Pasal 18 ayat (1) dinyatakan bahwa pembentukan LAZ wajib mendapat ijin Menteri atau pejabat yang ditunjuk oleh Menteri. Ijin hanya diberikan apabila memenuhi persyaratan paling sedikit:

a) terdaftar sebagai organisasi kemasyarakatan Islam yang mengelola bidang pendidikan, dakwah, dan sosial;

b) berbentuk lembaga berbadan hukum;

c) mendapat rekomendasi dari BAZNAS;

d) memiliki pengawas syariat;

e) memiliki kemampuan teknis, administratif, dan keuangan untuk melaksanakan kegiatannya;

f) bersifat nirlaba;

g) memiliki program untuk mendayagunakan zakat bagi kesejahteraan umat; dan

h) bersedia diaudit syariat dan keuangan secara berkala.

Persyaratan yang diatur dalam pasal 18 UU Pengelolaan Zakat ini pernah dilakukan uji materi melalui judicial review, dan permohonan itu sebagian diterima dan sebagiannya lagi ditolak dalam putusan MK No. 86/PUU-X/2012. Dalam putusan MK itu ditetapkan, bahwa

a) *Pasal 18 ayat (2) huruf a dan huruf b Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat yang menyatakan, "a. terdaftar sebagai organisasi kemasyarakatan Islam yang mengelola bidang pendidikan, dakwah, dan sosial"; "b. berbentuk lembaga berbadan hukum" bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai "terdaftar sebagai organisasi kemasyarakatan Islam yang mengelola bidang pendidikan, dakwah, dan sosial, atau lembaga berbadan hukum, harus mendapatkan izin dari pejabat yang berwenang, sedangkan untuk perkumpulan orang, perseorangan tokoh umat Islam (alim ulama), atau pengurus/takmir masjid/musholla di suatu komunitas dan wilayah yang belum terjangkau oleh BAZ dan LAZ, cukup dengan memberitahukan kegiatan pengelolaan zakat dimaksud kepada pejabat yang berwenang".*

b) *Pasal 18 ayat (2) huruf d Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat yang menyatakan, "Memiliki pengawas*

syariat" bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai, "pengawas syariat, baik internal, atau eksternal" c. Frasa, "Setiap orang" dalam Pasal 38 dan Pasal 41 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2011 tentang Pengelolaan Zakat Negara Republik Indonesia Nomor bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang tidak dimaknai dengan "mengecualikan perkumpulan orang, perseorangan tokoh umat Islam (alim ulama), atau pengurus/takmir masjid/musholla di suatu komunitas dan wilayah yang belum terjangkau oleh BAZ dan LAZ, dan telah memberitahukan kegiatan pengelolaan zakat dimaksud kepada pejabat yang berwenang"

Pada intinya putusan MK ini hanya mengabulkan permohonan bahwa tidak hanya organisasi kemasyarakatan Islam yang mengelola bidang pendidikan, dakwah, dan sosial tertentu saja seperti NU, Muhammadiyah, Persis, dll. Akan tetapi Organisasi kemasyarakatan Islam lainnya walaupun tidak mengelola pendidikan, dakwah, dan sosial, seperti Dompet Duafa dan lainnya juga dibolehkan membentuk Lembaga Amil Zakat. Demikian pula dibolehkan kelompok masyarakat seperti Takmir Mesjid, kiai/ustadz/guru ngaji yang berada di daerah-daearh terpencil yang sulit terjangkau untuk berfungsi sebagai amil zakat, dengan catatan memberitahukan kegiatannya itu kepada pejabat berwenang, semisal Kantor Urusan Agama Kecamatan.

Di dalam Pasal 19 UU Pengelolaan Zakat, LAZ diwajibkan melaporkan pelaksanaan pengumpulan, pendistribusian, dan pendayagunaan zakat yang telah diaudit kepada BAZNAS secara berkala. Ketentuan ini berkaitan dengan fungsi dan tugas BAZNAS yang diatur dalam perundang-undangan.

Di dalam menjalankan fungsi LAZ, menurut pasal 32, dapat menggunakan Hak Amil untuk membiayai kegiatan operasional.

6. Pembentukan Unit Pengumpulan Zakat (UPZ)

Di dalam Pasal 1 huruf 9 UU Pengelolaan Zakat disebutkan bahwa Unit Pengumpulan Zakat adalah satuan organisasi yang dibentuk oleh BAZNAS untuk membantu pengelolaan zakat. Selanjutnya di dalam pasal 16 ayat (1) dinyatakan, bahwa dalam melaksanakan tugas dan fungsinya, BAZNAS, BAZNAS Provinsi, dan BAZNAS Kabupaten/Kota dapat membentuk UPZ pada instansi pemerintah, badan usaha milik Negara, badan usaha milik daerah, perusahaan swasta, dan perwakilan Republik Indonesia di luar negeri serta dapat membentuk UUPZ pada tingkat kecamatan, kelurahan atau nama lainnya, dan tempat lainnya.

Pasal ini sebetulnya hanya memberikan kewenangan BAZNAS, BAZNAS BAZNAS Provinsi, dan BAZNAS Kabupaten/Kota dapat membentuk UPZ. Sementara LAZ dengan merujuk putusan MK No. 86/PUU-X/2012 juga sering mengadakan kegiatan pengumpulan zakat dengan mengadakan stand zakat di mesjid, majelis taklim, pasar swalayan, dan tempat keramaian lain tanpa memberitahukan kegiatannya itu kepada pihak berwenang. Tampaknya perlu ketegasan terkait ketentuan UPZ supaya tidak ada tumpang tindih antara BAZNAS dengan LAZ.

7. Tata Kelola Zakat

Tata kelola zakat di atur di dalam UU Perngelolaan Zakat, Bab III Pengumpulan, Pendistribusian, Pendayagunaan, dan Pelaporan. Di dalam pengumpulan, UU Pengelolaan Zakat tidak mengatur kewajiban menunaikan zakat yang dibebankan kepada muzaki. Pasal 21 ayat (1) dan (2) hanya menyebutkan muzaki dapat melakukan penghitungan sendiri atas kewajiban zakatnya dan dapat meminta bantuan kepada BAZNAS.

Zakat yang sudah dibayarkan muzaki kepada BAZNAS atau LAZ wajib diberikan bukti setoran zakat untuk digunakan sebagai pengurangan penghasilan kena pajak, --yang sudah dibahas

sebelumnya. BAZNAS maupun LAZ dapat dikenai sanksi administrative apabila lali tidak memberikan bukti setoran zakat kepada muzaki.

Zakat yang berhasil dikumpulkan BAZNAS dan LAZ selanjutnya didistribusikan kepada mustahik sesuai ketentuan syariat Islam. UU Pengumpulan Zakat sama sekali tidak mengatur mustahik, dan hanya mengatur cara penditribusiannya yang dilakukan berdasarkan skala prioritas dengan memperhatikan prinsip pemerataan, keadilan, dan kewilayahan (Pasal 25 dan 26).

Di dalam pasal 27 dinyatakan,

a) Zakat dapat didayagunakan untuk usaha produktif dalam rangka penanganan fakir miskin dan peningkatan kualitas umat.
b) Pendayagunaan zakat sebagai usaha produktif sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan apabila kebutuhan dasar mustahik sudah terpenuhi.

Kemudian di dalam pasal 28 disebutkan,

a) Selain menerima zakat, BAZNAS atau LAZ juga dapat menerima infak, sedekah, dan dana sosial keagamaan lainnya.
b) Pendistribusian dan pendayagunaan infak, sedekah, dan dana sosial keagamaan lainnya sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan sesuai dengan syariat Islam dan dilakukan sesuai dengan peruntukkan yang diikrarkan oleh pemberi.
c) Pengelolaan infak, sedekah, dan dana sosial keagamaan lainnya harus dicatat dalam pembukuan tersendiri.

Pengumpulan dan pendistribusian zakat, infak, sedekah, dan dana sosial keagamaan lainnya wajib dilaporkan. Pasal 29 UU No. 23 Tahun 2011 mengatur pelaporan pelaksanaan pengelolaan zakat secara integralistik. Dalam artian mulai dari UPZ, LAZ, BAZNAS Kabupaten/Kota, BAZNAS Provinsi wajib melaporkan secara berkala kepada BAZNAS sebagai lembaga yang berwenang melakukan pengelolaan zakat secara nasional. Di samping melaporkan

pelaksanaan pengelolaan zakat secara berkala kepada BAZNAS, wajib bagi BAZNAS Kabupaten/Kota dan BAZNAS Provinsi melaporkan kepada pemerintah dearah sesuai kedudukan wilayahnya. Sedangkan BAZNAS tingkat pusat melaporkan kepada Menteri Agama. Menurut pasal 29 ayat (5) laporan neraca tahunan BAZNAS diumumkan melalui media cetak dan media elektronik.

Dengan adanya laporan neraca tahunan BAZNAS maupun LAZ yang diumumkan melalui media cetak dan media elektronik, masyarakat dapat berperan serta dalam pembinaan dan pengawasan terhadap lembaga pengelola zakat tersebut. Pembinaan yang dimaksud meliputi: (a) meningkatkan kesadaran masyarakat untuk menunaikan zakat melalui BAZNAS dan LAZ; (b) memberikan saran untuk peningkatan kinerja BAZNAS dan LAZ. Adapun pengawasan masyarakat dapat berupa: (a) akses terhadap informasi tentang pengelolaan zakat yang dilakukan BAZNAS dan LAZ; dan (b) penyampaian informasi apabila terjadi penyimpangan dalam pengelolaan zakat yang dilakukan BAZNAS dan LAZ.

8. Audit Pengelolaan Zakat

Standar akuntansi ZIS yang berlaku saat ini dan digunakan oleh OPZ (organisasi pengelola zakat/BAZNAS/LAZ) sebagai pedoman dalam pembukuan dan pelaporan keuangannya adalah PSAK No. 109 yang dikeluarkan oleh Ikatan Akuntan Indonesia (IAI) pada tahun 2010.

PSAK No. 109 ini merujuk kepada beberapa fatwa MUI yaitu: 1) Fatwa MUI no. 8/2011 tentang amil zakat, 2) Fatwa MUI No. 13/2011 tentang Hukum Zakat atas Harta Haram, 3) Fatwa MUI No. 14/2011 tantang Penyaluran Harta Zakat dalam bentuk Aset Kelolaan. 4) Fatwa MUI No.15/2011 tentang penarikan, pemeliharaan dan penyaluran harta zakat.

Bedasarkan PSAK 109 menyatakan bahwa komponen laporan keuangan yang lengkap dari amil terdiri dari:

a) Neraca (Laporan Posisi Keuangan)

b) Laporan Perubahan Dana

c) Laporan Perubahan Aset Kelola

d) Laporan Arus Kas

e) Catatan atas Laporan Keuangan

9. Pemidanaan Pelanggar UU Pengelolaan Zakat

Di dalam UU No. 23 Tahun 2011 terdapat sanksi bagi para pihak yang melakukan tindakan pelanggaran, khususnya pelanggaran terhadap pengelolaan zakat. Ketentuan hukuman mengenai pemidanaan bagi pelanggar pengelolaan zakat dibagi menjadi 2 (dua) macam: yakni sanksi administratif dan sanksi pidana.

Ketentuan mengenai sanksi administratif UU Pengelolaan Zakat terdapat di dalam pasal 36 yang mengatur mengenai jenis sanksi bagi pelanggaran terhadap pasal 19, pasal 23 ayat (1), pasal 28 ayat (1) dan ayat (3), serta pasal 29 ayat (3). Sanksi administratifnya berupa:

a) Peringatan tertulis;
b) Pemberhentian sementara dari kegiatan; dan/atau;
c) Pencabutan ijin.

Pemerintah berdasarkan UU No. 23 tahun 2011 ini dapat menjatuhkan dan memberikan sanksi berupa sanksi administratif bagi pengelola BAZ dan LAZ atau lembaga pengelola zakat lainnya apabila mereka melanggar beberapa ketentuan berikut ini:

a) Khusus LAZ dapat dikenai sanksi administratif apabila tidak melaporkan secara berkala pelaksanaan penelolaan zakat yang telah diaudit kepada BAZNAS (pasal 19); begitu juga jika tidak menyampaikan laporan kepada pemerintah (29 ayat (3));
b) Tidak memberi bukti setoran kepada muzaki (pasal 23 ayat (1));

c) Pendistribusian zakat dan pendayagunaan infak, sedekah dan dana sosial keagamaan lainnya dilakukan tidak sesuai syariat Islam dan juga dilakukan tidak sesuai dengan peruntukan yang diikrarkan oleh pemberi, serta pengelolaannya tidak dicatat dalam pembukuan tersendiri (pasal 28 ayat (2) dan ayat (3));

Adapun ketentuan sanksi pidana diatur di dalam pasal 39 sampai dengan pasal 42 UU No. 23 Tahun 2011.

Pasal 39 menyatakan: Setiap orang yang dengan sengaja melawan hukum tidak melakukan pendistribusian zakat sesuai dengan ketentuan pasal 25 dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp. 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

Pasal ini berisi ketentuan mengenai hukuman bagi pihak pengelola zakat yang dengan sengaja tidak melakukan pendistribusian zakat, atau melakukan pendistribusian kepada pihak-pihak yang bertentangan dengan ajaran Islam mengenai zakat. Ketentuan ini dibuat untuk melindungi tindakan penunaian zakat dan juga harta yang telah dikeluarkan oleh muzaki agar tidak diselewengkan, serta memberikan jaminan perlindungan ukum kepada mustahik sebagai penerima distribusi zakat.

Selanjutnya pasal 40 disebutkan: Setiap orang yang dengan sengaja dan melawan hukum melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 37 dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp. 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

Pasal ini dijeratkan kepada setiap orang yang melakukan tindakan memiliki, menjaminkan, menghibahkan, menjual, dan/atau mengalihkan zakat, infak, sedekah, dan/atau dana sosial keagamaan lainnya yang ada dalam pengelolaannya.

Berikutnya pasal 41 disebutkan: Setiap orang yang dengan sengaja dan melawan hukum melanggar ketentuan sebagaimana

dimaksud dalam pasal 38 dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp. 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah).

Pasal ini dijeratkan kepada setiap orang yang dengan sengaja bertindak sebagai amil zakat melakukan pengumpulan, pendistribusian, atau pendayagunaan zakat tanpa ijin pejabat yang berwenang.

BAB IX

HUKUM WAKAF DAN JAMINAN KESEJAHTERAAN SOSIAL

Salah satu langkah strategis untuk meningkatkan kesejahteraan sosial di bidang agama ialah meningkatkan potensi wakaf di Indonesia. Kegunaan dan manfaat wakaf yang biasanya diperuntukkan untuk pengembangan sarana ibadah dan sosial perlu dikembangkan supaya memiliki nilai ekonomi di tengah masyarakat. Atas dasar pertimbangan inilah pemerintah Indonesia menerbitkan Undang-undang No. 41 Tahun 2004 tentang wakaf. Sebelum terbit UU Wakaf, perwakafan di Indonesia diatur dalam PP No. 28 tahun 1977 tentang perwakafan tanah milik dan sedikit ter-*cover* dalam UU No. 5 tahun 1960 tentang peraturan pokok agrarian.

Dalam salah satu konsideran UU Wakaf itu disebutkan, bahwa lembaga wakaf sebagai pranata keagamaan yang memiliki potensi dan manfaat ekonomi perlu dikelola secara efektif dan efesien untuk kepentingan ibadah dan untuk memajukan kesejahteraan umum. Sebagai negara yang memiliki penduduk mayoritasnya Muslim, UU Wakaf ini sering diklaim sebagai regulasi yang mengatur wakaf produktif di Indonesia. Di dalam Pasal 15 sampai Pasal 22 UU Wakaf diatur perluasan obyek wakaf yang tidak hanya berbentuk wakaf

tidak bergerak seperti tanah tetapi juga berupa harta tidak bergerak, termasuk wakaf uang dan wakaf tunai lainnya.

Namun begitu UU ini tidak mengatur secara eksplisit nomenklatur maupun bentuk wakaf produktif. Di dalam UU Wakaf Pasal 43 ayat (2) hanya disebutkan: "*Pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan secara produktif.*" Inilah satu-satunya penyebutan kata "produktif" pada pasal dan ayat di dalam UU Wakaf.

Bentuk wakaf produktif baru dapat diketahui dari penjelasan Pasa 43 ayat (2), yang menyatakan:

> "Pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf secara produktif antara lain dengan cara pengumpulan, investasi, penanaman modal, produksi, kemitraan, perdagangan, agrobisnis, pertambangan, perindustrian, pengembangan teknologi, pembangunan gedung, apartemen, rumah susun, pasar swalayan, pertokoan, perkantoran, sarana pendidikan ataupun kesehatan dan usaha-usaha lain yang tidak bertentangan dengan syariah. Yang dimaksud dengan lembaga penjamin syariah adalah badan hukum yang menyelenggarakan kegiatan penjaminan atas suatu kegiatan usaha yang dapat dilakaukan antara melalui skim asuransi syariah atau skim lainnya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan lainnya yang berlaku."

Tampaknya dalam UU No. 41 Tahun 2004 wakaf produktif bukan merupakan *cluster* tersendiri dari produk wakaf. Hal ini sangat dimungkinkan karena kata "produktif" bukan termasuk istilah hukum tetapi menjadi bagian istilah ekonomi.

Dalam ilmu ekonomi produksi menjadi salah satu entitas terpenting di samping pertukaran (*exchange*) dan konsumsi. Produksi sendiri ditentukan oleh banyak factor, yaitu barang dan jasa, kombinasi sumberdaya dan teknik yang dipakai (orang, alat, finance, dll), dan kebutuhan orang yang dipenuhi. Sementara wakaf sendiri dalam mazhab hukum Islam digolongkan kedalam kelompok

hukum muamalat atau hukum perikatan/perjanjian dalam keperdataan Barat.

Dengan pendekatan ini wakaf produktif tidak dibuatkan nomenklatur ataupun cluster khusus dalam hukum wakaf di Indonesia yang diterbitkan melalui UU No.41/2004. Tetapi hanya disebut "Pengelolaan dan pengembangkan wakaf secara produktif". Dalam penjelasannya, yang dimaksud pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf secara produktif antara lain ialah dengan cara pengumpulan, investasi, penanaman modal, produksi, kemitraan, perdagangan, agrobisnis, pertambangan, perindustrian, pengembangan teknologi, pembangunan gedung, apartemen, rumah susun, pasar swalayan, pertokoan, perkantoran, sarana pendidikan ataupun kesehatan dan usaha-usaha lain yang tidak bertentangan dengan syariah.

Pada prinsipnya wakaf produktif bukan merupakan *cluster* tersendiri dari produk wakaf yang diatur dalam UU No. 41 Tahun 2004. Produktivitas wakaf hanyalah sebagai strategi dan cara pengelolaan dan pengembangan wakaf sesuai dengan tujuan, fungsi dan peruntukan wakaf. Hal ini menunjukkan bahwa wakaf produktif tidak identik dengan "wakaf benda bergerak berupa uang"/wakaf tunai (*cash waqf*), melainkan wakaf produktif berlaku juga untuk obyek wakaf yang lainnya.

A. DEFINISI WAKAF PRODUKTIF

Secara bahasa kata wakaf ini dalam bahasa Arab memiliki makna yang sama dengan beberapa kata di antaranya; dengan kata *al-habsu* yakni menahan dari berbuat sesuatu, dan kata *al-tasbil* yang artinya membuat jalan/mengalirkan. Namun wakaf lebih banyak dipakai untuk menunjukkan sesuatu yang tertahan (*al-mauquf*). Wakaf juga dipersamakan dengan bentuk "shadaqah jariyah", sebagaimana hadits yang diriwayatkan Al-Tirmidzi, dan aktivitas "yang baik" (*al-birr*) dalam QS. Ali Imran; 92.

Sedangkan menurut terminology, terdapat perbedaan konsep antara Syafi'iyah-Hanabilah, Hanafiyah, dan Malikiyah. *Pertama*, menurut Jumhur (Syafi'i-Hanabilah) wakaf ialah menahan harta benda yang bisa dimanfaatkan dengan tidak terkurangi (tetap) bentuknya dan menjadi terpisah/terlepas dari kepemilikan pemilik asalnya untuk tujuan baik dan mendekatkan diri kepada Allah Swt. Sumber hukumnya berupa Hadits yang menceritakan tentang Umar b. Khattab mewakafkan sebidang tanah di Khaibar. Akan tetapi penambahan fungsi wakaf untuk mendekatkan diri kepada Allah dipermasalahkan juga oleh Al-Munawi Al-Syafi'i. Menurutnya wakaf boleh untuk tujuan kedunian seperti pangkat, jabatan dan keturunan.

Kedua, pendapat Hanafiyah yang mendefinisikan wakaf ialah perbuatan berupa menahan harta benda dalam status kepemilikan yang mempunyai asalnya (*Waqif*) dan mensedekahkan manfaatnya untuk kebaikan. Harta wakaf dalam perspektif Hanafiyah menyerupai barang pinjaman ('*ariyah*). Dasarnya: Sabda Rasulullah: *Tidak boleh menahan (la habsa) dari ketentuan-ketentuan yang sudah ditetapkan Allah* (HR. Daruquthni). Kemudian diriwayatkan juga, bahwa telah datang Rasulullah SAW untuk menjual (berhala-berhala Kafir Quraisy) yang diwakafkan (disimpan di dalam Ka'bah).

Ketiga, menurut Malikiyah Waqaf adalah Menjadikan manfaat suatu harta milik termasuk dengan cara pemilik menyewakan harta tersebut untuk disedekahkan kepada orang lain dengan suatu ungkapan/akad dalam jangka waktu tertentu. Dalam hal ini harta wakaf menyerupai barang yang dijadikan jaminan (*Dhaman*). Dasar Hukumnya ialah Sabda rasulullah SAW kepada Umar b. Khattab yang berkehendak mewakafkan sebidang tanah di Khaibar; "Jika kamu mau, tahanlah harta pokoknya dan bersedekahlah dengannya". Sementara alasan ketidakbolehan mengalihkan harta wakaf kepada pihak lain berdasarkan pemahaman Umar yang menyatakan; "*Sekiranya tidak kamu jual, tidak kamu hibahkan, dan tidak kamu wariskan*."

Menurut UU No. 41 Tahun 2004, wakaf adalah perbuatan hukum wakif untuk memisahkan dan/atau menyerahkan sebagian harta benda miliknya untuk dimanfaatkan selamanya atau untuk jangka waktu tertentu sesuai dengan kepentingannya guna keperluan ibadah dan/atau kesejahteraan umum menurut syariah. Sementara di dalam UU Wakaf tidak dijelaskan pengertian wakaf produktif, terkecuali terdapat satu klausul dalam Pasal 43 ayat (2) yang hanya menyebutkan: "Pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan secara produktif."

Pada Pasal 4 UU Wakaf dijelaskan bahwa, "Wakaf bertujuan memanfaatkan harta benda wakaf sesuai fungsinya." Sementara dalam Pasal 5 dinyatakan, "Wakaf berfungsi mewujudkan potensi dan manfaat ekonomi harta benda wakaf untuk kepentingan ibadah dan untuk memajukan kesejahteraan umum." Pasal 22 UU Wakaf juga dinyatakan:

Dalam rangka mencapai tujuan dan fungsi harta benda wakaf hanya dapat diperuntukkan bagi:

a) Sarana dan kegiatan ibadah
b) Sarana dan kegiatan pendidikan serta kesehatan
c) Bantuan kepada fakir miskin anak terlantar, yaitu piatu, beasiswa;
d) Kemajuan dan peningkatan ekonomi umat, dan/atau;
e) Kemajuan kesejahteraan umum lainnya yang tidak bertentangan dengan syariat dan peraturan perundang-undangan.

Dalam konteks pengelolaan dan pengembangan wakaf produktif perlu pula dikritisi kenapa Pasal 22 ini menggunakan kalimat "hanya dapat diperuntukkan"? Bukankah produktifitas dalam kaedah ekonomi muamalat yang menjadi batasan adalah keharaman? Sehingga semestinya kalau tidak menabrak ketentuan haram maka diperbolehkan berdasarkan kaidah: "Ketentuan umum

hukum muamalah adalah dibolehkan" (*al-ashl fi al-mu'amalat al-ibahat*).

Atas dasar itulah ada yang mendefinisikan wakaf produktif yaitu harta yang digunakan untuk kepentingan produksi baik di bidang pertanian, perindustrian, perdagangan dan jasa yang manfaatnya bukan pada benda wakaf secara langsung, tetapi dari keuntungan bersih dari hasil pengembangan wakaf yang diberikan kepada orang-orang yang berhak sesuai dangan tujuan wakaf. Dengan pengertian lain wakaf produktif adalah harta pokok wakaf yang dikembangkan untuk meningkatkan nilai ekonomi dan sosialnya agar mendapatkan banyak kemanfaatan bagi kepentingan umat Islam. Wakaf produktif hanya merupakan sebuah skema pengelolaan donasi wakaf dari umat, yaitu dengan memproduktifkan donasi tersebut, hingga mampu menghasilkan surplus yang berkelanjutan. Donasi wakaf dapat berupa benda bergerak, seperti uang dan logam mulia, maupun benda tidak bergerak, seperti tanah dan bangunan.

B. BENTUK DAN JENIS WAKAF PRODUKTIF

Pada dasarnya semua wakaf itu produktif, dalam arti wakaf harus menghasilkan manfaat atau nilai ekonomis sesuai tujuan dan manfaat peruntukan wakaf yang telah diijabkan oleh Wakif. Ironinya, di Indonesia banyak aset wakaf yang tidak berfungsi produktif karena terbentur pemahaman masyarakat yang mengasumsikan wakaf harus kekal dan tidak berubah.

Begitu pun banyak praktisi ekonomi Islam dengan alasan tidak ingin berbenturan dengan pemahaman masyarakat itu pada akhirnya menganggap wakaf produktif hanya berbentuk benda bergerak. Sedangkan wakaf benda tidak bergerak seperti tanah untuk mesjid, tanah untuk kuburan, dan sebagainya, bukan digolongkan sebagai wakaf produktif.

Dengan pendekatan teori ekonomi bahwa produksi atau produktif ditentukan oleh banyak variabel, maka bentuk dan jenis wakaf produktif dapat dikelompokkan menjadi 4 (empat), yaitu; (a) berdasarkan peruntukan wakaf; (b) berdasarkan jenis harta benda wakaf; (c) berdasarkan batas waktu wakaf; dan (d) berdasarkan penggunaan harta benda wakaf.

Pertama, Wakaf produktif berdasarkan peruntukan wakaf terdiri dari 2 (dua) macam, yaitu:

a) *Wakaf ahli* (*wakaf Dzurri/wakaf 'ala al-awlad*) yaitu wakaf yang diperuntukkan bagi kepentingan dan jaminan sosial dalam lingkungan keluarga, dan lingkungan kerabat sendiri.

b) *Wakaf Khairi* (kebajikan) adalah wakaf yang secara tegas untuk kepentingan agama (keagamaan) atau kemasyarakatan (kebajikan umum).

Hanya saja dalam PP No. 42/2006 pasal 30 ayat (4), (5), dan (6) dinyatakan bahwa dengan sendirinya *wakaf ahly* beralih status menjadi *Wakaf Khairi.*

Kedua, Wakaf produktif berdasarkan jenis harta benda wakaf, yang dikelompokkan menjadi 3 (tiga) jenis yang diatur dalam Pasal 15 dan 16 UU Wakaf, yaitu:

a) Benda tidak bergerak yang meliputi:
   1) Hak atas tanah : hak milik, strata title, HGB/HGU/HP
   2) Bangunan atau bagian bangunan atau satuan rumah susun

b) Tanaman dan benda lain yang berkaitan dengan tanah

c) Benda tidak bergerak lain

Untuk menunjang keterlaksanaan penggunaan dan pengembangan wakaf produktif berupa benda tidak bergerak, seperti tanah, pemerintah telah membuat program pengelolaan wakaf tanah produktif, yaitu; (a) melalui pembentukan Badan Wakaf Indonesia (BWI). Keberadaan BWI mempunyai posisi yang sangat

strategis dalam memperdayakan wakaf tanah secara produktif. (2) Dengan mengembangkan lembaga-lembaga nazhir yang sudah ada agar lebih professional dan amanah. Dalam rangka upaya tersebut, BWI mendapat mandat untuk mengkoordinir dan membina lembaga Nazhir berupa kegiatan memberikan dukungan manajemen bagi pelaksanaan pengelolaan tanah-tanah produktif, seperti :

a) Dukungan sumber daya manusia
b) Dukungan advokasi
c) Dukungan keuangan
d) Dukungan pengawasan

Hal ini mengingat jumlah tanah wakaf di Indonesia sangat besar, mengalahkan Negara-negara Islam lain. Menurut Data dari Kementerian Agama tahun 2012 telah tercatat dan terdaftar asset wakaf berbentuk tanah mencapai 3,49 miliar meter persegi tanah, pada 420.003 titik di seluruh nusantara. Bila dirupiahkan, dengan asumsi harga tanah hanya Rp100 ribu per meter persegi, nilainya mencapai Rp349 triliun. Tanah-tanah wakaf produktif yang sudah inventarisir meliputi seluruh Indonesia itu dapat diberdayakan secara maksimal dalam bentuk :

a) Asset wakaf yang menghasilkan produk barang atau jasa
b) Asset wakaf yang berbentuk investasi usaha
    1) Benda bergerak selain uang, terdiri dari:
        (a) Benda dapat berpindah
        (b) Benda dapat dihabiskan dan yang tidak dapat dihabiskan
        (c) Air dan Bahan Bakar Minyak
        (d) Benda bergerak karena sifatnya yang dapat diwakafkan
        (e) Benda bergerak selain uang

(f) Surat berharga berupa Saham, Surat Utang Negara, obligasi, dan surat berharga lainnya yang dapat dinilai dengan uang

(g) Hak atas Kekayaan Intelektual terdiri dari: hak cipta, hak merk, hak paten, hak desain industri, hak rahasia dagang, hak sirkuit terpadu, hak perlindungan varietas tanaman, dan lain-lain

(h) Hak atas benda bergerak lainnya yaitu berupa; hak sewa, hak pakai dan hak pakai hasil atas benda bergerak, atau perikatan atas jumlah uang yang dapat ditagih atas benda bergerak.

2) Benda bergerak berupa uang terdiri dari;

(a) Wakaf tunai yang secara umum didefinisikan sebagai penyerahan asset wakaf berupa uang tunai yang tidak dapat dipindah tangankan dan dibekukan untuk selain kepentingan umum yang tidak mengurangi ataupun jumlah pokoknya. Di Indonesia wakaf uang tunai relatif baru dikenal semenjak diterbitkannya UU Wakaf.

(b) Sertifikat wakaf tunai adalah salah satu instrument yang sangat potensial dan menjanjikan, yang dapat dipakai untuk menghimpun dana umat dalam jumlah besar. Sertifikat wakaf tunai merupakan semacam dana abadi yang diberikan oleh individu maupun lembaga muslim yang mana keuntungan dari dana tersebut akan digunakan untuk kesejahteraan masyarakat.

Ketiga, Wakaf produktif berdasarkan batas waktu wakaf yang dikelompokkan menjadi 2 (dua) yakni:

a) *Muabbad/ta'bid* yaitu wakaf yang diserahkan untuk selamanya

b) *mu'aqqat/ta'qit,* yaitu wakaf yang diserahkan dalam jangka waktu tertentu

Dalam UU Wakaf Pasal 6 huruf f juga dinyatakan: "Wakaf dilaksanakan dengan memenuhi unsur wakaf sebagai berikut:…….. f. jangka waktu wakaf."

Keempat, Wakaf produktif berdasarkan pengelolaan dan pengembangan harta yang diwakafkan. Dalam hal ini juga dikelompokkan menjadi 2 (dua) bentuk.

a) *mubasyir/dzati*; harta wakaf yang menghasilkan pelayanan masyarakat dan bisa digunakan secara langsung seperti madrasah dan rumah sakit) .

b) *mistitsmary*, yaitu harta wakaf yang ditujukan untuk penanaman modal dalam produksi barang-*barang* dan pelayanan yang dibolehkan syara' dalam bentuk apapun kemudian hasilnya diwakafkan sesuai keinginan pewakaf.

Wakaf produktif berdasarkan penggunaan dan pengembangan harta wakaf dijabarkan dalam penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Wakaf, sebagaimana berikut:

> "Pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf secara produktif antara lain dengan cara pengumpulan, investasi, penanaman modal, produksi, kemitraan, perdagangan, agrobisnis, pertambangan, perindustrian, pengembangan teknologi, pembangunan gedung, apartemen, rumah susun, pasar swalayan, pertokoan, perkantoran, sarana pendidikan ataupun kesehatan dan usaha-usaha lain yang tidak bertentangan dengan syariah. Yang dimaksud dengan lembaga penjamin syariah adalah badan hukum yang menyelenggarakan kegiatan penjaminan atas suatu kegiatan usaha yang dapat dilakaukan antara melalui skim asuransi syariah atau skim lainnya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan lainnya yang berlaku."

C. POKOK-POKOK PENGATURAN UU WAKAF PERIHAL WAKAF PRODUKTIF

1. Perkembangan Regulasi Perwakafan di Indonesia

UU No. 41 Tahun 2004 tentang Wakaf merupakan hasil perubahan mendasar dari seluruh peraturan perwakafan yang pernah berlaku di Indonesia, yang terdiri dari:

a) Surat Edaran Sekretaris Gubernemen Pertama tanggal 31 Januari 1905 No. 435 sebagaimana termuat dalam Bijblad 1905 Nomor 6196 tentang Toezict opden bouw van Mohammedaansche bedenhuizen. Surat edaran ini ditujukan kepada para kepala wilayah mengharuskan para Bupati membuat daftar rumah-rumah ibadat bagi orang Islam. Dalam daftar itu harus dimuat asal-usul tiap rumah ibadat dipakai shalat jum'at atau tidak, keterangan tentang segala benda yang tidak bergerak yang oleh pemiliknya ditarik dari peredaran umum, baik dengan nama wakaf atau dengan nama lain.

b) Surat Edaran Sekretaris Gubernemen tanggal 04 Juni 1931 Nomor 1361/A termuat dalam Bijblad No. 125/3 tahun 1931 tentang Toezict van de Regering op Mohammedaansche bedehuizen Vrijdagdiensten en Wakafs. Surat edaran ini merupakan kelanjutan dan perubahan dari Bijblad No. 6196, yaitu tentang pengawasan Pemerintah atas rumah-rumah peribadatan orang Islam, sembahyang jum'at dan wakaf. Untuk mewakafkan tanah tetap harus ada izin Bupati, yang menilai permohonan itu dari segi tempat wakaf dan maksud pendirian.

c) Surat Edaran Sekretari Gubernemen tanggal 24 Desember 1934 Nomor 3088/A termuat dalam Bijblad No. 13390 tahun 1934 tentang Toezict de Regering op Mohammedaansche bedehuizen Vrijdagdiensten en Wakafs. Surat edaran ini mempertegas SE sebelumnya. Di dalamnya antara lain disebutkan seandainya dalam mengadakan shalat jum'at terdapat sengketa dalam masyarakat Islam, Bupati boleh memimpin usaha mencari

penyelesaian asalkan dimintakan oleh pihak-pihak yang bersangkutan.

d) Surat Edaran Sekretari Gubernemen tanggal 27 Mei 1935 Nomor 1273/A termuat dalam Bijblad No. 13480 tahun 1935 tentang Toezict van de Regering op Mohammedaansche bedehuizen Vrijdagdiensten en Wakafs. Dalam surat edaran ini antara lain ditentukan bahwa Bijblad No. 61696 menginginkan registrasi tanah wakaf yang dapat dipercaya. Maksud untuk mewakafkan tetap harus diberitahukan kepada Bupati agar ia mendapat kesempatan untuk mendaftarkan wakaf tersebut dan meneliti apakah ada peraturan umum atau peraturan setempat yang melanggar dalam pelaksanaan maksud itu.

e) PP. No. 33 Tahun 1949 jo. No. 8 Tahun 1950 disebutkan bahwa tugas pokok atau lapangan tugas pekerjaan Kementrian Agama RI adalah di antaranya: ... k. menyelidiki, menentukan, mendaftar, dan mengawasi pemeliharaan wakaf-wakaf.

f) Peraturan Menteri Agama RI No. 2 Tahun 1958 tentang lapangan tugas, susunan, dan Pimpinan Kementrian Agama RI, disebutkan bahwa lapangan tugas kementrian Agama RI adalah: ... 25. Menyelidiki, menentukan, mendaftar, dan mengawasi wakaf-wakaf umum, dan wakaf masjid, dan bersama-sama dengan Kementrian Agraria dan Dalam Negeri mengatur soal-soal yang bersangkut-paut dengan perwakafan.

g) Peraturan Menteri Agama No. 3 Tahun 1958 disebutkan bahwa lapangan tugas Jawatan Urusan Agama (JAURA) yaitu salah satu jawatan dalam Departemen Agama meliputi: ... 18. Menyelidiki, menentukan, mendaftar, dan mengawasi wakaf-wakaf umum, dan wakaf masjid, dan bersama-sama dengan Kementrian Dalam Negeri mengatur soal-soal yang bersangkut-paut dengan perwakafan.

h) Keputusan Menteri Agama No. 114 Tahun 1969 jo. No. 18 Tahun 1975 disebutkan bahwa di Tingkat Pusat pengurusan wakaf ini

termasuk dalam wewenang Direktorat Urusan Agama (DITURA) Sub Direktorat Zakat, Wakaf, dan Ibadah Sosial (Zawaib). Di Tingkat Provinsi/tingkat wilayah termasuk tugas bidang Urusan Agama Islam seksi Zakat, Wakat, dan Ibadah Sosial. Di tingkat Kabupaten menjadi tugas wewenang Seksi Urusan Agama Islam dan akhirnya di tingkat Kecamatan menjadi tugas dan wewenang Kantor Urusan Agama Kecamatan. Berdasarkan ketentuan terakhir, bahwa Kepala KUA Kecamatan ditunjuk sebagai PPAIW mempunyai tugas dan wewenang untuk pengesahan nażir.

i) UU No. 5 Tahun 1960 tentang Pokok Agraria. Masalah wakaf dapat diketahui pada pasal 5, pasal 14 ayat (1), dan pasal 49 yang memuat rumusan-rumusan sebagai berikut:

Pertama, Pasal 5 UUPA menyatakan bahwa Hukum Agraria yang berlaku atas bumi, air, dan ruang angkasa ialah hukum adat, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan Negara ... segala sesuatu dengan mengindahkan unsur yang berstandar pada hukum agama. Dalam rumusan pasal ini, jelaslah bahwa hukum adatlah yang menjadi dasar hukum agraria Indonesia, yaitu hukum Indonesia asli yang tidak tertulis dalam bentuk perundang-undangan RI yang di sana-sini mengandung unsur agama yang telah diresipir dalam lembaga hukum adat khususnya lembaga wakaf.

Kedua, Pasal 14 ayat (1) menyatakan bahwa pemerintah dalam rangka sosialisme Indonesia, membuat suatu rencana umum mengenai peruntukan dan penggunaan bumi, air, dan ruang angkasa serta kekayaan alam yang terkandung di dalamnya untuk keperluan Negara, untuk keperluan peribadatan, dan keperluan-keperluan suci lainnya, sesuai dengan Ketuhanan Yang Maha Esa dan seterusnya. Dalam rumusan UUPA pasal 14 ini terkandung perintah kepada pemerintah Pusat dan Daerah untuk membuat skala prioritas penyediaan peruntukan, dan penggunaan bumi, air, dan ruang

angkasa dalam bentuk peraturan yang dibuat oleh pemerintah Pusat maupun Daerah termasuk pengaturan tentang penggunaan tanah untuk keperluan peribadatan dan kepentingan suci lainnya.

Ketiga, Pasal 49 UUPA menyatakan bahwa (1) Hak milik tanah badan-badan keagamaan dan sosial sepanjang dipergunakan untuk usaha dalam bidang keagamaan dan sosial diakui dan dilindungi. Badan-badan tersebut dijamin pula akan memperoleh tanah yang cukup untuk bangunan dan usahanya dalam bidang keagamaan dan sosial. (2) Untuk keperluan peribadatan dan keperluan suci lainnya sebagai dimaksud pasal 14 dapat diberikan tanah yang dikuasai langsung oleh negara dengan hak pakai. (3) Perwakafan tanah milik dilindungi dan diatur oleh Peraturan Pemerintah. Pasal-pasal ini memberikan ketegasan bahwa soal-soal yang bersangkut-paut dengan dengan peribadatan dan keperluan suci lainnya dalam hukum agraria akan mendapatkan perhatian sebagaimana mestinya. Terkait dengan rumusan tersebut, Pemerintah RI telah mengeluarkan peraturan tentang perwakafan tanah hak milik yaitu PP. No. 28 Tahun 1977.

j) Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1977 yang terdiri atas tujuh bab delapan belas pasal yang meliputi pengertian, syarat-syarat, fungsi, tata cara, dan pendaftararan wakaf, ketersediaan tenaga yang menangani pendaftaran wakaf, perubahan, penyelesaian perselisihan dan pengawasan wakaf, ketentuan pidana, serta ketentuan peralihan.

Menindaklanjuti PP Nomor 28 Tahun 1977 telah dikeluarkan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 6 Tahun 1977 yang mengatur tentang tatacara pendaftaran perwakafan tanah hak milik yang memuat antara lain persyaratan tanah yang diwakafkan, pejabat pembuat akta ikrar wakaf, proses pendaftaran, biaya pendaftaran, dan ketentuan peralihan.

Selanjutnya Peraturan Menteri Agama Nomor 1 Tahun 1978 memerinci lebih lanjut tentang tata cara perwakafan tanah milik, antara lain tentang ikrar wakaf dan aktanya, pejabat pembuat akta ikrar wakaf, hak dan kewajiban nażir, perubahan perwakafan tanah milik, pengawasan dan bimbingan, penyelesaian perselisihan tanah wakaf, serta biaya perwakafan tanah milik.

Maksud dikeluarkannya PP Nomor 28 Tahun 1977 adalah untuk memberikan jaminan kepastian hukum mengenai tanah wakaf serta pemanfaatannya sesuai dengan tujuan wakaf. Berbagai penyimpangan dan sengketa wakaf dengan demikian dapat diminimalisir. Namun demikian, masih dirasakan adanya hambatan dan atau permasalahan terkait dengan PP nomor 28 Tahun 1977 ini, antara lain:

Pertama, Tanah yang dapat diwakafkan hanyalah tanah hak milik dan badan-badan sosial keagamaan dijamin dapat mempunyai hak atas tanah dengan hak pakai. Bagaimana wakaf tanah dengan hak guna bagunan atau guna usaha yang di dalam prakteknya dapat diperpanjang waktunya sesuai dengan tujuan pemanfaatan wakaf.

Kedua, Penerima wakaf (nażir) disyaratkan oleh peraturan mempunyai cabang atau perwakilan di kecamatan di mana tanah wakaf terletak. Dalam pelaksanaannya menimbulkan kesulitan dan justru menimbulkan hambatan. Terkait dengan masalah tersebut, bagaimana jika nażir itu bersifat perorangan atau perkumpulan yang tidak memiliki cabang atau perwakilan.

Ketiga, PP Nomor 28 Tahun 1977 hanya membatasi wakaf benda-benda tetap khususnya tanah. Bagaimana wakaf yang objeknya benda-benda bergerak selain tanah atau bangunan.

Keempat, Hambatan-hambatan lain yang bersifat non-yuridis, antara lain kesadaran hukum masyarakat akan pentingnya sertifikasi wakaf, ketersediaan tenaga yang menangani

pendaftaran/sertifikasi wakaf serta peningkatan kesadaran para nażir akan tugas dan tanggung jawabnya.

k) Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam yang terdiri dari Buku I tentang Hukum Perkawinan, Buku II tentang Hukum Kewarisan, dan Buku III tentang Hukum Perwakafan. Hukum Perwakafan terdiri dari lima bab dan lima belas pasal yang memuat ketentuan umum tentang wakaf, fungsi, unsur-unsur dan syarat-syarat wakaf, kewajiban dan hak-hak nażir, tata cara perwakafan, pendaftaran wakaf, perubahan benda wakaf, penyelesaian perselisihan benda wakaf, pengawasan dan ketentuan peralihan.

Pada akhirnya regulasi perwakafan yang pernah berlaku di Indonesia itu digantikan dengan UU No. 41 Tahun 2004 tentang Wakaf yang diundangkan pada tanggal 27 Oktober 2004 di masa pemerintahan Presiden Susilo Bambang Yudhoyono.

2. Pokok-pokok Pengaturan Perwakafan dalam UU Wakaf

Pada prinsipnya UU No. 41 Tahun 2004 diterbitkan dengan membawa 5 (lima) pokok pengaturan hukum wakaf.

Pertama, pencatatan, pendaftaran dan pengumuman wakaf yang bertujuan untuk menciptakan tertib hukum dan administrasi wakaf guna melindungi harta benda wakaf. UU Wakaf ini menegaskan bahwa perbuatan hukum wakaf wajib dicatat dan dituangkan dalam akta ikrar wakaf dan didaftarkan serta diumumkan oleh Pejabat Pembuat Akta Ikrar Wakaf. Ketentuan ini dapat disebut sebagai upaya pengetatan hukum yang telah diatur dalam ketentuan fiqh.

Para ulama mazhab fiqh sebelumnya telah bersepakat memasukkan shighat (ungkapan lafal) wakaf ke dalam 4 (empat) rukun wakaf; di samping *Waqif, Mauquf* dan *Mauquf 'alaih*. Rukun wakaf yang disebut terakhir, yakni *al-mauquf 'alaih* tidak termasuk kedalam rukun wakaf dalam UU Wakaf. Kedudukan *al-mauquf 'alaih*

hanya dijelaskan melalui Pasal 1 point (5) PP No. 42 Tahun 2006 tentang Pelaksanaan UU No. 41 Tahun 2004, bahwa *Mauquf Alaih* adalah pihak yang ditunjuk untuk memperoleh manfaat dari peruntukan harta benda wakaf sesuai pernyataan kehendak Wakif yang dituangkan dalam Akta Ikrar Wakaf. Namun dalam UU Wakaf, kedudukannya bukan termasuk rukun wakaf, sebaliknya Nazhir justru menjadi rukun wakaf. Masalah ini akan diulas tersendiri di pembahasan Nazhir.

Kemudian, ungkapan wakaf dapat berbentuk pernyataan (*ijab*) dari Wakif jika penerima manfaat wakaf bersifat umum (*Ghair Mu'ayyan*). Tetapi jika penerima manfaat wakaf bersifat perorangan maka menurut ulama Syafi'iyah, Malikiyah, dan sebagian ulama Hanabilah harus disertai Ijab-qabul. Dari keempat mazhab hanya Syafi'iyah dan Hanafiyah yang mensyaratkan pernyataan ikrar wakaf harus jelas (*sharih*), sedangkan Malikiyah dan Hanabilah membolehkan dengan ungkapan yang tidak jelas, termasuk kinayah. Dengan kata lain, prinsip pencatatan, pendaftaran, dan pengumuman wakaf merupakan langkah antisipasi dan penguatan ketentuan hukum wakaf yang utamanya dipelopori oleh mazhab Syafi'iyah.

Pasal 32 UU No. 41 Tahun 2004 menyatakan: "PPAIW atas nama Nazhir mendaftarkan harta benda wakaf kepada instansi yang berwenang paling lambat 7 (tujuh) hari sejak akta ikrar wakaf ditandatangani". Instansi yang berwenang di bidang wakaf tanah ialah Badan Pertanahan Nasional. Sementara instansi yang berwenang di bidang wakaf benda bergerak selain uang adalah instansi yang terkait dengan tugas pokoknya. Adapun instansi yang berwenang di bidang wakaf benda bergerak selain uang yang tidak terdaftar (*unregistered goods*) adalah Badan Wakaf Indonesia. Dijelaskan pula dalam Pasal 3 ayat (1) PP No. 42 Tahun 2006: "Harta benda wakaf harus didaftarkan atas nama Nazhir untuk kepentingan pihak yang dimaksud dalam AIW sesuai dengan peruntukannya."

Kedua, perluasan pengaturan obyek harta benda wakaf. Selama ini masyarakat menganggap wakaf terbatas pada harta tidak bergerak seperti tanah, bangunan mesjid, madrasah, pesantren dan lain-lain. Hal ini tidak bisa dipungkiri sebab pada umumnya ulama fiqh sepakat bahwa harta wakaf harus berupa harta benda yang berharga, kekal, tetap dan nyata serta sudah dimiliki secara tetap.

Jika disejajarkan ulama mazhab yang paling ketat dalam membuat ketentuan harta benda wakaf adalah Hanafiyah yang mensyaratkan harta wakaf harus tatap dan kekal (tidak bergerak). Mereka hanya menerima wakaf harta bergerak jika berhubungan langsung dengan wakaf harta tidak bergerak, seperti sah mewakafkan air sumur dengan catatan tanahnya juga menjadi benda wakaf. Pada prinsipnya, mayoritas ulama Hanafiyah tidak menerima wakaf harta bergerak yang berdiri sendiri tanpa menyertakan harta tidak bergerak sebagai harta pokoknya, kecuali ada dalilnya dan sudah menjadi kebiasaan masyarakat. Dengan alasan kebiasaan (*al-'urf*) ini pula, sebagian ulama Hanafiyah membolehkan wakaf dinar dan dirham.

Disusul kemudian ulama Syafi'iyyah dan ulama Hanabilah serta sebagian kecil ulama Hanafiyyah seperti Abu Yusuf. Mereka menerima wakaf harta bergerak sama seperti harta tidak bergerak karena yang menjadi dasar dalam wakaf adalah asas keabadian.

Adapun yang dianggap paling longgar menerapkan ketentuan harta benda wakaf ialah ulama Malikiyyah. Mereka membolehkan wakaf harta benda tidak bergerak, benda bergerak, bahkan wakaf manfaat atau hak guna sekalipun, dan termasuk harta yang belum dimiliki secara penuh. Menurut mereka harta wakaf tidak harus berupa benda yang kekal, abadi dan tidak dapat berubah. Oleh karena itu dibolehkan mewakafkan mata uang dinar, dirham, makanan, dan memberikan wakaf sebagai pinjaman bagi si penerimanya, serta boleh mewakafkan pakaian atau buku-buku menurut pendapat ulama Malikiyah yang paling kuat.

Dalam konteks ini, perluasan obyek harta benda wakaf yang diatur dalam UU No. 41 Tahun 2004 lebih banyak merepresentasikan pandangan ulama Malikiyyah. Dalam UU Wakaf, harta benda wakaf tidak sebatas harta tidak bergerak tetapi boleh berbentuk harta bergerak berupa uang dan selain uang seperti logam mulia, surat berharga, kendaraan, hak kekayaan intelektual, hak sewa, dan lain-lain (Pasal 15 s/d 22 UU N0. 41 Tahun 2004).

Khusus wakaf berupa uang, dalam Pasal 28 UU Wakaf diatur bahwa untuk mempermudah perwakafan Wakif dapat mewakafkan melalui Lembaga Keuangan Syari'ah. Yaitu Badan hukum yang dibentuk sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang bergerak di bidang keuangan syariah seperti perbankan syariah.

Ketiga, peruntukan harta benda wakaf dimasukkan ke dalam rukun wakaf, termasuk pula pengaturan jangka waktu (Pasal 6 huruf e dan f UU Wakaf). Padahal ketentuan ini tidak diatur dalam fiqh empat mazhab, baik Hanafiyah, Malikiyah, Syafi'iyah, dan Hanabilah; dan sebaliknya yang diatur ialah *al-mauquf 'alaih* (penerima manfaat wakaf). Sementara pengaturan jangka waktu sebagai rukun wakaf juga tidak ditentukan dalam fiqh, kecuali ulama Malikiyyah yang "tidak mensyaratkan wakaf untuk selama-lamanya" (*al-ta'bid*). Mereka membolehkan wakaf berjangka waktu (*ta'qit*).

Dalam Pasal 22 UU Wakaf, tujuan dan fungsi wakaf hanya dapat diperuntukkan bagi; (a) Sarana dan kegiatan peribadatan; (b) Sarana dan kegiatan pendidikan serta kesehatan; (c) Bantuan kepada fakir miskin anak terlantar, yaitu piatu, beasiswa; (d) Kemajuan dan peningkatan ekonomi umat, dan/atau; (e) Kemajuan kesejahteraan umum lainnya yang tidak bertentangan dengan syariat dan peraturan perundang-undangan. Hal itu memungkinkan pengelolaan harta benda wakaf dapat memasuki wilayah kegiatan ekonomi secara luas, sepanjang pengelolaan tersebut sesuai dengan prinsip manajemen dan ekonomi syariah.

Apabila dicermati ketentuan peruntukan harta benda wakaf dalam UU No. 41 Tahun 2004, maka *al-mauquf 'alaih* hanya terwakili unsur *ghair mu'ayyan* (umum). Dengan pengertian lain, tidak dimasukkannya *al-mauquf aliah* di dalam rukun wakaf versi UU Wakaf dan justru memasukkan peruntukan harta wakaf secara umum menunjukkan bahwa UU ini hanya mengakui *wakaf khairy* (wakaf umum).

Namun timbul pertanyaan, kenapa dalam penjelasan umum UU ini disebutkan bahwa UU ini tidak memisahkan antara *wakaf ahly* yang pengelolaan dan pemanfaatan harta benda wakaf terbatas untuk kaum kerabat (ahli waris) dengan *wakaf khairy* yang dimaksudkan untuk kepentingan masyarakat umum sesuai dengan tujuan dan fungsi wakaf ? Begitu pula apa maksud pengaturan dalam PP No. 42/2006 pasal 30 ayat (4), (5), dan (6) bahwa dengan sendirinya *wakaf ahly* beralih status menjadi *Wakaf Khairi* ? Seharusnya ketentuan ini tidak perlu muncul sebab tujuan dan fungsi wakaf hanya dapat diperuntukkan bagi kepentingan umum (*ghair mu'ayyan*)

Keempat, meningkatkan profesionalisme Nazhir. Dalam UU Wakaf Pasal 1 poin 4 dijelaskan; "Nazhir adalah pihak yang menerima harta benda wakaf dari Wakif untuk dikelola dan dikembangkan sesuai dengan peruntukannya." Kedudukan Nazhir menjadi penerima harta wakaf dan dimasukkan ke dalam salah satu rukun wakaf, sesuai Pasal 6 UU Wakaf, merupakan hasil ijtihadiyah yang belum diatur dalam kajian fiqh. Dalam kajian fiqh sendiri, lembaga Nazhir sebetulnya lahir dari konsep *tauliyah* (perwalian). Perwalian dalam masalah wakaf menurut mayoritas ulama mazhab merupakan hak yang dapat dimiliki oleh *Wakif*, *Maukuf* (harta wakaf), *Maukuf Alaih*, dan Negara.

Ada sedikit pengecualian yaitu dari perspektif Hanabilah dan Hanafiyah. Menurut ulama Hanabilah, pengangkatan Nazhir sebagai wali dapat dilakukan untuk tujuan "pengampuan" dari beberapa

pihak yang diwakili, yaitu: (a) Nazhir sebagai pengampu yang merepresentasikan *Maukuf 'alaih* berjenis perseorangan (Mu'ayyan); (b) Nazhir sebagai pengampu yang mewakili Negara, jika *Maukuf 'alaih* berjenis kelompok orang seperti fakir-miskin; (c) Nazhir sebagai pengampu yang mewakili harta wakaf (*Maukuf*), jika tujuan dan manfaat wakaf untuk sarana umum seperti mesjid, madrasah, dan lain-lain. Sedangkan menurut ulama Hanafiyah, eksistensi Nazhir merupakan representasi dari Wakif atau Negara.

Dari deskripsi konsep Nazhir menurut ulama fiqh, pengaturan Nazhir dalam UU Wakaf merupakan hasil ijtihadiyah baru. Pertimbangannya ialah;

a) Adanya ketatapan baru berupa penetapan Nazhir sebagai salah satu rukun wakaf dan sebaliknya menghilangkan *Maukuf 'Alah* dalam rukun wakaf menurut UU Wakaf.

b) Wakaf untuk *maukuf 'alaih* berjenis umum (*ghair mu'ayyan*), yang menjadi prinsip UU Wakaf, dalam pandangan ulama fiqh tidak membutuhkan qabul. Oleh sebab itu agar terpelihara harta wakaf harus ada penerima dalam kapasitas sebagai administrator (menurut UU Wakaf). Jadi Nazhir di sini bukan dihasilkan dari konsep perwalian dalam kajian fiqh, tetapi berdiri sendiri sebagai rukun wakaf karena alasan *Sadd al-zhariah* (menutup celah yang bisa membahayakan).

c) Wakaf yang sudah diikrarkan oleh Wakif dalam jangka waktu tertentu tidak lagi menjadi milik Wakif. Jadi dalam hal ini kedudukan Nazdir adalah sebagai pengelola dan pengembang, pengawas dan pelindung, serta pelapor pelaksanaan tugas sekaligus dari Wakif, harta wakaf, dan *Maukuf 'alaih* (umum dan Negara).

Hasil ijtihadiyah ini lalu dituangkan dalam bentuk ketentuan mengenai tugas dan wewenang Nazhir. Berdasarkan ketentuan Pasal 11 UU No. 41 Tahun 2004 dan Pasal 13 PP No. 42 Tahun 2006 tugas Nazhir meliputi sebagai admistrator, pengelola dan pengembang,

pengawas dan pelindung, pelapor pelaksanaan tugas. Dalam menjalankan tugasnya Pasal 42 UU Wakaf menyatakan: "Nazhir wajib mengelola dan mengembangkan harta benda wakaf sesuai dengan tujuan, fungsi dan peruntukannya."

Sementara pada Pasal 43 dinyatakan:

a) pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf oleh nazhir sebagaimana dimaksud dalam pasal 42 dilaksanakan sesuai dengan prinsip syariah
b) Pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan secara produktif
c) Dalam hal Pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf yang dimaksud pada ayat (1) diperlukan penjamin maka digunakan lembaga penjamin syariah

Untuk mendukung kinerja Nazhir, sesuai Pasal 45 ayat (2) UU Wakaf, Nazhir dapat bekerjasama dengan pihak lain sesuai dengan prinsip syari'ah dalam pengelolaan dan pengembangan wakaf untuk memajukan kesejahteraan umum.

Kelima, pembentukan Badan Wakaf Indonesia (BWI) sebagai lembaga independen untuk mengembangkan wakaf di Indonesia. Dalam kajian fiqh, pembentukan BWI dapat disepadankan dengan lembaga Nazdir yang mendapatkan kepercayaan dan pengangkatan dari Negara (*Hakim*). Dalam arti kata kedudukan BWI dapat ditempatkan sebagai Nadzir di satu sisi dan di sisi lain menjadi operator pusat perwakafan yang membawahi lembaga Nadzir.

UU Wakaf juga mengatur pembentukan BWI dan perwakilannya di daerah seluruh Indonesia sesuai dengan kebutuhan. Dalam Pasal 49 UU Wakaf, BWI diberikan wewenang membina Nazhir, mengelola asset wakaf berskala nasional dan internasional, memberikan ijin dan persetujuan perubahan status dan peruntukan wakaf, serta memberikan saran dan pertimbangan

kepada pemerintah dalam penyusunan kebijakan di bidang perwakafan.

3. *Posisioning* Wakaf Produktif dalam UU Wakaf

Sesudah dilakukan penganalisaan keberlakuan hukum wakaf di Indonesia, baik secara yuridis, sosiologis, dan filosofis, sebagaimana di atas, maka penulis melakukan kajian *posisioning* wakaf produktif dalam UU No. 41 Tahun 2004. Dengan menggunakan pendekatan 5 (lima) prinsip pengaturan perwakafan di Indonesia terdapat beberapa hal penting untuk digarisbawahi, yakni:

Pertama, UU Wakaf mengatur pencatatan wakaf agar dapat dimanfaatkan selamanya atau untuk jangka waktu. Harta wakaf pada prinsipnya harus produktif yaitu menghasilkan manfaat atau nilai ekonomis sesuai tujuan dan manfaat peruntukan wakaf yang telah diijabkan oleh Wakif. Oleh sebab itu asset wakaf beserta fungsi, manfaat, dan kegunaannya harus dilindungi dan diadministrasikan.

Kedua, UU Wakaf terdapat perluasan obyek benda wakaf, dari mulanya berupa benda tidak bergerak seperti tanah, lalu dikembangkan meliputi pula benda bergerak –termasuk uang. Optimalisasi benda wakaf harus merujuk kepada peruntukan sebagaimana dalam AIW dan peraturan BWI. Khusus optimalisasi wakaf uang dilakukan melalui investasi dan menyertakan penjaminan (asuransi/reasuransi). Selain itu UU Wakaf juga melibatkan LKS (lembaga keuangan syariah) agar potensi wakaf lebih banyak tergali.

Ketiga, UU Wakaf hanya mengakui wakaf yang peruntukannya bagi *Maukuf 'alaih ghair mu'ayyan* (peruntukan umum), namun bersifat *muqayyad* (dibatasi pemanfataannya). Oleh sebab itu di dalam UU Wakaf tidak atur *Wakaf Ahly* serta *Mauquf 'Alaih* dihilangkan dari daftar rukun wakaf. Sebaliknya, UU Wakaf justru menetapkan Nazhir termasuk rukun wakaf.

Keempat, UU Wakaf menekankan profesionalisme Nazhir yang telah ditetapkan sebagai pilar (rukun) wakaf agar tujuan dan manfaat benda wakaf dapat dikembangkan dan dikelola sesuai peruntukannya yang bersifat umum. Di dalam Pengelolaan dan pengembangan wakaf untuk memajukan kesejahteraan umum, Nazhir dapat bekerjasama dengan pihak lain sesuai dengan prinsip syari'ah. Hal ini menyiratkan bahwa Nazhir harus mengupayakan peruntukan wakaf secara produktif.

Kelima, UU Wakaf menetapkan Badan Wakaf Indonesia (BWI) sebagai lembaga independen untuk mengembangkan wakaf di Indonesia, dan bukan ditangani langsung oleh Negara dan pemerintah. Hal ini menunjukkan bahwa orientasi wakaf di Indonesia bersifat *tabarru',* sehingga kalaupun dilakukan pendayagunaan wakaf hasilnya harus kembali untuk kepentingan umum.

Berdasarkan garis merah ini, Penulis memiliki pemikiran bahwa *posisioning* wakaf produktif menempati poros tengah sekaligus menjadi titik pusat (*centre*) di antara skema tata kelola wakaf. Bisa dikatakan pula wakaf produktif sebagai spirit UU Wakaf dan bukan sebagai entitas yang berdiri sendiri.

Walaupun menjadi poros tengah dan titik sentral dalam skema pengelolaan wakaf produktif tidak serta merta berlaku efektif apabila tidak digerakkan oleh modal sosial. Pada prinsipnya ketentuan wakaf produktif sudah berlaku secara yuridis dan filosofis, tetapi khusus berlakunya wakaf produktif secara sosiologis masih menjadi pertanyaan besar.

Sebagai contoh; tidak semua wakaf dicatatkan, tidak semua LKS aktif mempromosikan produk wakaf tunai, masyarakat masih menganggap tabu terhadap upaya memproduktifkan wakaf, Nazhir lebih banyak berperan sebagai penjaga wakaf, dan BWI baru berdiri di tingkat Provinsi. Singkatnya, mengapa wakaf yang sudah

ditentukan manfaat dan tujuannya tidak berkembang produktif, padahal landasan yuridis dan filosofisnya sudah kuat?

Dengan pendekatan sosiologis, jika benda wakaf di Indonesia begitu besar dan sumberdaya manusia (SDM) wakaf juga tidak sedikit jumlahnya, maka kemungkinan pengelolaan wakaf kurang menyertakan modal sosial. Ahli sosiologi modern, seperti Coleman, Cox, Cohen dan Prusak L. kurang lebih mendefinisikan modal sosial, yaitu; sebagai kemampuan masyarakat untuk melakukan asosiasi (berhubungan) satu sama lain dan selanjutnya menjadi kekuatan yang sangat penting, bukan hanya bagi kekuatan ekonomi tetapi juga pada setiap aspek eksistensi sosial yang lain.

Modal sosial merupakan serangkaian nilai-nilai atau norma-norma yang diwujudkan dalam perilaku yang dapat mendorong kemampuan dan kapabilitas untuk bekerja sama dan berkoordinasi untuk menghasilkan kontribusi besar terhadap keberlanjutan produktivitas. Nilai atau norma itu meliputi suatu kepercayaan (*trust*), saling pengertian (*mutual understanding*) dan nilai-nilai bersama (*shared value*) yang mengikat anggota kelompok untuk membuat kemungkinan aksi bersama dapat dilakukan secara efisien dan efektif.

Modal sosial mempunyai fungsi yang sangat penting dalam hubungan antar manusia. Keberadaannya dapat dilihat sebagai 'perekat' yang menyatukan masyarakat –hubungan-hubungan antar manusia, orang melakukan apa yang dilakukannya terhadap sesamanya karena ada kewajiban sosial, timbal balik, solidaritas sosial dan komunitas. Secara singkat, modal sosial mengarahkan orang untuk berbagi kekuatan (*power sharing*) yang dilandasi oleh nilai-nilai dan norma-norma kehidupan.

Pemberdayaan modal sosial sebetulnya secara tidak langsung sudah dipraktikkan dalam praktik penghimpuan sedekah dan infak --termasuk wakaf, untuk mesjid, madrasah, dan pesantren. Masyarakat secara suka rela menyisihkan hartanya untuk

kepentingan agama dan sosial tersebut karena ada kepercayaan, saling pengertian, dan kebersamaan, sehingga menghasilkan kontribusi besar terhadap keberlanjutan produktivitas, terutama di bidang keagamaan.

D. PELUANG DAN TANTANGAN WAKAF PRODUKTIF DI INDONESIA

Pengelolaan dan pengembangan wakaf produktif di Indonesia memiliki peluang yang besar setalah diterbitkannya UU No. 41 Tahun 2004. Peluang itu terbuka sebab UU Wakaf telah menetapkan 5 (lima) prinsip tata kelola perwakafan, yaitu; (a) pencatatan wakaf; (b) multi obyek wakaf; (c) optimalisasi peruntukan wakaf dengan penyertaan LKS-PWU; (d) profesionalisme Nazhir; (e) penguatan BWI.

Pertama, pencatatan wakaf. Dari sisi ini, menurut Data dari Kementerian Agama tahun 2012 telah tercatat dan terdaftar asset wakaf berbentuk tanah mencapai 3,49 miliar meter persegi tanah, pada 420.003 titik di seluruh nusantara. Bila dirupiahkan, dengan asumsi harga tanah hanya Rp100 ribu per meter persegi, nilainya mencapai Rp349 triliun. Peluang lainnya ialah adanya Pejabat Pembuat Akta Ikrar Wakaf (PPAIW) di Kantor Urusan Agama (KUA) kecamatan di hampir seluruh wilayah Indonesia. Di samping itu juga sudah tersedia formulir pernyataan kehendak Wakif yang berfungsi sebagai Akta Ikrar Wakaf.

Kedua, multi obyek wakaf. Peluang yang didapat dari sudut ini, antara lain berupa tingginya minat masyarakat di Indonesia dalam menyisihkan hartanya untuk kepentingan agama dan sosial. Indikasi ini terlihat dari pesatnya pertumbuhan jumlah sarana peribadatan, pendidikan, dan sosial lainnya yang dikelola secara swadaya oleh masyarakat. Di samping itu dlihat dari sumber daya alam atau tanahnya (*resources capital*) jumlah harta wakaf di Indonesia merupakan jumlah harta wakaf terbesar di seluruh dunia.

Ketiga, optimalisasi peruntukan wakaf dengan penyertaan LPS-PWU. Peluang yang didapat dari sisi ini adalah pesatnya perkembangan jumlah perbankan syariah di Indonesia yakni ada 1 (satu) Bank Syariah (Bank Muamalah), 14 (empat belas) Bank Umum Syariah, 24 (dua puluh empat) Unit Usaha Syariah. Semenjak era reformasi semua lembaga perbankan syariah telah mempunyai cabang minimal sampai di daerah Kabupaten/Kota, bahkan sudah banyak berdiri di tingkat Kecamatan.

Di samping itu terdapat 34 (tiga puluh empat) lembaga layanan syariah (*Office Channeling*) yang memiliki jaringan dalam dan luar negeri. Keberadaan jaringan kantor LKS-PWU ini dapat membantu *nazhir* menghimpun wakaf uang sebab luas jaringan ini mampu menjangkau hampir seluruh wilayah Indonesia. Tingkat pertumbuhan jumlah kantor LKS-PWU 2,1 persen per bulan.

Keempat, profesionalisme Nazhir. Dari sisi ini peluang pengembangan wakaf produktif didukung dengan keberadaan lembaga Nazhir yang tersebar di seluruh wilayah Indonesia yang memiliki variasi dari sisi usia, latar pendidikan dan profesi masing-masing. Nazhir biasanya diangkat dari kalangan tokoh masyarakat yang dihormati dan dipercayai oleh warga sekitarnya.

Kelima, penguatan BWI. Dalam kaitan ini secara nasional sudah terbentuk pengurus BWI, dan telah terbentuk perwakilan BWI tingkat Provinsi di seluruh Indonesia, bahkan sudah ada perwakilan BWI di tingkat Kabupaten/Kota.

Akan tetapi di balik peluang pengembangan wakaf produktif di Indonesia juga terdapat tantangan dan kendala yang juga terkait dengan 5 (lima) prinsip tata kelola perwakafan.

Pertama, dari sisi pencatatan wakaf baru dapat diperoleh data berupa wakaf tanah. Sedangkan data wakaf selain tanah hingga sekarang belum ada data pasti. Beberapa pakar baru menyampaikan data asumtif belaka, misalnya Mustafa Edwin Nasution. Ia pernah melakukan asumsi dengan jumlah penduduk Muslim kelas

menengah di Indonesia sebanyak 10 juta jiwa, akan terkumpul wakaf uang sebanyak Rp. 3 Triliyun/pertahun.

Tantangan lainnya dalam pencatatan wakaf ialah anggaran biaya untuk pengurusan sertifikat tanah wakaf pada khususnya. PPAIW sering mengeluhkan lambatnya proses penerbitan sertifikat tanah wakaf oleh instansi terkait karena alasan alokasi dana yang sangat minim.

Kedua, tantangan dalam implementasi perluasan obyek wakaf diantaranya, ialah; (a) masyarakat lebih menyukai memberikan wakaf berupa benda yang kekal dan tidak berobah. Sementara wakaf tunai karena tidak kekal dan dapat berubah-rubah nilainya maka tidak dilakukan, kecuali sebagai sedekah atau infaq semata. (b) Spirit produktivitas multi obyek benda wakaf justru akan terhambat dengan adanya ketentuan bahwa wakaf uang (mata uang asing) harus dikonversi terlebih dulu ke dalam Rupiah (Pasal 22 ayat (2) PP No. 42 Tahun 2006).

Ketiga, optimalisasi peruntukan wakaf dengan penyertaan LKS-PWU. Tidak bisa dipungkiri bahwa perwakafan di Indonesia jauh tertinggal dibanding negara-negara yang mayoritas berpenduduk Islam lain, seperti Mesir, Aljazair, Arab Saudi, Kuwait, dan Turki. Begitu pula dibandingkan dengan negara tetangga, Malaysia dan Singapura, potensi tanah wakaf di Indonesia masih berada diurutan terbawah.

Malaysia memiliki Johor Corporation yang mengelola harta wakaf untuk diinvestasikan di berbagai sektor ekonomi. Negeri Singapura, yang Muslimnya minoritas, jika dikruskan aset wakafnya berjumlah S$ 250 juta. Untuk mengelolanya, Majelis Ugama Islam Singapura (MUIS) membuat anak perusahaan bernama Wakaf Real Estate Singapura (WAREES).

Kendala yang dihadapi dalam pengelolaan wakaf produktif di Indonesia, antara lain, ialah: (a) pengelolaan wakaf lebih banyak dilakukan secara tradisonal; (b) Masyarakat belum terlalu paham

tentang jenis dan bentuk wakaf produktif; (c) LKS-PWU kurang mempromosikan layanan Wakaf tunai kepada masyarakat; (d) Produktivitas wakaf tidak mutlak tetapi terbatas sebab pada Pasal 22 UU Wakaf dibunyikan "hanya dapat"; dan (e) Adanya celah hukum penggunaan wakaf diinvestasikan di luar bank syariah dan penyertaan penjaminan lembaga non-syariah seperti dalam penjelasan pasal 43 ayat (2) UU No. 41/2004 dan Pasal 48 ayat (5) sehingga berpotensi dapat menyebabkan masyarakat kurang percaya terhadap wakaf produktif.

Keempat, peningkatan profesionalisme Nazhir masih mengalami banyak kendala, terutama; (a) Nazhir masih menganggap dirinya sebagai penjaga harta benda wakaf yang menyebabkan pengelolaan wakaf dilakukan secara tradisional. (b) tingkat kemampuan dan manajerial nazhir masih terbatas. Sekarang ini bahkan ada yang mempertanyakan alasan pembentukan Kelompok Kerja (Pokja) Nazhir. Beberapa pejabat Kemenag Kota/Kabupaten justru banyak direpotkan dengan kegiatan-kegiatan kepengurusan Pokja Nazhir; dan (c) Nazhir belum banyak melakukan hubungan kemitraan dengan LKS-PWU.

Kelima, penguatan BWI juga masih menghadapi banyak kendala, diantaranya, ialah; (a) keterbatasan anggaran yang dialokasikan kepada BWI; (b) Perwakilan BWI secara nasional belum semuanya sampai di daerah Kabupaten/Kota; (c) Belum ada jaringan ECT maupun Data Best on-line yang menghubungkan BWI dengan perwakilannya di setiap daerah; dan (d) Belum ada skema jaringan antara BWI dengan OJK untuk pengawasan jasa keuangan syariah berbasis wakaf.

Perwakafan sebagai instrumen ekonomi keuangan yang bersifat *tabarru'* (kedermawanan) untuk tujuan ibadah dan kepentingan kesejahteraan telah diakui dalam UU Wakaf. Hanya saja untuk memberdayakan wakaf secara produktif di Indonesia masih menghadapi tantangan pengakuan sosiologis, sekalipun sudah

dijadikan spirit pengaturan UU Wakaf. Dengan pendekatan 5 (lima) prinsip pengaturan perwakafan menurut UU Wakaf, yaitu; (a) pencatatan wakaf; (b) multi obyek wakaf; (c) optimalisasi peruntukan wakaf dengan penyertaan LKS-PWU; (d) profesionalisme Nazhir; (e) penguatan BWI, dapat disimpulkan masing-masing memiliki peluang dan tantangan untuk mengembangkan wakaf secara produktif. Menurut penulis persoalan ini tidak cukup diselesaikan dengan pendekatan structural-fungsional, melalui kekuasan atau lembaga independen seperti BWI dan lembaga Nazdir. Akan tetapi agar lahir produktivitas asset dan finasial wakaf serta SDM wakaf yang profesional maka perlu revitalisasi modal social yang sudah berkembang di masyarakat. Modal social itu meliputi suatu kepercayaan (*trust*), saling pengertian (*mutual understanding*) dan nilai-nilai bersama (*shared value*) untuk menghasilkan kontribusi besar terhadap keberlanjutan produktivitas wakaf. Sebab wakaf pada prinsipnya bersifat produktif.

BAB X

JAMINAN KEBEBASAN BERTRANSAKSI DAN BERINVESTASI DALAM HUKUM EKONOMI SYARIAH

Di Negara Kesatuan Republik Indonesia sudah diterbitkan 2 (dua) undang-undang yang mengatur penerapan ekonomi syariah, yaitu: UU No. 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Negara (SBSN), dan UU No. 39 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Kedua perundang-undangan ini melengkapi payung hukum beroperasinya sistem keuangan dan pembiayaan syariah sekaligus jasa perbankan syariah yang mengalami pertumbuhan pesat semenjak diundangkannya UU No. 7 Tahun 1992 yang telah dirubah menjadi UU No. 10 Tahun 1998 tentang perbankan, serta UU No. 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia.

UU No. 19 Tahun 2008 tentang SBSN mengatur bentuk instrument keuangan syariah sebagai bagian Sukuk Negara atau surat berharga Negara yang diterbitkan berdasarkan prinsip syariah, sebagai bukti atas bagian penyertaan terhadap aset SBSN, baik dalam mata uang rupiah maupun valuta asing. Selain untuk menopang kemampuan pemerintah dalam pengelolaan anggaran Negara,

adanya SBSN akan dapat memenuhi kebutuhan portofolio investasi lembaga keuangan syariah, seperti perbankan syariah, reksadana syariah, dan asuransi syariah.

Sebelum diterbitkannya UU No. 19 Tahun 2008, lembaga keuangan syariah semisal perbankan syariah, pada dasarnya sudah memakai surat berharga sebagai instrument dalam mengelola likuiditas, baik pada saat mengalami kelebihan maupun kekurangan likuiditas. Apabila terjadi kelebihan maka bank melakukan penempatan kelebihan likuiditas tersebut sehingga memperoleh keuntungan. Sebaliknya, jika mengalami kekurangan likuiditas, maka bank syariah memerlukan sarana untuk menutupi kekurangan tersebut dalam rangka kegiatan pembiayaan.

Dengan diundangkannya UU SBSN tentu dapat menambah portofolio investasi lembaga keuangan syariah dengan cara bermitra dengan Perusahaan Penerbit SBSN sebagaimana diatur dalam PP No. 56 Tahun 2008 tentang Perusahaan Penerbit Surat Berharga Syariah Negara jo PP No. 57 Tahun 2008 tentang Pendirian Perusahaan Penerbit Surat Berharga Syariah Negara Indonesia. Dengan pengertian lain, selain mengalami perkembangan yang sangat pesat, lembaga keuangan syariah memiliki daya tarik tersendiri bagi stakeholders dan banyak pihak. Guna menjamin kepastian hukum bagi stakeholders dan sekaligus memberikan kepada masyarakat dalam menggunakan produk dan jasa lembaga keuangan syariah, tak berselang lama sesudah diterbitkannya UU SBSN pemerintah juga menerbitkan UU No. 39 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Di dalam UU Perbankan Syariah ini diatur jenis usaha, ketentuan pelaksanaan syariah, kelayakan usaha, penyaluran dana, dan larangan bagi Bank Syariah (seperti Bank Muamalah) maupun Unit Usaha Syariah (UUS Semisal Bank Mandiri Syariah, BRI Syariah dll.) yang merupakan bagian dari Bank Umum Konvensional. UU Perbankan Syariah juga mengatur masalah kepatuhan syariah (*syariah compliance*) yang kewenangannya berada pada Majelis

Ulama Indonesia (MUI) yang direpresentasikan melalui Dewan Pengawas Syariah (DSN) yang harus dibentuk pada masing-masing Bank Syariah dan UUS. Sementara penyelesaian sengketa yang mungkin timbul dalam perbankan syariah akan dilakukan melalui Pengadilan Agama. Di samping itu, dibuka pula kemungkinan penyelesaian sengketa melalui musyawarah, mediasi perbankan, lembaga arbitrase, atau melalui pengadilan umum sepanjang disepakati di dalam akad oleh para pihak (Pasal 55 UU Perbankan Syariah).

A. Pokok-pokok Hukum Ekonomi Syariah

1. Modifikasi Istilah Perikatan dan Perjanjian Menjadi Akad

Terdapat 4 (empat) istilah pokok dalam Buku III KUHPerdata yang diterapkan di Indonesia, yaitu perikatan, perjanjian, persetujuan, dan perutangan. Buku III KUHPerdata yang menjadi dasar ketentuan semua "*contract*" di Indonesia pada dasarnya menggunakan judul *Van Verbintenissen.* Dalam kamus bahasa Belanda, "*verbintenis*" berasal dari kata '*binden*" artinya ikat atau mengikat. Akan tetapi oleh para ahli hukum perdata Indonesia dipahami secara berbeda satu dengan lainnya.

Menurut Utrecht dan Koesumadi, "*verbintenis*" diterjemahkan dengan "perutangan" sedangkan Achmat Ichsan menggunakan istilah perjanjian untuk "*verbintenis*". Adapun Kansil, R. Subekti dan Tjitro Sudibio mengartikan "*verbintenis*" dalam pengertian perikatan. Perbedaan arti itu juga disebabkan ada istilah selain "*verbintenis*" dalam Buku III KUHPerdata, yakni "*overeenkomst*". Menurut Utrecht "*overeenkomst*" artinya "perjanjian". Achmat Ichsan, R. Subekti dan Tjitro Sudibio mengartikan "*overeenkomst*" sebagai persetujuan. Sedangkan Kansil menggunakan "*overeenkomst*" dalam pengertian perjanjian.

Dari 4 istilah itu dimodifikasi di dalam UU No. 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Negara (SBSN), dan UU No. 39 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, menjadi istilah akad.

Dalam UU No. 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Negara, pasal 1 angka 5 disebutkan bahwa "akad adalah perjanjian tertulis yang tidak bertentangan dengan prinsip syariah dan sesuai dengan peraturan perundang-undangan".

a) UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah pasal 1 angka 13 juga disebutkan, "Akad adalah kesepakatan tertulis antara Bank Syariah atau UUS (Unit Usaha Syariah) dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan prinsip syariah".

Walaupun dalam perundang-undangan terdapat 2 (dua) pengertian akad, yakni: "akad adalah perjanjian" dan "akad adalah kesepakatan", akan tetapi pada dasarnya akad tidak sekedar *sighat* ijab-qabul melainkan kesepakatan dalam bentuk perjanjian tertulis maupun perjanjian-perjanjian dalam bentuk lain.

2. SBSN/Sukuk Syariah

Surat Berharga Syariah Negara (SBSN) selalu dibuat dalam akta autentik. SBSN atau dapat disebut Sukuk Negara adalah surat berharga Negara yang diterbitkan berdasarkan prinsip syariah, sebagai bukti atas bagian penyertaan terhadap aset SBSN, baik dalam mata uang rupiah valuta asing. Penerbitan SBSN dapat dilaksanakan secara langsung oleh pemerintah atau melalui perusahaan penerbit SBSN.

Perusahan penerbit SBSN yang dimaksud adalah Perusahaan Penerbit SBSN Indonesia I yang merupakan suatu badan hukum khusus yang berbeda dengan badan hukum lainnya yang telah dikenal di Indonesia, seperti Perseroan Terbatas, Yayasan Koperasi, BUMN. Pendirian perusahaan ini mengacu UU SSBSN, Peraturan Pemerintah RI No. 56 dan 57 Tahun 2008 dan di Indonesia hanya ada

satu-satunya yang berkantor di Jakarta. Organ Perusahaan Penerbit SBSN terdiri dari dewan direktur dan seorang menjadi direktur utama. Tugas dan kewenangan dewan direktur antara lain adalah menandatangani dokumen penerbitan SBSN.

Pasal 3 UU No. 19 Tahun 2008 telah menentukan jenis akta autentik SBSN sebagai instrument keuangan syariah, dimana agar tidak ada unsur *maisir*, riba, dan lain-lain, harus ada akad/transkasi pendukung (*underlying transaction*) yaitu:

a) SBSN *Ijarah*, yang diterbitkan berdasarkan *Akad Ijarah*; yakni akad yang satu pihak bertindak sendiri atau wakilnya (wali amanat yang merupakan lembaga keuangan syariah dan lainnya yang bertindak mewakili kepentingan pemegang SBSN) untuk menyewakan hak atas suatu asset kepada pihak lain berdasarkan harga sewa dan periode sewa yang disepakati.

b) SBSN *Mudarabah*, yang diterbitkan berdasarkan *Akad Mudarabah*; yaitu akad kerjasama antara dua pihak atau lebih di mana satu pihak sebagai penyedia modal dan pihak lain sebagai penyedia tenaga dan keahlian. Keuntungan dari kegiatan tersebut akan dibagi berdasarkan nisbah yang disetujui sebelumnya. Sedangkan kerugian yang terjadi akan ditanggung sepenuhnya oleh pihak penyedia modal. Kecuali kerugian disebabkan oleh kelalaian penyedia tenaga dan keahlian.

c) SBSN *Musyarakah*, yang diterbitkan berdasarkan *Akad Musyarakah,* yaitu akad kerjasama antara dua pihak atau lebih untuk menggabungkan modal, baik dalam bentuk uang maupun bentuk lainnya. Tujuannya untuk memperoleh keuntungan yang akan dibagikan sesuai dengan nisbah yang telah disepakati sebelumnya. Sedangkan kerugian yang timbul akan ditanggung bersama sesuai dengan jumlah partisipasi modal masing-masing.

d) SBSN *Istisna'*, yang diterbitkan berdasarkan *Akad Istisna',* yaitu akad jual beli asset berupa obyek pembiayaan antara para pihak, di mana spesifikasi, cara dan jangka waktu, penyerahan, serta

harta asset tersebut ditentukan berdasarkan kesepakatan para pihak.

Di samping keempat SBSN tersebut Pasal 3 UU SBSN juga menyebut bentuk "SBSN tak bernama" dan bentuk "SBSN kombinasi" yaitu yang diterbitkan berdasarkan akad kombinasi antara Mudarabah dengan Ijarah; Musyarakah dengan Ijarah; dan Istisna' dengan Ijarah. Walaupun demikian, semua jenis SBSN pada dasarnya merupakan instrument keuangan yang autentik karena diterbitkan oleh pejabat publik yang mendapatkan kewenangan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

3. Sertifikat Bank Indonesia Syariah (SBIS)

SBIS adalah surat berharga berdasarkan prinsip syariah berjangka pendek dalam mata uang rupiah yang diterbitkan oleh Bank Indonesia berdasarkan Peraturan Bank Indonesia No. 10/11/PBI/2008. SBIS diterbitkan Bank Indonesia sebagai salah satu instrument operasi pasar terbuka dalam rangka pengendalian moneter yang dilakukan berdasarkan prinsip syariah. SBIS merupakan pengganti Sertifikat Wadiah Bank Indonesia atau Surat Wadiah Bank Syariah (SWBI) yang pernah diterbitkan berdasarkan Peraturan Bank Indonesia No. 6/7/PBI/2004 pada tanggal 16 Februari 2004.

SBSI memiliki karakteristik khusus, yaitu:

a) Satuan unit sebesar Rp. 1.000.000 (satu juta rupiah)
b) Berjangka waktu paling kurang 1 (satu) bulan dan paling lama 12 (dua belas) bulan
c) Diterbitkan tanpa warkat (*scripless*)
d) Dapat diagunkan kepada Bank Indonesia, oleh BUS maupun UUS
e) Tidak dapat diperdagangkan di pasar sekunder

SBIS diterbitkan menggunakan akad *Ju'alah* yaitu janji atau komitmen (*iltizam*) untuk memberikan imbalan tertentu (*'iwadh/ju'l*) atas pencapaian hasil (*natijah*) yang ditentukan dari suatu pekerjaan. Mekanismenya SBIS diterbitkan melalui mekanisme lelang dengan melibatkan BUS dan UUS yang wajib memenuhi persyaratan *Financing to Deposit Ratio* (FDR) yang ditetapkan Bank Indonesia. Kemudian BUS dan UUS dapat memiliki SBIS melalui pengajuan pembelian secara langsung dan/atau melalui perusahaan pialang pasar uang rupiah dan valuta asing.

SBIS yang telah dimiliki BUS maupun UUS dapat diagunkan kepada Bank Indonesia dalam rangka Repo SBIS menggunakan aqad *Qadr* dan *rahn*. Akad *Qard* yang dimaksudkan adalah pinjaman dana tanpa imbalan dengan kewajiban pihak peminjam mengembalikan pokok pinjaman secara sekaligus dalam jangka waktu tertentu. Adapun akad *rahn* yang dimaksud adalah penyerahan agunan berupa SBIS dari BUS atau UUS selaku *rahin* kepada Bank Indonesia (*murtahin*) sebagai jaminan mendapatkan *qard*.

4. Surat Berharga Syariah Berjangka Waktu Menengah

Surat Berharga Syariah Berjangka Waktu Menengah adalah surat bukti investasi berdasarkan prinsip syariah yang lazim diperdagangkan di pasar uang dan/atau pasar modal berjangka waktu 3 (tiga) sampai 5 (lima) tahun dengan menggunakan akad *mudarabah* atau *musyarakah*. Surat berharga ini diatur dalam Peraturan Bank Indonesia No. 10/18/PBI/2008 tentang Restrukturisasi Pembiayaan bagi Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah.

Surat Berharga Syariah Berjangka Waktu Menengah merupakan bentuk konversi pembiayaan dari upaya restrukturisasi pembiayaan yang dilakukan BUS dan UUS dalam rangka membantu nasabah agar dapat menyelesaikan kewajibannya sesuai akad pembiayaan di antara nasabah dengan BUS maupun UUS. Dengan

pengertian lain Surat Berharga Syariah Berjangka Waktu Menengah adalah sesuatu yang dijaminkan (*rahn*) oleh BUS dan UUS kepada Bank Indonesia sebagai konversi dari restrukturisasi pembiayaan nasabah BUS dan UUS dengan cara penataan kembali (*restructuring*).

B. AKAD DALAM LEMBAGA KEUANGAN SYARIAH

Menurut UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, bahwa akad adalah kesepakatan tertulis antara Bank Syariah atau Unit Usaha Syariah Bank Konvensional dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-mising pihak sesuai dengan prinsip syariah. Berdasarkan pengertian ini akad-akad yang yang dimaksud bukan bersumber dari undang-undang tetapi perjanjian yang timbul karena kesepakatan di antara pihak BUS/ UUS/Bank Pembiayaan Rakyat Syariah (BPRS) dengan pihak nasabah.

Akad yang dilakukan antara BUS/UUS/BPRS dengan nasabah pada umumnya merupakan akad bernama atau perjanjian khusus yang menggunakan standar baku perjanjian, sebagaimana terdapat dalam system pengelolaan dana bank syariah berikut ini:

PENGHIMPUNAN DANA	**PEMBIAYAAN/PENYALURAN DANA**	**AKAD-AKAD LAIN**
WADIAH ➢ Giro ➢ Tabungan MUDHARABAH ➢ Investasi Umum (*Mudharabah Muthlaqah*) ➢ Investasi Khusus (*Mudharabah Muqayyadah*)	BAGI HASIL ➢ *Musyarakah* ➢ *Mudharabah* ➢ *Muzara'ah* ➢ *Musaqah* BA'I (JUAL-BELI): ➢ *Murabahah* ➢ *Salam* ➢ *Istishna'* IJARAH (SEWA-MENYEWA)	➢ *Hawalah* (Pengalihan Utang) ➢ *Rahn* (Gadai) ➢ *Sharf* (Valuta Asing) ➢ *Qard* (Pinjaman) ➢ *Wakalah* (Perwakilan) ➢ *Kafalah* (Garansi)

1. Akad Simpanan *Wadi'ah*

Menurut pasal 19 ayat (1) huruf a Akad ini berbentuk Simpanan berupa Giro, Tabungan atau bentuk lainnya berdasarkan *Akad Wadi'ah;* yaitu akad penitipan barang atau uang antara pihak yang mempunyai barang dan uang dan pihak yang diberi kepercayaan dengan tujuan untuk menjaga keselamatan, keamanan, serta keutuhan barang dan uang.

Definisi simpanan *Wadi'ah* ialah akad penitipan barang atau jasa antara pihak yang mempunyai barang atau uang dengan pihak yang diberi kepercayaan dengan tujuan menjaga keselamatan, keamanan, serta keutuhan barang atau uang tersebut. Dalam akad Wadi'ah terdapat dua jenis akad, yaitu *Wadi'ah yad Amanah* dan *Wadi'ah yad dhamanah.*

Wadi'ah yad Amanah –atau cukup disebut *Wadi'ah* adalah akad penitipan barang atau uang dari Pemilik Barang, dimana pihak Penerima Titipan tidak dibolehkan menggunakan barang atau uang tersebut dan tidak bertanggung jawab atas kerusakan atau kehilangan barang titipan yang bukan diakibatkan perbuatan atau kelalaian Penerima Titipan.

Wadi'ah yad dhamanah adalah akad penitipan barang atau uang dimana pihak Penerima Titipan dengan atau tanpa ijin Pemilik Barang dapat memanfaatkan barang atau uang yang dititipkan dan harus bertanggung jawab terhadap kehilangan atau kerusakan barang tersebut. Manfaat dan keuntungan menjadi hak Penerima Titipan.

Pada umumnya dana titipan (*Wadi'ah*) berupa giro atau tabungan, --selanjutnya disebut Rekening Giro *Wadi'ah* dan Rekening Tabungan *Wadi'ah.* Tujuan Pemilik Barang menitipkan dana pada Bank selaku Penerima Titipan adalah karena alasan keamanan dan memperoleh keleluasaan untuk menarik kembali dananya sewaktu-waktu.

Pokok-pokok Klausula Bahan menyusun syarat-syarat akad *Wadi'ah* dibuat sesuai jenis Rekening.

a) Rekening Giro *Wadi'ah*

1) Rekening Giro *Wadi'ah* dibuat oleh lembaga keuangan syariah (BUS/UUS/BPRS) menggunakan prinsip *Wadi'ah yad dhamanah,*
2) BUS/UUS/BPRS sebagai Penyimpan Dana harus menjamin pembayaran kembali nominal simpanan *Wadi'ah*.
3) BUS/UUS/BPRS berhak menggunakan dana titipan (*Wadi'ah*) untuk kegiatan komersial dan berhak atas pendapatan yang diperoleh dari pemanfaatan dana titipan (*Wadi'ah*)
4) Pemilik Simpanan berhak sewaktu-waktu menarik dana titipan (*Wadi'ah*)
5) BUS/UUS/BPRS tidak boleh menyatakan atau menjanjikan imbalan atau keuntungan apapun dalam bentuk bagian keuntungan (nisbah), bonus (athoya), dan begitu pula BUS/UUS/BPRS tidak boleh menerima atau keuntungan dalam bentuk upah (Ujrah) atas rekening Giro *Wadi'ah.*

b) Rekening Tabungan *Wadi'ah*

Pokok-pokok Klausula Bahan yang berisi syarat-syarat pada Rekening Giro *Wadi'ah* digunakan juga dalam Rekening Tabungan *Wadi'ah,* kecuali:

1) Semua keuntungan atas manfaat Dana Titipan (*Wadi'ah*) menjadi milik BUS/UUS/BPRS
2) BUS/UUS/BPRS atas kehendaknya sendiri dapat memberikan imbalan keuntungan kepada Pemilik Simpanan yang berasal dari keuntungaan BUS/UUS/BPRS
3) BUS/UUS/BPRS menyediakan buku tabungan dan jasa-jasa yang berkaitan dengan rekening tersebut

2. Akad Investasi Umum *Mudharabah Muthlaqah*

Berdasarkan pasal 19 ayat (1) huruf b, Akad ini berbentuk investasi berupa Deposito, Tabungan atau bentuk lainnya berdasarkan *Akad Mudharabah;* Yaitu akad kerjasama antara pihak Pemilik Modal (*Malik, Shahibul Maal*) dan pihak Pengelola (*'Amil, Mudharib*, atau BUS/UUS/BPRS) yang bertindak sebagai pengelola dana dengan berbagai keuntungan usaha sesuai dengan kesepakatan yang dituangkan dalam akad.

Pokok-pokok Klausula Bahan menyusun syarat-syarat akad *Mudharabah Muthlaqah* adalah sebagaimana berikut:

a) Penerapan *Mudharabah Muthlaqah* dapat berupa Tabungan *Mudharabah* dan deposito *Mudharabah*;

b) Pendapatan atau keuntungan dibagi berdasarkan Nisbah yang telah disepakati di awal akad;

c) Pemilik Modal (*Shahibul Maal*) tidak dibolehkan ikut serta dalam pengelolaan usaha yang dilakukan Pengelola (*Mudharib*) tetapi diperbolehkan membuat usulan atau melakukan pengawasan;

d) Pengelola (*Mudharib*) memiliki kekuasaan penuh untuk mengelola modal dan tidak ada batasan, baik mengenai tempat, tujuan, maupun jenis usaha;

e) Pemilik Modal (*Shahibul Maal*) dapat mengambil dananya, apabila sewaktu-waktu dibutuhkan sesuai dengan perjanjian yang disepakati, namun tidak dibolehkan mengalami saldo negative;

f) Deposit *Mudharabah* hanya dapat dicairkan sesuai dengan jangka waktu yang telah sepakati (satu bulan, tiga bulan, enam bulan, atau dua belas bulan).

3. Akad Investasi Khusus *Mudharaban Muqayyadah*

Definisi *Mudharabah Muqayyadah* adalah jenis simpanan khusus di mana Pemilik Dana (*Shahibul Maal*) dapat menetapkan syarat-syarat khusus yang harus dipatuhi oleh bank sebagai pengelola (*Mudharib*), baik mengenai tempat, tujuan, maupun jenis usahanya. Di dalam pasal 19 ayat (1) huruf b disebut akad lain di samping akad *Mudharabah*. *Mudharabah Muqayyadah* ada 2 (dua) jenis, yaitu: *Mudharabah Muqayyadah on Balance Sheet* dan *Mudharabah Muqayyadah off Balance Sheet*

Klausula Bahan investasi khusus *Mudharabah Muqayyadah* memuat syarat-syarat pokok perjanjian, yaitu:

a) BUS/UUS (adapun BPRS tidak boleh) bertindak sebagai manajer investasi bagi nasabah institusi (baik pemerintah maupun lembaga keuangan lainnya) atau nasabah koorporasi untuk menginvestasikan dana mereka pada usaha atau pojek-projek tertentu yang mereka sepakati;
b) Rekening dioperasikan berdasarkan prinsip *Mudharabah Muqayyadah;*
c) Bentuk investasi dan nibah pembagian keuntungan dinegosiasikan secara kasus per-kasus.

Adapun Klausula Bahan pada akad *Mudharabah Muqayyadah on Balance Sheet* mencakup:

a) Pemilik Dana wajib dan Pengelola Dana (BUS dan UUS) menetapkan syarat-syarat penyaluran dana simpanan khusus;
b) Pemilik Dana wajib dan Pengelola Dana (BUS dan UUS) menyepakati nisbah, tata cara pemberitahuan keuntungan dan/atau pembagian keuntungan, serta risiko yang dapat ditimbulkan dari penyimpanan dana;
c) Sebagai bukti simpanan, BUS dan UUS menerbitkan bukti simpanan khusus;

d) BUS dan UUS wajib memisahkan dana simpanan khusus dari rekening lainnya;

e) Untuk deposito *Mudharabah*, BUS dan UUS wajib memberikan sertifikat atau tanda penyimpanan (*bilyet*) deposito kepada Deposan.

Sementara Klausul Bahan pada akad *Mudharabah Muqayyadah off Balance Sheet* mencakup hal-hal yang paling pokok yaitu:

a) Sebagai tanda bukti simpanan, BUS dan UUS menerbitkan bukti simpanan khusus;

b) BUS dan UUS wajib memisahkan dana simpanan khusus dari rekening lainnya;

c) Simpanan Khusus dicatat di atas pos tersendiri dalam rekening administrative;

d) Dana simpanan khusus harus disalurkan secara langsung kepada pihak yang diamanatkan oleh Pemilik Dana;

e) BUS dan UUS berhak menerima komisi atas jasa mempertemukan keduaa pihak, sedangkan Pemilik Dana dan Pelaksana Usaha berlaku nisbah bagi hasil.

4. Akad Pembiayaan *Musyarakah*, dan *Mudharabah*

Akad ini dicantumkan di dalam pasal 19 ayat (1) huruf c.

Pertama, Akad Pembiayaan *Musyarakah* ialah akad kerjasama usaha patungan antara dua pihak atau lebih Pemilik Modal (*Shahibul Maal*) untuk membiayai suatu jenis usaha tertentu yang halal dan produktif, di mana masing-masing pihak memberikan porsi dana dengan ketentuan bahwa keuntungan akan dibagi sesuai dengan kesepakatan, sedangkan kerugian ditanggung sesuai dengan porsi dana masing-masing.di mana keuntungan dan risiko akan ditanggung bersama sesuai dengan kesepakatan.

Klausula bahan dalam akad pembiayaan *musyarakah* dibuat memuat persyaratan-persyaratan pokok akad, yaitu:

a) Jumlah modal dan jenis barang sebagai modal, dan penggunaannya diketahui oleh kedua belah pihak;
b) Semua modal disatukan untuk dijadikan modal projek *musyarakah* dan dikelola bersama-sama.
c) Biaya yang timbul dalam pelaksanaan projek dan jangka waktu projek harus diketahui bersama
d) Projek yang akan dijalankan harus disebutkan dalam akad;
e) Setiap pemilik modal berhak untuk
    1) turut serta dalam menentukan "kebijakan" usaha yang dijalankan oleh pelaksana projek;
    2) mengalihkan penyertaan atau digantikan pihak lain;

a) Pemilik modal tidak berhak melakukan tindakan yang meliputi:
    1) Menggabungkan harta projek dengan harta pribadi;
    2) Menjalankan projek *musyarakah* dengan pihak lain tanpa ijin pemilik modal lainnya;
b) Setiap Pemilik Modal dianggap mengakhiri kerjasama apabila menarik diri dari perserikatan, meninggal dunia, atau tidak menjadi cakap hukum;
c) Keuntungan dibagi sesuai porsi kesepakatan sedangkan kerugian dibagi sesuai dengan porsi kontribusi modal;
d) Nasabah wajib mengembalikan dana tersebut berikut bagi hasil yang disepakati sesuai waktu yang dijanjikan.

Kedua, Akad Pembiayaan bagi hasil berdasarkan akad *Mudharabah* yaitu akad kerjasama suatu usaha antara pihak pertama (*Malik, Sahibul Maal* atau BUS/UUS/BPRS) yang menyediakan seluruh modal, dan pihak kedua ('*Amil, mudharib* atau nasabah) yang bertindak selaku pengelola dana dengan membagi keuntungan usaha

sesuai dengan kesepakatan yang dituangkan dalam akad; sedangkan kerugian ditanggung sepenuhnya oleh BUS/UUS/BPRS kecuali jika pihak kedua melakukan kesalahan yang disengaja, lalai, atau menyalahi perjanjian.

Perbedaannya Akad Pembiayaan *Mudharabah* dengan *Musyarakah* hanya terletak pada besarannya kontribusi. Yakni jika dalam pembiayaan *Musyarakah* modalnya dari para pihak, dalam pembiayaan *Mudharabah* modalnya dari salah satu pihak sebagai *Shahibul Maal* (BUS/UUS/BPRS) sementara pihak kedua sebagai Pengelola.

Klausula bahan dalam akad pembiayaan *musyarakah* dibuat memuat persyaratan-persyaratan pokok akad, yaitu:

a) Jumlah modal dan jenis barang sebagai modal, dan penggunaannya diketahui oleh kedua belah pihak dan harus dinyatakan nilainya dalam satuan uang;
b) Jangka Waktu penyerahan modal dari Shahibul Maal kepada Pengelola dan/atau pengembalian modal dari Pengelola kepada Shahibul Maal harus dinyatakan jelas, secara tunai atau bertahap;
c) Hasil dari Pengelolaan Modal pembiayaan *Mudharabah* dapat diperhitungkan dengan cara penghitungan dari Pendapatan Projek (*revenue sharing*) dan perhitungan dari Keuntungan Projek (*profit sharing*);
d) Hasil usaha dibagi sesuai dengan persetujuan dalam akad (setiap satu bulan, tiga bulan, enam bulan, sesuai kesepakatan);
e) BUS/UUS/BPRS selaku Pemilik Modal menanggung seluruh kerugian kecuali akibat kelalaian dan penyimpangan pihak nasabah;
f) BUS/UUS/BPRS berhak melakukan pengawasan terhadap pekerjaan rumah akan tetapi tidak berhak mencampuri urusan pekerjaan atau usaha nasabah;

g) Nasabah dapat dikenai sanksi administrasi jika kedapatan cidera janji dengan sengaja (misalnya tidak mau mebayar kewajiban atau menunda pembayaran kewajiban).

5. Akad Jual-Beli (*Ba'i*) dengan Sistem Pembiayaan

Prinsip jual-beli pada dasarnya dilaksanakan sehubungan dengan adanya perpindahan kepemilikan barang atau benda (*transfer of property*). Transaksi jual-beli dibedakan berdasarkan bentuk pembayaran dan waktu penyerahan barangnya. Dalam akad standar yang dirumuskan oleh BUS/UUS/BPRS untuk akad jual-beli dengan menggunakan sistem pembayaran, biasanya disebut juga dengan istilah "pembayaran", seperti Akad Pembayaran *Murabahah*, Akad Pembayaran *Salam*, Akad Pembayaraaan *Istishna'* (Pasal 19 ayat (1) huruf d). Hal ini dikarenakan pihak nasabah membeli barang dari pemasok/produsen/pembuatn dengan sumber dana talangan dari BUS/UUS/BPRS selaku penjual.

Untuk membedakan dengan pembiayaan dalam akad jual-beli biasanya dipakai kata PENYEDIA untuk BUS/UUS/BPRS sedangkan nasabah disebut PENGGUNA atau PENERIMA PEMBAYARAN.

6. Akad pembiayaan *Murabahah*

Akad pembiayaan *Murabahah* adalah akad pembiayaan suatu barang dengan menegaskan harga belinya kepada pembeli dan pembeli membayarkannya dengan harga yang lebih sebagai keuntungan yang disepakati.

Pembiayaan *Murabahah* dalam perbankan syariah merupakan suatu bentuk pembiayaan berupa talangan dana yang dibutuhkan naabah untuk membeli suatu produk dengan kewajiban mengembalikan talangan dana tersebut seluruhnya pada waktu jatuh tempo.

Hal yang membedakan jual beli (pembiayaan) Murabahah dengan jenis jual beli lainnya adalah keharusan memberitahukan harga pokok suatu barang kepada nasabah. Dalam hal ini BUS/UUS/BPRS membiayai pembelian suatu barang yang diperlukan oleh nasabah, di mana system pembayarannya dilakukan kemudian baik secara tunai atau cicilan.

Dalam pelaksanaannya, BUS/UUS/BPRS memberikan kuasa kepada nasabah untuk membeli barang yang diperlukannya, atas nama BUS/UUS/BPRS. Selanjutnya, pada saat yang bersamaan BUS/UUS/BPRS menjual barang tersebut kepada nasabah dengan harga asal yang ditambah dengan sejumlah keuntungan sesuai kesepakatan. Nasabah wajib membayar dengan cara mengangsur dan melunasinya sebelum waktu jatuh tempo kepada BUS/UUSBPRS.

7. Akad Pembiayaan *Salam*

Yaitu akad pembiayaan suatu barang dengan cara pemesanan dan pembayaran harga yang dilakukan terlebih dulu dengan syarat tertentu yang disepakati. Dalam perbankan, BUS/UUS/BPRS bertindak selaku pembeli sedangkan nasabah sebagai penjual. Ketika barang telah diserahkan kepada BUS/UUS/BPRS maka bank tersebut akan menjualnya kepada rekanan nasabah atau kepada nasabah itu sendiri secara tunai atau cicilan. Harga beli bank adalah harga pokok ditambah keuntungan.

Klausula bahan dalam akad pembiayaan *Salam* dibuat memuat persyaratan-persyaratan pokok akad, yaitu:

a) Pembelian barang hasil produksi harus diketahui spesifikinya secara jelas, baik jenis, macam, ukuran, kualitas, dan jumlahnya;

b) Apabila hasil produksi yang diterima cacat atau tidak sesuai dengan akad maka nasabah (produsen) harus bertanggung jawab dengan cara mengembalikan dana yang telah diterimanya atau mengganti barang yang sesuai dengan pesanan;

c) Barang pesanan yang dibeli BUS/UUS/BPRS dapat diperjual-belikan kepada pihak ketiga, tanpa harus meminta ijin kepada nasabah.

8. Akad Pembiayaan *Istishna*

Istishna' merupakan akad pembiayaan barang dalam bentuk pemesanan pembuatan barang tertentu dengan kriteria dan persyaratan tertentu yang disepakati antara Pemesan atau Pembeli (*mustashni'*) dan Penjual atau Pembuat (*shani'*). Produk *Istishna'* merupakan suatu jenis khusus dari *Ba'i as-Salam.* Biasanya digunakan untuk manufaktur.

Klausula bahan dalam akad pembiayaan *Istishna'* dirancang memuat persyaratan-persyaratan pokok akad, yaitu:

a) Spesifikasi barang pesanan harus jelas seperti jenis, macam, ukuran, mutu, maupun jumlahnya;
b) Harga jual yang telah disepakati dicantumkan dalam akad *Istishna'* dan tidak boleh berubah selama berlakunya akad;
c) Jika terjadi perubahan dari kriterian pesanan dan terjadi perubahan harga setelah akad ditandatangani, maka seluruh biaya tambahan tetap ditanggung nasabah.

9. Akad Pembiayaan *Ijarah*

Ijarah adalah akad penyediaan dana dalam rangka memindahkan hak guna dan manfaat dari suatu barang atau jasa berdasarkan transaksi sewa, tanpa diikuti dengan pemindahan kepemilikan barang itu sendiri. Dalam akad pembiayaan *Ijarah,* sewa-menyewa barang dilakukan antara BUS/UUS/BPRS selaku pihak yang menyewakannya kepada pihak lain selaku Penyewa (*Mustajir*).

Dalam akad pembiayaan *Ijarah* juga terdapat akad *Ijarah Muntahiya bittamlik*: Yaitu akad penyediaan dana dalam rangka

memindahkan hak guna atau manfaat dari suatu barang atau jasa berdasarkan transaksi sewa, dengan opsi pemindahan kepemilikan barang. Dalam akad *Ijarah Muntahiya bittamlik,* BUS/UUS/BPRS memindahkan kepemilikan barang yang telah disewa menjadi milik Penyewa (*Mustajir*).

Klausula bahan dalam akad pembiayaan *Ijarah'* dirancang memuat persyaratan-persyaratan pokok akad, yaitu:

a) Barang yang disewakan adakalnya berupa benda bergerak atau tidak bergerak berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak;
b) Transaksi *Ijarah* ditandai dengan adanya pemindahan manfaat;
c) Harga sewa dan harga jual harus disepakati oleh BUS/UUS/BPRS dan pihak Penyewa (*Mustajir*) pada awal akad;
d) Akad pembiayaan *Ijarah* dapat menerapkan akad *al-ijarah al-muntahia bit tamlik* (sewa yang diikuti dengan perpindahan kepemilikan);
e) Pada akhir masa sewa, barang yang disewakan dapat dijual dan dipindahkan kepemilikannya oleh BUS/UUS/BPRS kepada nasabah.

10. Akad-Akad Perbankan Syariah Lainnya

Selain akad-akad yang dijelaskan sebelumnya, ada pula akad lain yang digunakan sebagai pelengkap yang bertujuan untuk mempermudah pelaksanaan pembiayaan. Walaupun tidak untuk mencari keuntungan BUS/UUS/BPRS dibolehkan untuk meminta pengganti biaya-biaya yang dikeluarkan dalam pelaksanaan akad tersebut.

Di dalam Pasal 19 ayat (1) huruf i, terdapat 5 (lima) jenis akad pelengkap yang diterapkan dalam layanan jasa pembiayaan BUS/UUS/BBPRS, yaitu:

Pertama, Akad *Hawalah*: Yaitu Akad pengalihan utang dari pihak yang berutang kepada pihak lain yang wajib menanggung atau membayar. Tujuan akad ini adalah membantu supplier mendapatkan modal tunai agar dapat melanjutkan produksinya. Contoh: seorang supplier bahan bangunan menjual barangnya kepada pemilik projek dan baru akan dibayar dua bulan kemudia. Padahal supplier tersebut membutuhkan likuiditas, maka ia boleh meminta kepada BUS/UUS/BPRS untuk mengambil alih piutangnya. Sehingga BUS/UUS/BPRS akan menerima pembayaran dari pemilik projek.

Klausula bahan dalam rancangan yang memuat persyaratan-persyaratan pokok akad *Hawalah*, ialah:

a) BUS/UUS/BPRS berhak mendapatkan ganti biaya atas jasa pemindahan piutang;
b) Untuk mengantisipasi risiko, BUS/UUS/BPRS harus melakukan penelitian atas kemampuan Pihak yang berutang dan kebenaran transaksi antara yang memindahkan Piutang dengan Pihak yang berutang.

Kedua, Akad *Rahn* adalah akad penyerahan barang atau harta dari nasabah kepada BUS/UUS/BPRS sebagai jaminan atas sebagian atau keseluruhan utang. Harta atau barang tersebut berfungsi sebagai agunan atau jaminan semata-mata atas utangnya kepada BUS/UUS/BPRS. Barang atau harta yang digadaikan dapat dijual berdasarkan perintah hakim, apabila Pihak yang berutang tidak mampu melunasi utangnya. Dalam perbankan syariah, tujuan akad *Rahn* ialah untuk menjamin pembayaran kembali kepada BUS/UUS/BPRS dalam memberikan pembiayaan.

Klausula bahan dalam rancangan yang memuat persyaratan-persyaratan pokok akad *Rahn*, ialah:

a) Barang yang digadaikan wajib memenuhi criteria berikut:
    1) Milik nasabah sendiri

2) Jelas ukuran, sifat, dan nilainya ditentukan berdasarkan nilai riil pasar

b) Atas ijin BUS/UUS/BPRS, nasabah dapat menggunakan barang tertentu yang digadaikan dengan tidak mengurangi nilai dan/atau merusak barang yang digadaikan;

c) Nasabah bertanggungjawab atas perbuatan dan kelalaiannya itu dengan mengganti barang gadai yang rusak atau cacat;

d) Apabila nasabah wanprestasi, BUS/UUS/BPRS dapat melakukan penjualan barang yang digadaikan berdasarkan putusan yang memuat eksekutoris;

e) Nasabah berhak menjual barang gadai atas ijin BUS/UUS/BPRS.

f) Kelebihan dan kekurangan hasil penjualan barang gadai yang dilakukan nasabah dari kewajiban nasabah merupakan hak dan tanggungjawab nasabah;

Ketiga, Akad *Qardh* yaitu akad pinjaman dana kepada nasabah dengan ketentuan bahwa nasabah wajib mengembalikan dana yang diterimanya pada waktu yang telah disepakati. Contoh akad *Qardh* dalam produk kartu kredit syariah sebagai pinjaman tunai (*cash advanced*), di mana nasabah diberikan keleluasaan untuk menarik uang tunai milik bank melalui ATM.

Klausula bahan dalam rancangan yang memuat persyaratan-persyaratan pokok akad *Qard*, ialah:

a) Jumlah dan jenis barang harus jelas

b) Nasabah wajib melunasi pinjaman secara tunai atau cicilan sesuai kesepakatan (perbulan)

c) BUS/UUS/BPRS dapat mengenakan biaya administrasi untuk biaya materai, notaris, peninjauan *fea-sibility* projek, dsb yang dinyatakan dalam nominal bukan persentase;

d) Untuk menjamin agar pinjaman tidak susut nilainya akibat inflasi, maka dapat diterapkan *idexation.*

Keempat, Akad *Wakalah* adalah akad pemberian kuasa dari pemberi kuasa kepada penerima kuasa untuk melaksanakan tugas (*taukil*) atas nama pemberi kuasa. Dalam perbankan, *Wakalah* terjadi apabila nasabah memberi kuasa kepada pihak bank (Wali Amanat) untuk mewakili dirinya di dalam melakukan pekerjaan tertentu, seperti pembukuan L/C, inkaso, dan transfer uang.

Klausula bahan dalam rancangan yang memuat persyaratan-persyaratan pokok akad *Wakalah*, ialah:

a) Bank dan nasabah yang tercantum dalam akad harus cakap hukum. Khususnya untuk pembukaan L/C, apabila dana nasabah ternyata tidak cukup, maka penyelesaian L/C dapat dilakukan dengan pembiayaan *murabahah, salam, ijarah, mudharabah*, atau *musyarakah;*

b) Kelalaian dalam menajlankan kuasa menjadi tanggung jawab bank, kecuali kegagalan karena *force majeure* menjadi tanggung jawab nasabah;

c) Apabila bank yang ditunjuk lebih dari satu, maka masing-masing bank boleh bertindak sendiri-sendiri tanpa musyawarah dengan bank lain, kecuali dengan ijin nasabah;

d) Tugas dan tanggung jawab bank harus jelas sesuai kehendak nasabah;

e) Atas pelaksanaan tugas tersebut, bank mendapat ganti biaya berdasarkan kesepakatan bersama;

f) Pemberian kuasa berakhir setelah tugas dilaksanakan dan disetujui antara bank dan nasabah.

Kelima, Akad *Kafalah* (Garansi) adalah akad memberikan jaminan yang diberikan oleh satu pihak kepada pihak lain, di mana Pemberi Jaminan (*Kafil*) bertanggung jawab atau menjamin atas pembayaran kembali suatu hutang yang menjadi hak Penerima Jaminan (*Makful*). Dalam prakteknya Bank Syariah bertindak selaku

Pemberi Jaminan (*Kafil*) atas risiko Surat Berharga milik nasabah, baik selaku Penerima Jaminan (*Makful*) atau sebagai pihak ketiga.

Klausula bahan dalam rancangan yang memuat persyaratan-persyaratan pokok akad *Kafalah*, ialah:

a) Garansi bank dapat diberikan dengan tujuan untuk menjamin pembayaran suatu kewajiban pembayaran;
b) Bank dapat mensyaratkan nisbah untuk menempatkan sejumlah dana untuk fasilitas ini sebagai *Rahn;*
c) Bank juga dapat menerima dana tersebut dengan prinsip *Wadi'ah.* Atas jasa tersebut bank dapat menerima pengganti biaya jasa yang diberikan.

11. Akad Takafful

Perjanjian khusus berupa akad bernama juga terdapat dalam hukum asuransi dan reasuransi yang diatur dalam Peraturan Menteri Keuangan No. 18/PMK 010/2010 tentang Penerapan Prinsip Dasar Penyelenggaraan Usaha Asuransi dan Usaha Reasuransi dengan Prinsip Syariah. Di dalamnya dijelaskan pengertian akad yaitu perjanjian tertulis yang memuat kesepakatan tertentu, beserta hak dan kewajiban para pihak sesuai prinsip syariah. Dengan kata lain, persetujuan para pihak itu juga dibuatkan akta perjanjian polis asuransi dan reasuransi berdasarkan akad *Tabarru'* dan dan akad *Tijarah.*

Akta perjanjian polis asuransi syariah dan akta perjanjian reasuransi syariah di dalamnya terdapat dua akad sekaligus yaitu: (a) *Akad Tabarru'* yaitu akad hibah dalam bentuk pemberian dana dari satu peserta kepada Dana *Tabarru'* untuk tujuan tolong-menolong di antara para peserta yang tidak bersifat dan bukan untuk tujuan komersial; (b) *Akad Tijarah* yaitu akad antar peserta secara kolektif atau secara individu dan perusahaan untuk tujuan komersial.

Dalam penyusunan perjanjian berdasarkan akad *Tijarah* dapat diterapkan salah satu akad, yakni *Akad wakalah bil ujrah*, *Akad Mudharabah,* maupun *Mudharabah Musytarakah* secara konsisten. *Akad wakalah bil ujrah* yaitu akad tijarah yang memberikan kuasa kepada perusahaan sebagai wakil peserta untuk mengelola dana Tabarru' dan/atau dana Investasi peserta sesuai kuasa dan wewenang yang diberikan, dengan imbalan berupa Ujrah (fee). Sedangkan *Akad Mudharabah* adalah Akad Tijarah yang memberikan kuasa kepada perusahaan sebagai *Mudharib* untuk mengelola investasi dana *Tabarru*' dan/atau dana Investasi peserta, sesuai kuasa dan wewenang yang diberikan, dengan imbalan berupa bagi hasil (*nisbah*) yang besarannya telah disepakati sebelumnya.

Adapun akad *Mudharabah Musytarakah* yaitu Akad *Ijarah* yang memberikan kuasa kepada perusahaan sebagai *Mudharib* untuk mengelola investasi dana *Tabarru*' dan/atau dana Investasi peserta yang digabungkan dengan kekayaan perusahaan sesuai kuasa dan wewenang yang diberikan sesuai kuasa dan wewenang yang diberikan, dengan imbalan berupa bagi hasil (*nisbah*) yang besarannya ditentukan berdasarkan komposisi kekayaan yang digabungkan dan telah disepakati sebelumnya.

BAB XI
ADAPTASI HAM DALAM HUKUM JAMINAN PRODUK HALAL

A. PERLINDUNGAN KONSUMEN DAN JAMINAN PRODUK HALAL

Sejak Indonesia belum merdeka, kepentingan-kepentingan konsumen selalu dikedepankan dibandingkan kepentingan sumber pangan. Pada masa Kolonial, perlindungan hukum bagi konsumen untuk mendapatkan jaminan produk pangan yang aman dan sehat, termasuk yang halal sudah dikenal di Banten semenjak abad ke-19 M. Keterangan ini terdapat dalam buku kompilasi hukum berjudul "*Roepa-roepa Keur Reglement Hal Prentah, serta Berbagei-bagei Peratoeran*" yang diterbitkan Pertjitakan Toewan-toewan Albrect & Co di Batavia tahun 1899.

Pemerintah Hindia Belanda pertamakalinya membuat peraturan hukum perlindungan konsumen di Banten sebab mencuatnya kasus penularan penyakit zoonosis di Indonesia terjadi di walayah barat Jakarta itu. Dalam catatan sejarah Hoesein Djajadiningrat disebutkan, bahwa Banten pernah mengalami peristiwa tragis berupa kemarau panjang (antara tahun 1880 sampai 1884) dan meletusnya Gunung Krakatau (1883).

Khususnya di Serang dan Anyer terjangkit dua malapetaka besar, yakni; kelaparan dan penularan penyakit zoonosis jenis

sampar (pes) antara hewan ternak dengan manusia. Untuk mencegah penularan penyakit sampar ke kampung lain, pemerintah Hindia Belanda mengeluarkan maklumat yang dimuat dalam *Javansche courant* pada tanggal 4 Juni 1880 no. 45. Maklumat itu berisi perintah memusnahkan seluruh hewan ternak di kampung yang terkena dampak. Kerbau, sapi, kambing dan hewan ternak lain yang mati diperintahkan untuk dikubur atau dibakar. Begitu juga hewan ternak yang masih hidup di perkampungan yang terjangkit penyakit sampar harus dimusnahkan agar tidak menular ke kampong yang lain.

Jumlah hewan ternak tertular penyakit sampar yang terlalu banyak menyebabkan pemerintah saat itu tidak mampu menanganinya secara tuntas. Bangkai hewan tergeletak di mana-mana dalam kondisi tidak dibakar dan dikuburkan. Kondisi ini mengakibatkan peristiwa *pageblug* atau penularan penyakit sampar ke dalam tubuh manusia secara massal. Pada bulan Agustus 1880 tercatat kurang lebih 210.000 jiwa terjangkit penyakit di Banten, dan 40.000 orang diantaranya meninggal dunia.

Tragedi memilukan selama kurang lebih 80 tahun ini, -mulai dari peristiwa *pagebluk* hingga peristiwa geger Cilegon (1888) yang melatarbelakangi lahirnya *Keur Reglement* Pemerintah Hindia Belanda yang berlaku di wilayah Banten. Setelah kondisi Banten pulih kembali dari rentetan peristiwa itu, Pemerintah Hindia Belanda mencabut maklumat yang dimuat dalam *Javansche courant* pada tanggal 4 Juni 1880 no. 45. Sebagai gantinya dikeluarkan *Keur Reglement* tertanggal 12 Mei 1896 tentang hal memotong hewan-hewan seperti kerbau, sapi, kambing Jawa dan kambing domba, dan atas hal memelihara babi di tempat yang terhitung besar di Residentie Banten.

Sebagai langkah antisipasi terjangkitnya penularan penyakit sampar pemerintah Hindia Belanda juga memasukkan ketentuan penanganan hewan ternak yang mati dan "anjing galak" dalam *Keur*

Reglement tertanggal 20 Februari 1897 tentang pemeliharaan kebersihan, kesucian dan keindahan (kepolicen) dalam Residentie Banten. *Keur Reglement* yang diterapkan di wilayah Banten itu tampaknya bertujuan untuk perlindungan konsumen. Pemerintah Hindia Belanda juga menerbitkan *Keur Reglement* tertanggal 17 Agustus 1897 tentang pembakaran roti di karesidenan Banten yang juga dimaksudkan untuk perlindungan konsumen.

Dari hasil penelurusan sementara, tiga dokumen *Keur Reglement* yang diterapkan di wilayah Banten pada masa Kolonial Belanda itu merupakan peraturan pertama yang secara substantif mengatur perlindungan konsumen dan mengandung jaminan halal. Bahkan secara nasional *Keur Reglement* itu juga menjadi cikal bakal lahirnya perundang-undangan peternakan dan kesehatan hewan, pada khususnya dan peraturan pemberdayaan sumber pangan pada umumnya.

Pemerintah Hindia Belanda mulai membuat aturan pemberdayaan sumber pangan pada tahun 1912. Pemerintah mengeluarkan ketentuan hukum peternakan dan kesehatan hewan yang ditetapkan di dalam Stbl. 1912 no. 432 dengan peraturan pelaksanannya Stbl. 1912 no. 435. Kemudian pada tahun 1936 untuk mempertahankan populasi hewan ternak, pemerintah mengeluarkan *Slacht-ordonnantie Vrouwelijk Groothoornvee* 1936 cq. Stbl. 1936 no. 614 tentang larangan pemotongan hewan besar betina bertanduk.

Secara umum aturan hukum yang dibuat pemerintah Hindia Belanda bertujuan untuk kesehatan, keamanan dan ketertiban dalam mengkonsumsi makanan. Khususnya setelah terjadi penularan penyakit zoonosis pada diri manusia. Sekalipun waktu terbitnya peraturan hukum perlindungan konsumen daging lebih dahulu dibandingkan dengan waktu terbitnya peraturan peternakan dan kesehatan hewan. Hal ini cukup berbeda dengan latar belakang lahirnya perundang-undangan tentang perlindungan konsumen dan jaminan produk halal di era Indonesia merdeka. Kepedulian

terhadap perlindungan konsemen dan jaminan produk halal pada awal abad ke 21 dilatarbelakangi mecuatnya kasus lemak babi produk Dancow (produsen susu Nestle) pada tahun 1988.

Dibandingkan pertimbangan di era kolonial, alasan penguatan perlindungan konsumen dan jaminan halal yang mencuat di penghujung abad ke-20 lebih dominan faktor menguatnya keinginan konsumen muslim. Asumsi itu setidaknya dapat ditarik dari kasus lemak babi yang menyeruak di tengah upaya pemerintah Orde Baru mewujudkan swasembada pangan. Hanya saja pemerintah berhasil meredam isu-isu eksklusi itu dengan melakukan pendekatan kepada elit-elit agama, khususnya melalui Majelis Ulama Indonesia (MUI).

Pemerintah memberikan mandat kepada MUI untuk meredam kasus lemak babi. Dari mandat itulah MUI melahirkan Lembaga Pengkajian Pangan, Obat-obatan dan kosmetik (LPPOM) pada 6 Januari 1989. LPPOM MUI sendiri baru dapat menerbitkan Sertifikasi Halal untuk pertamakalinya pada tahun 1994 sesudah lahirnya Nota Kesepakatan Kerjasama antara Departemen Agama, Departemen Kesehatan dan MUI. Keterlibatan ketiga lembaga ini menunjukkan bahwa perlindungan konsumen dan jaminan halal tidak dianggap strategis oleh pemerintah Orde Baru sebab tidak melibatkan departemen-departemen bidang produksi. Di balik itu pemerintah justru menerbitkan UU No. 7 Tahun 1996 tentang Pangan.

Usaha pemerintah Orde Baru untuk membendung arus kuat perlindungan konsumen muslim itu sulit dilakukan. Kemauan konsumen muslim untuk mendapatkan produk halal pada khususnya dan perlindungan konsumen pada umumnya justru semakin kuat di masa-masa terakhir pemerintahan Orde Baru. Hal ini dibuktikan pada awal era reformasi, pemerintah menyiasatinya dengan melahirkan UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen Republik Indonesia. Penerbitan UU ini juga berdampak kepada revisi UU Pangan dari UU No. 7 Tahun 1996 menjadi UU no. 18 Tahun 2012.

Semenjak adanya UU No 8 Tahun 1999 Perlindungan konsumen atas kenyamanan, keamanan, dan keselamatan mengkonsumsi barang dan jasa, terutama makanan, menjadi perhatian serius pemerintah. Melalui Badan Pengawas Obat-obatan dan Makanan (BPOM) pemerintah melakukan sosialisasi, pembinaan, pemeriksaan, dan pengawasan terhadap peredaran produk pangan. Hanya saja aspirasi dan kepedulian konsumen muslim Indonesia itu dianggap belum terakomodir dalam penerbitan UU No. 8 tahun 1999. Sasaran tugas BPOM sebatas terfokus pada kenyamanan, keamanan, dan keselamatan konsumsi produk pangan. Sedangkan jaminan kehalalan semua produk tidak menjadi kewenangannya.

Apalagi pada tahun 2001 kembali menguat kasus lemak babi dalam produk Ajinomoto yang sudah mengantongi sertifakat halal MUI. Kasus lemak babi kembali menyeruak walaupun hanya sebagai medium dan tidak berhubungan dengan produk akhir Ajinomoto. Dengan alasan lebih ekonomis, Ajinomoto menggunakan *bactosoytone* yang diekstraktak dari daging babi sebagai pengganti *polypeptone* yang biasa diekstrakkan dari daging sapi. Ajinomoto tak dapat mengelak dari tuntutan penarikan seluruh produknya, sekalipun pihaknya melibatkan tokoh Islam, Abdurrahman Wahid, untuk mengakhiri krisis kepercayaan dari konsumen Muslim. Akan tetapi isu lemak babi terlanjur ditakutkan dan tidak dapat ditoleransi oleh konsumen muslim, baik digunakan sebagai medium maupun produk akhir. Hal ini juga terjadi dalam kasus enzim babi dalam vaksin miningitis jemaah haji yang menguat pada tahun 2009.

Di era reformasi, kelihatan jelas bahwa wacana jaminan konsumen muslim mendapatkan momentum dan suaranya semakin didengar dibandingkan program strategis nasional. Masalah krisis pangan yang terjadi bersamaan dengan krisis ekonomi nasional kalah popular dengan persoalan jaminan produk halal dan perlindugan konsumen. Kepentingan konsumen muslim Indonesia seakan-akan mencari momentum dan menyelinap dalam program

strategis nasional. Pemerintan reformasi mengeluarkan UU No. 18 Tahun 2012 tentang Pangan kemudian disusul dengan lahirnya UU No. 33 Tahun 2014 tetang Jaminan Produk Halal (JPH). Pokok-pokok pengaturan dalam Undang-Undang JPH antara lain adalah,

a) untuk menjamin ketersediaan Produk Halal, ditetapkan bahan produk yang dinyatakan halal.
b) mengatur hak dan kewajiban Pelaku Usaha dengan memberikan pengecualian terhadap Pelaku Usaha yang memproduksi Produk dari Bahan yang berasal dari Bahan yang diharamkan dengan kewajiban mencantumkan secara tegas keterangan tidak halal pada kemasan Produk atau pada bagian tertentu dari Produk yang mudah dilihat, dibaca, tidak mudah terhapus, dan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Produk.
c) Tata cara memperoleh Sertifikat Halal diawali dengan pengajuan permohonan Sertifikat Halal oleh Pelaku Usaha kepada BPJPH (Badan Penyelenggara Jaminan Produk Halal).

B. POKOK-POKOK PENGATURAN JAMINAN PRODUK HALAL

1. Ketentuan Produk Halal

Di dalam pasal 1 ayat (1) UU JPH dinyatakan, Produk adalah barang dan/atau jasa yang terkait dengan makanan, minuman, obat, kosmetik, produk kimiawi, produk biologi, produk rekayasa genetik, serta barang gunaan yang dipakai, digunakan, atau dimanfaatkan oleh masyarakat. Dalam rangka memberikan kenyamanan, keamanan, keselamatan, dan kepastian ketersediaan Produk Halal bagi masyarakat dalam mengonsumsi dan menggunakan Produk, maka semua produk yang masuk, beredar, dan diperdagangkan di wilayah Indonesia wajib bersertifikat halal (Pasal 4).

Isi pasal 4 UU JPH ini bukan diartikan bahwa setiap produk yang dijual oleh pengusaha harus halal dan bukan tidak boleh memperdagangkan yang tidak halal atau haram menurut agama Islam, tetapi maksud dari isi Pasal 4 UU JPH itu adalah para

pengusaha boleh memperdagangkan barang yang tidak halal, tetapi harus disebutkan bahwa barang tersebut tidak halal. Di dalam pasal 2 ayat (2), (3), dan (4) PP No. 31 Tahun 2019 Tentang Peraturan Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 33 Tahun 2014 Tentang Jaminan Produk Halal dinyatakan bahwa produk yang berasal dari bahan yang diharamkan (yakni bangkai, darah, babi, dan/atau hewan yang disembelih tidak sesuai dengan syariat) dikecualikan dari kewajiban bersertifikat halal, akan tetapi wajib diberikan keterangan tidak halal. Pelaku Usaha wajib mencantumkan keterangan tidak halal pada produknya. Intinya para pengusaha bukan tidak boleh memperdagangkan barang haram menurut agama Islam, tetapi harus jujur kalau halal harus punya label halal, sebaiknya kalau ada unsur haram harus dikatakan itu tidak halal.

Selanjutnya bahwa, membahas Pasal 4 harus dikaitkan juga dengan isi beberapa Pasal yang mengatur sanksi hukum dari pelanggaran masalah kehalalan, seperti pasal 25 dan pasal 26 UU JPH.

Di dalam Pasal 25 disebutkan: Pelaku Usaha yang telah memperoleh Sertifikat Halal wajib:

a. mencantumkan Label Halal terhadap Produk yang telah mendapat Sertifikat Halal;
b. menjaga kehalalan Produk yang telah memperoleh Sertifikat Halal;
c. memisahkan lokasi, tempat dan penyembelihan, alat pengolahan, penyimpanan, pengemasan, pendistribusian, penjualan, dan penyajian antara Produk Halal dan tidak halal;
d. memperbarui Sertifikat Halal jika masa berlaku Sertifikat Halal berakhir; dan
e. melaporkan perubahan komposisi Bahan kepada BPJPH.

Pasal 26

(1) Pelaku Usaha yang memproduksi Produk dari Bahan yang berasal dari Bahan yang diharamkan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 18 dan Pasal 20 dikecualikan dari mengajukan permohonan Sertifikat Halal.

(2) Pelaku Usaha sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib mencantumkan keterangan tidak halal pada produknya.

Adapun kriteria produk tidak halal terdapat dalam pasal 18 ayat (1) yang menyatakan, bahwa Bahan yang berasal dari hewan yang diharamkan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17 ayat (3) meliputi:

a) bangkai;
b) darah;
c) babi; dan/atau
d) hewan yang disembelih tidak sesuai dengan syariat.

Sementara bahan yang berasal dari hewan yang diharamkan selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditetapkan oleh Menteri berdasarkan fatwa MUI (Pasal 18 ayat (2)).

Ketentuan jaminan produk halal tidak saja diatur di dalam UU JPH, tetapi juga di dalam UU No. 18 Tahun 2012 tentang Pangan. Di dalam Pasal 97 UU Pangan memerintahkan kepada setiap orang yang memproduksi dan memperdagangkan pangan di dalam negeri untuk mencantumkan label di dalam dan/atau pada kemasan pangan, dan salah satu label yang wajib dicantumkan adalah label halal, sebagaimana disebutkan pada Pasal 7 ayat (3) huruf e UU Pangan. Selain UU Pangan ketentuan label halal juga diatur dalam Peraturan Pemerintah No. 69 Tahun 1999 tentang Label dan Iklan, dimana dalam penjelasan Pasal 10 ayat (1) PP tersebut menyatakan bahwa pencantuman keterangan halal atau tulisan "halal" pada label pangan merupakan kewajiban apabila pihak yang memproduksi dan atau memasukkan pangan ke dalam wilayah Indonesia menyatakan produknya halal bagi umat Islam.

2. Badan Penyelenggara Jaminan Halal (BPJH)

Pasal 6 UU JPH mengamanatkan pembentukan Badan Penyelenggara Jaminan Produk Halal (BPJPH) yang memiliki wewenang untuk:

a) merumuskan dan menetapkan kebijakan JPH;

b) menetapkan norma, standar, prosedur, dan kriteria JPH;

c) menerbitkan dan mencabut Sertifikat Halal dan Label Halal pada Produk;

d) melakukan registrasi sertifikat halal pada produk luar negeri;

e) melakukan sosialisasi, edukasi dan publikasi produk halal;

f) melakukan akreditasi terhadap LPH;

g) Melakukan registrasi Auditor Halal;

h) melakukan Pengawasan terhadap JPH;

i) melakukan pembinaan auditor halal;

j) melakukan kerja sama dengan lembaga dalam dan luar negeri di bidang penyelenggaraan JPH.

Dalam menjalankan kewenangannya tersebut, BPJPH tidak berdiri sendiri tetapi berdasarkan Pasal 7 UU JPH, lembaga tersebut bersinergi dengan lembaga lain, yaitu:

a) Kementerian dan/atau lembaga terkait;

b) Lembaga Pemeriksa Halal (LPH) yang bertugas untuk melakukan pemeriksaan dan/atau pengujian produk; dan

c) MUI

Kerjasama BPJPH bersama MUI dilakukan dalam bentuk:

a) sertifikasi auditor halal;

b) penetapan kehalalan produk, yang dikeluarkan dalam bentuk Keputusan Penetapan Halal; dan

c) akreditasi Lembaga Pemeriksa Halal.

Untuk mejalankan kewenangannya tersebut BPJPH membuat Program dalam menyelenggarakan jaminan produk halal adalah:

a) Sertifikasi halal
b) Registrasi halal (untuk produk luar negeri)
c) Pembinaan Jamiman Produk Halal
d) Pengawasan Jaminan Produk Halal
e) Kerjasama Jaminan Produk Halal
f) Standardisasi Jaminan Produk Halal

3. Lembaga Pemeriksa Halal (LPH) dan Auditor Halal

Di dalam Pasal 1 UU JPH, Lembaga Pemeriksa Halal yang selanjutnya disingkat LPH adalah lembaga yang melakukan kegiatan pemeriksaan dan/atau pengujian terhadap kehalalan Produk. Sedangkan Auditor Halal adalah orang yang memiliki kemampuan melakukan pemeriksaan kehalalan Produk.

Pemerintah dan/atau masyarakat dapat mendirikan LPH dengan persyaratan yang diatur di dalam pasal 13 UU JPH, dengan persyaratan khusus LPH yang didirikan masyarakat harus diajukan oleh lembaga keagamaan Islam berbadan hukum. Syarat-syarat pendirian LPH yaitu:

a) memiliki kantor sendiri dan perlengkapannya;
b) memiliki akreditasi dari BPJPH;
c) memiliki Auditor Halal paling sedikit 3 (tiga) orang; dan
d) memiliki laboratorium atau kesepakatan kerja sama dengan lembaga lain yang memiliki laboratorium.

Sedangkan keberadaan auditor halal yang menjadi salah satu syarat pendirian LBH ditentukan di dalam pasal 14 UU JPH harus memenuhi persyaratan:

a) warga negara Indonesia;

b) beragama Islam;
c) berpendidikan paling rendah sarjana strata 1 (satu) di bidang pangan, kimia, biokimia, teknik industri, biologi, atau farmasi;
d) memahami dan memiliki wawasan luas mengenai kehalalan produk menurut syariat Islam;
e) mendahulukan kepentingan umat di atas kepentingan pribadi dan/atau golongan; dan
f) memperoleh sertifikat dari MUI.

Adapun tugas auditor halal menurut pasal 15 adalah:

a) memeriksa dan mengkaji Bahan yang digunakan;
b) memeriksa dan mengkaji proses pengolahan Produk;
c) memeriksa dan mengkaji sistem penyembelihan;
d) meneliti lokasi Produk;
e) meneliti peralatan, ruang produksi, dan penyimpanan;
f) memeriksa pendistribusian dan penyajian Produk;
g) memeriksa sistem jaminan halal Pelaku Usaha; dan
h) melaporkan hasil pemeriksaan dan/atau pengujian.

4. Sertifikasi Halal

Di dalam PP No. 31 Tahun 2019 Tentang Peraturan Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 33 Tahun 2014 Tentang Jaminan Produk Halal, pasal 1 ayat (6) dinyatakan, bahwa Sertifikat Halal adalah pengakuan kehalalan suatu Produk yang dikeluarkan oleh Badan Penyelenggara Jaminan Produk Halal berdasarkan fatwa halal tertulis yang dikeluarkan oleh Majelis Ulama Indonesia.

Sertifikat halal menurut pasal 3 PP No. 31 Tahun 2019 diberikan terhadap Produk yang berasal dari bahan halal dan memenuhi PPH (Proses Produk Halal). PPH adalah rangkaian kegiatan untuk menjamin kehalalan Produk mencakup penyediaan bahan, pengolahan, penyimpanan, pengemasan, pendistribusian, penjualan, dan penyajian Produk.

Permohonan pengajuan sertifikasi halal menurut Pasal 29 UU Jaminan Produk Halal adalah:

a) Permohonan Sertifikat Halal diajukan oleh Pelaku Usaha secara tertulis kepada BPJPH.
b) Permohonan Sertifikat Halal harus dilengkapi dengan dokumen:
    1) data Pelaku Usaha;
    2) nama dan jenis Produk;
    3) daftar Produk dan Bahan yang digunakan; dan
    4) proses pengolahan Produk.

Adapun biaya sertifikasi halal yang diatur di dalam PP No. 31 Tahun 2019 adalah sebagaimana berikut:

Pertama, di dalam pasal 62:

a) Biaya sertifikasi halal dibebankan kepada Pelaku Usaha yang mengajukan permohonan Sertifikat Halal.
b) Biaya sertifikasi halal yang dibebankan kepada Pelaku Usaha sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus efisien, terjangkau, dan tidak diskriminatif.
c) Penetapan besaran atau nominal biaya sertifikasi halal dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Kedua, disebutkan di dalam pasal 62:

a) Dalam hal Pelaku Usaha merupakan usaha mikro dan kecil, biaya sertifikasi halal dapat difasilitasi oleh pihak lain.
b) Fasilitasi oleh pihak lain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berupa fasilitasi oleh:
    1) pemerintah pusat melalui anggaran pendapatan dan belanja negara;
    2) pemerintah daerah melalui anggaran pendapatan dan belanja daerah;
    3) perusahaan;
    4) lembaga sosial;
    5) lembaga keagamaan;
    6) asosiasi; atau
    7) komunitas.

Setiap pengajuan sertifikasi halal dilakukan akan ditindaklanjuti pemeriksaan dan pengujian oleh LPH dan/atau auditor halal. Hasil pemeriksaan dan pengujian itu lalu dilaporkan dan diserahkan LPH kepada BPJH untuk ditindaklanjuti dan memperoleh penetapan kehalalan produk tersebut kepada MUI.

Di dalam Pasal 33 UU JPH dinyatakan:

1) Penetapan kehalalan Produk dilakukan oleh MUI.
2) Penetapan kehalalan Produk sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan dalam Sidang Fatwa Halal.
3) Sidang Fatwa Halal MUI sebagaimana dimaksud pada ayat (2) mengikutsertakan pakar, unsur kementerian/lembaga, dan/atau instansi terkait.
4) Sidang Fatwa Halal sebagaimana dimaksud pada ayat (3) memutuskan kehalalan Produk paling lama 30 (tiga puluh) hari kerja sejak MUI menerima hasil pemeriksaan dan/atau pengujian Produk dari BPJPH.
5) Keputusan Penetapan Halal Produk sebagaimana dimaksud pada ayat (4) ditandatangani oleh MUI.
6) Keputusan Penetapan Halal Produk sebagaimana dimaksud pada ayat (5) disampaikan kepada BPJPH untuk menjadi dasar penerbitan Sertifikat Halal.

Menurut pasal 35 UU JPH Sertifikat Halal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 34 ayat (1) diterbitkan oleh BPJPH paling lama 7 (tujuh) hari kerja terhitung sejak keputusan kehalalan Produk diterima dari MUI. Di dalam Pasal 36 secara tegas dinyatakan bahwa Penerbitan Sertifikat Halal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 35 wajib dipublikasikan oleh BPJPH.

Pasal 38 Pelaku Usaha yang telah memperoleh Sertifikat Halal wajib mencantumkan Label Halal pada: a. kemasan Produk; b. bagian tertentu dari Produk; dan/atau c. tempat tertentu pada Produk. Pasal 39 Pencantuman Label Halal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 38

harus mudah dilihat dan dibaca serta tidak mudah dihapus, dilepas, dan dirusak.

5. Pemidanaan Pelanggaran UU Jaminan Produk Halal

Di dalam pasal 56 UU JPH diatur bahwa Pelaku Usaha yang tidak menjaga kehalalan Produk yang telah memperoleh Sertifikat Halal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25 huruf b dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun atau pidana denda paling paling banyak Rp2.000.000.000,00 (dua miliar rupiah).

Kemudian di dalam Pasal 57 dinyatakan bahwa, Setiap orang yang terlibat dalam penyelenggaraan proses JPH yang tidak menjaga kerahasiaan formula yang tercantum dalam informasi yang diserahkan Pelaku Usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 43 dipidana dengan pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun atau pidana denda paling banyak Rp2.000.000.000,00 (dua miliar rupiah).

C. PARAMETER HAM DALAM UU JAMINAN PRODUK HALAL

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 mengamanatkan negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadah menurut agamanya dan kepercayaannya itu. Untuk menjamin setiap pemeluk agama beribadah dan menjalankan ajaran agamanya, negara berkewajiban memberikan pelindungan dan jaminan tentang kehalalan Produk yang dikonsumsi dan digunakan masyarakat.

Jaminan mengenai Produk Halal hendaknya dilakukan sesuai dengan asas pelindungan, keadilan, kepastian hukum, akuntabilitas dan transparansi, efektivitas dan efisiensi, serta profesionalitas. Oleh karena itu, jaminan penyelenggaraan Produk Halal bertujuan memberikan kenyamanan, keamanan, keselamatan, dan kepastian ketersediaan Produk Halal bagi masyarakat dalam mengonsumsi dan menggunakan Produk, serta meningkatkan nilai tambah bagi Pelaku Usaha untuk memproduksi dan menjual Produk Halal.

Tujuan tersebut menjadi penting mengingat kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi di bidang pangan, obat-obatan, dan kosmetik berkembang sangat pesat. Hal itu berpengaruh secara nyata pada pergeseran pengolahan dan pemanfaatan bahan baku untuk makanan, minuman, kosmetik, obat-obatan, serta Produk lainnya dari yang semula bersifat sederhana dan alamiah menjadi pengolahan dan pemanfaatan bahan baku hasil rekayasa ilmu pengetahuan. Pengolahan produk dengan memanfaatkan kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi memungkinkan percampuran antara yang halal dan yang haram baik disengaja maupun tidak disengaja. Oleh karena itu, untuk mengetahui kehalalan dan kesucian suatu Produk, diperlukan suatu kajian khusus yang membutuhkan pengetahuan multidisiplin, seperti pengetahuan di bidang pangan, kimia, biokimia, teknik industri, biologi, farmasi, dan pemahaman tentang syariat.

Berkaitan dengan itu, dalam realitasnya banyak Produk yang beredar di masyarakat belum semua terjamin kehalalannya. Sementara itu, berbagai peraturan perundang-undangan yang memiliki keterkaitan dengan pengaturan Produk Halal belum memberikan kepastian dan jaminan hukum bagi masyarakat muslim. Oleh karena itu, pengaturan mengenai JPH dalam satu undang-undang sudah tepat dengan alasan: *Pertama*, kebebasan setiap pemeluk agama untuk menjalankan ajaran agama, terutama dalam hal ini mengkonsumsi produk yang halal, berarti terjamin dengan UU JPH.

Kedua, kewajiban Negara memberikan kenyamanan, keamanan, keselamatan, dan kepastian ketersediaan produk kepada konsumen secara komprehensif diatur di dalam UU JPH. Di satu sisi, produk yang meliputi barang dan/atau jasa yang terkait dengan makanan, minuman, obat, kosmetik, produk kimiawi, produk biologi, dan produk rekayasa genetik serta barang gunaan yang dipakai, digunakan, atau dimanfaatkan oleh masyarakat; wajib terdaftar halal. Akan tetapi di sisi lain jika produk itu secara nyata diproduksi

menggunakan bahan yang tidak halal tidak ada kewajiban bagi produsen untuk mendaftarkan sertifikasi halal, dan cukup mencantumkan lebel tidak halal. Selebihnya menjadi hak konsumen untuk memilih, apakah mau menggunakan atau tidak, dan yang pasti sudah ada jaminan bagi konsumen.

Ketiga, Negara tidak memonopoli tata kelola sistem jaminan produk halal tetapi melibatkan organisasi keagamaan dan organisasi kemasyarakatan serta masyarakat itu sendiri. Hal ini menunjukkan berlakunya demokrasi ekonomi dalam produksi dan konsumsi.

DAFTAR PUSTAKA

Abu thalib, Hamid Muhammad, 1982 *al-Tanzdim al-Qadhaiy al-Islamiy,* Kairo: Mathba'ah al-Sa'adah

Ahmed, Habib, 2004 *Role of Zakah and Awqaf in Poverty Alleviation.* Jeddah: IRTI

Al-Amin, Hasan Abdullah, t.t., *Sharia Rulling (Hukm) on Contemporary Banking Transaction with Interst*, Islamic Research and Traning Institue

Al-Andalusy, Ibn Rusyd, 2006 *Bidayat al-Mujtahid wa Nihayat al-Muqtashid*, Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi

al-Dimyathi, Abdul Karim al-Mathari, *Syarh al-Sittin*, Singapura: al-Haramain

al-Dimyathi, Muhammad Syatha, *I'anat al-Thalibih 'ala Syarh Fath al-Mu'in,* Mesir: al-Tijariyah al-Kubra

Al-Gahazali, 1970 *Al-Mustashfa min 'Ilm al-Ushul,* Baghdad: Mutsanna

al-Haitami, Ibn Hajar, 1493 h. *Al-Fatawa al-Kubra al-Fiqhiyyah,* Beirut: Dar al-Fikr

Al-Imrani, Abdullah b. Muhammad & Muhammad b. Ibrahim al-Sahibani (2013), *Al-Tashkik fi al-Aswaq al-Maliyyah al-islamiyyah: Halah Shukuk al-Ijarah*, Saudi Arabia: Barnamaj Karasi al-Bahts

al-Jaziri, Abd al-Rahman, 1969 *Kitab al-Fiqh 'ala al-Mazahib al-Arba'ah,* Mesir: Al-Maktabat al-Tijariyah al-Kubra

Al-Raisûni, Ahmad, 1992 *Nazhariyyaat al-Maaqashid 'inda al-Imam al-Syathiby* International Institute of Islamic Thought

al-Sya'rani, Abdul Wahhab, *Al-Mizan al-Kubra,* Mesir: Mushtafa al-Halabi

Al-Syathibi, 1989 *Al-Muwafaqat*, Beirut: Dar al-Fikr

al-Syirbini, Muhammad al-Khatib, 1329 h, *Mughni al-Muhtaj,* Mesir: Dar al-Kutub al-Arabiyyah

Al-Zuhaili, Wahbah, 1985 *al-Fiqh al-Islam wa Adillatuhu*, juz VIII Damaskus: Dar al-Fikr.

Anwar, Syamsul, 2007, *Hukum Perjanjian Syariah*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada

Arafa, Muhammad b. Abdallah b. Sulayman, 1980 *Huquq al-Mar'a fi al-Islam* al-Maktab al-Islami

Ash-Shiddieqy, 1997 Muhammad Hasbi, *Peradilan dan Hukum Acara Islam*, Semarang: PT Pustaka Rizki Putra

Billah, Mohd Ma'sum, 2010, *Applied Islamic Asset Management*, Malaysia: Sweet & Maxwell Asia

Burhanuddin, S., 2009, *Hukum Kontrak Syariah*, Yogyakarta: BPFE Yogyakarta

Davei, Mohammad, "Huquq al-Insan Baina Tasyriat al-Khaliq wa Qawanin al-Basyar", *Majallat al-Mujtama'*, Vol. 1013

Davies, Peter, 1994 *Human Right* (Hak-hak Asasi Manusia), alih bahasa A. Rahman Zainuddin, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.

Direktorat Pemberdayaan Wakaf, "Data Luas dan Lokasi Tanah Wakaf Nasional Sampai Dengan Tahun 2008", Jakarta, Kementrian Agama

Direktorat Pemberdayaan Wakaf,, 2007 *Panduan Pemberdayan Tanah Wakaf Strategis di Indonesia*, Departemen Agama RI, Jakarta

Direktorat Pemberdayaan Wakaf,, 2007, *Panduan pemberdayaan tanah wakaf produkti Strategis diIndonesia*, Jakarta: Departemen Agama RI

Djalil, Basiq, 2006 *Peradilan Agama di Indonesia*, Jakarta: Kencana Prenada Media Groub

Firdaus, Muhammad dkk., 2005, *Konsep dan Implementasi Bank Syariah*, Jakarta: Renaisan

Haji, Amin, 1989 "Institution of Justice in Fatimed Egypt", dalam *Islamic Law: Sosial and Historical Contexts*, London dan Naw York: Routledge

Hamid, Shalahuddin, 2000 *Hak Asasi Manusia dalam Perspektif Islam*, Jakarta: AMISSCO,

Hisyam, Muhammad, 2001 *Caught Between Three Fires : The Javanees Pangulu under The Ductch Colonial Administration 1882-1942*, Jakarta : INIS

Ibn Asyur, Thahir, 1997 *Maqasid as Syari'ah al Islamiyah,* Tunisia: Dâr Sahnûn

Junaidi, Ahmad, 2007, *Menuju Era Wakaf Produktif*, Jakarta: PT Mumtaz Publishing

Lev, Daniel S., *Peradilan Agama Islam di Indonesia* (Penterj. Zaini Ahmad Noh), akarta: PT Intermasa

Levin, Leah, 1998 *Human Right: Question and Answers,* India: National Book Trust

Masyrafah, Athiyah, 1966 *Al-Qada fi al-Islam*, Maktabah al-Syaraf al-Awsath

Mulyoto, 2012, *Teknik Cara Membuat Perjanjian dan Hukum Perjanjian yang Harus Dikuasai*, Yogyakarta: Cakrawala Media

Naja, Daeng, 2012, *Teknik Pembuatan Akta*, Yogyakarta: Pustaka Yustisia

Nasution, Chirudin, 2009 *Hukum Perdata (Keluarga) Islam Indonesia dan Perbandingan Hukum Perkawinan di Dunia Muslim,* Yogyakarta, ACAdeMia

Nasution, Mustafa Edwin dan Uswatun Hasanah (Editor), 2005, *Wakaf Tunai Inovasi Finansial Islam, Peluang dan Tantangan dalam Mewujudkan Kesejahteraan Umat* Jakarta: PKTTI-UI

Onagun, Abd al-Salam Ismail, 2005, *Ahkam al-Syuruth al-Mustahdisah fi Uquq al-Mu'amalat al-Maliyyah*: Dirasah Ta'shiliyyah, Malaysia: International Islamic University Malaysia

Reuther, Rosemary Radford, 2005 *Goddesses and the Divine Feminine,* London: University of California Press, Ltd.

Sarwat, Ahmad, 2013 *Halal atau Haram : Kejelasan Menuju Keberkahan*, Jakarta : Gramedia

Wadjdy, Farid dan Mursyid, 2007, *Wakaf dan Kesejahteraan Umat (Filantropi Islam yang Hampir Terlupakan).* Yogyakarta: Pustaka Pelajar

Zulham, 2018 *Peran Negara dalam Perlindungan Konsumen Muslim terhadap Produk Halal,* Jakarta: Prenada

BIODATA PENULIS

MUHAMMAD ISHOM, lahir di Demak, 23 Juni 1976 dari pasangan H. Choiruddin dan Hj. Shofiyah. Pendidikannya dilalui mulai dari Madrasah Assirojiyyah yang dikelola keluarga, lalu melanjutkan pendidikan Pesantren di Futuhiyyah Mranggen dan al-Munawwir Krapyak. Pendidikan S1 ditempuh di IAIN Sunan Kalijaga (tamat 1999), S2 IAIN Syarif Hidayatullah Jakarta (Tamat 2001), dan Pendidikan terakhir S3 Hukum Islam UIN Sunan Gunung Djati Bandung (Tamat 2012). Aktif sebagai Dosen Tetap Fakultas Syariah UIN Sultan Maulana Hasanuddin Banten dan Dosen tidak tetap Program Pascasarjana di UIN Banten serta Universitas Nahdlatul Ulama Indonesia (UNUSIA) Jakarta. Karya tulisnya di bidang hukum dan Syariah antara lain: *Arbitrase Syariah* (Transwacana, 2013), *Legal Drafting* (Intrans Publishing, 2018), *Metode Penelitian dan Studi Hukum Islam di Indonesia* (Alif, 2020), *Sharia Contract Drafting* (proses penerbitan)

BUKU ADAPTASI HAM

ORIGINALITY REPORT

3%	%	3%	%
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	Amelia Fauzia. "Faith and the State", Brill, 2013 Publication	3%

Exclude quotes	On	Exclude matches	< 2%
Exclude bibliography	On		

BUKU ADAPTASI HAM

GRADEMARK REPORT

FINAL GRADE

/0

GENERAL COMMENTS

Instructor

PAGE 1

PAGE 2

PAGE 3

PAGE 4

PAGE 5

PAGE 6

PAGE 7

PAGE 8

PAGE 9

PAGE 10

PAGE 11

PAGE 12

PAGE 13

PAGE 14

PAGE 15

PAGE 16

PAGE 17

PAGE 18

PAGE 19

PAGE 20

PAGE 21

PAGE 22

PAGE 23

PAGE 24

PAGE 25

PAGE 26

PAGE 27

PAGE 28

PAGE 29

PAGE 30

PAGE 31

PAGE 32

PAGE 33

PAGE 34

PAGE 35

PAGE 36

PAGE 37

PAGE 38

PAGE 39

PAGE 40

PAGE 41

PAGE 42

PAGE 43

PAGE 44

PAGE 45

PAGE 46

PAGE 47

PAGE 48

PAGE 49

PAGE 50

PAGE 51

PAGE 52

PAGE 53

PAGE 54

PAGE 55

PAGE 56

PAGE 57

PAGE 58

PAGE 59

PAGE 60

PAGE 61

PAGE 62

PAGE 63

PAGE 64

PAGE 65

PAGE 66

PAGE 67

PAGE 68

PAGE 69

PAGE 70

PAGE 71

PAGE 72

PAGE 73

PAGE 74

PAGE 75

PAGE 76

PAGE 77

PAGE 78

PAGE 79

PAGE 80

PAGE 81

PAGE 82

PAGE 83

PAGE 84

PAGE 85

PAGE 86

PAGE 87

PAGE 88

PAGE 89

PAGE 90

PAGE 91

PAGE 92

PAGE 93

PAGE 94

PAGE 95

PAGE 96

PAGE 97

PAGE 98

PAGE 99

PAGE 100

PAGE 101

PAGE 102

PAGE 103

PAGE 104

PAGE 105

PAGE 106

PAGE 107

PAGE 108

PAGE 109

PAGE 110

PAGE 111

PAGE 112

PAGE 113

PAGE 114

PAGE 115

PAGE 116

PAGE 117

PAGE 118

PAGE 119

PAGE 120

PAGE 121

PAGE 122

PAGE 123

PAGE 124

PAGE 125

PAGE 126

PAGE 127

PAGE 128

PAGE 129

PAGE 130

PAGE 131

PAGE 132

PAGE 133

PAGE 134

PAGE 135

PAGE 136

PAGE 137

PAGE 138

PAGE 139

PAGE 140

PAGE 141

PAGE 142

PAGE 143

PAGE 144

PAGE 145

PAGE 146

PAGE 147

PAGE 148

PAGE 149

PAGE 150

PAGE 151

PAGE 152

PAGE 153

PAGE 154

PAGE 155

PAGE 156

PAGE 157

PAGE 158

PAGE 159

PAGE 160

PAGE 161

PAGE 162

PAGE 163

PAGE 164

PAGE 165

PAGE 166

PAGE 167

PAGE 168

PAGE 169

PAGE 170

PAGE 171

PAGE 172

PAGE 173

PAGE 174

PAGE 175

PAGE 176

PAGE 177

PAGE 178

PAGE 179

PAGE 180

PAGE 181

PAGE 182

PAGE 183

PAGE 184

PAGE 185

PAGE 186

PAGE 187

PAGE 188

PAGE 189

PAGE 190

PAGE 191

PAGE 192

PAGE 193

PAGE 194

PAGE 195

PAGE 196

PAGE 197

PAGE 198

PAGE 199

PAGE 200

PAGE 201

PAGE 202

PAGE 203

PAGE 204

PAGE 205

PAGE 206

PAGE 207

PAGE 208

PAGE 209

PAGE 210

PAGE 211

PAGE 212

PAGE 213

PAGE 214

PAGE 215

PAGE 216

PAGE 217

PAGE 218

PAGE 219

PAGE 220

PAGE 221

PAGE 222

PAGE 223

PAGE 224

PAGE 225

PAGE 226

PAGE 227

PAGE 228

PAGE 229

PAGE 230

PAGE 231

PAGE 232

PAGE 233

PAGE 234

PAGE 235

PAGE 236

PAGE 237

PAGE 238