

# BAB I

## PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang Masalah

Wakaf adalah salah satu instrumen ekonomi Islam yang khas dengan wilayah ijtihad yang luas. Dengan karakter khasnya sebagai pengalihan kepemilikan harta individu ke kepemilikan harta bagi Allah (*devine property*) meniscayakan harta wakaf menjadi milik publik yang abadi dan harus tetap utuh dan terjaga pokok dan kemanfaatannya. Selanjutnya, ajaran wakaf memastikan penyaluran manfaat bagi mustahik wakaf, baik dari sudut pandang manfaat ritual keagamaan (*ibadah syakhsiyyah*) maupun sosial ekonomi (*ibadah mâliyah ijtimâiyyah*). Penyaluran manfaat inilah yang kerap menimbulkan beragam asumsi dan tafsiran atas karakter ajaran wakaf itu.

Dalam paradigma wakaf modern, prinsip keabadian tidaklah terletak pada benda fisiknya, namun pada manfaatnya<sup>1</sup>. Paradigma ini senada dengan Undang-Undang No. 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf yang menekankan pentingnya menjaga kemanfaatan wakaf. Undang-Undang tersebut memberikan definisi tentang wakaf sebagai 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. Definisi wakaf<sup>2</sup> yang tercantum dalam Bab I Pasal 1 Undang-Undang tersebut, menekankan prinsip keabadian dalam pemanfaatan benda wakaf. Artinya, selama benda wakaf itu bermanfaat bagi keperluan ibadah dan kesejahteraan umum, maka prinsip keabadian benda wakaf—yang karenanya pahala akan terus mengalir kepada wakif—sudah terpenuhi sesuai dengan ajaran wakaf.

---

<sup>1</sup>Bey Sapta Utama, “Optimalisasi Manfaat Wakaf Dengan Istibdal”, *al-Awqaf*, (Volume II, Nomor 3, Agustus 2009), 62.

<sup>2</sup>Wakaf merupakan institusi yang bersumber dari hukum Islam dan telah diterima dengan luas dalam masyarakat Islam Indonesia (*gerecipieerd*) atau *receptie* dalam teori hukum Islam di Indonesia. Lihat, B. Ter Haar Bzn, *Asas-Asas dan Susunan Hukum Adat*, Terjemahan oleh K. Ng. Soebakti Poesponoto (Jakarta: Pt. Pradnya Paramita, Cet. XIII, 2001), 136’

Di Indonesia, pengelolaan harta benda wakaf belum begitu berkembang dibandingkan dengan negara lain. Walaupun sumbangsih tanah wakaf begitu besar,<sup>3</sup> namun sangat sedikit yang produktif. Hal ini diperkuat dengan hasil penelitian Pusat Bahasa dan Budaya (PBB) UIN Syarif Hidayatullah Jakarta (CSRC UIN: 2006) menunjukkan, bahwa harta wakaf lebih banyak bersifat diam (77%) daripada yang menghasilkan atau produktif (23%). Temuan lain menunjukkan, pemanfaatan terbesar harta wakaf adalah masjid (79%) daripada peruntukkan lainnya, dan lebih banyak berada di wilayah pedesaan (59%) daripada perkotaan (41%)<sup>4</sup>. Dilihat dari sudut pandang produktifitas, manajemen wakaf di Indonesia masih jauh tertinggal dibandingkan dengan Mesir<sup>5</sup>, Arab Saudi<sup>6</sup>, Kuwait dan Turki<sup>7</sup>.

Untuk mendukung poros *maqâshid* ekonomi Islam—*falâh* dan *hayât thayyibah*<sup>8</sup> dalam ajaran wakaf, ruang ijtihad dalam hal pemberdayaan harta benda wakaf perlu dikembangkan lebih luas. Salah satu ikhtiar pemberdayaan harta benda wakaf adalah pengalihan fungsi dari sudut pandang hak-hak penderma (*wâqif*), harta wakaf (*mawqûf*), dan penerima manfaat (*mawqûf 'alayh*). Pengalihan fungsi ini berakibat pada pergeseran prinsip wakaf; dari prinsip keabadian (*ta'bid al-ashl*) ke prinsip kemanfaatan (*tasbîl al-manfaah*).

Di dalam peraturan perwakafan di Indonesia, alih fungsi wakaf sudah diakomodasi. Misalnya, dalam Peraturan Pemerintah No. 28 Tahun 1977 Bab IV,

---

<sup>3</sup>Data Departemen Agama menyebut jumlah tanah wakaf di Indonesia sebanyak 430.766 lokasi dengan luas mencapai 1.615.791.832, 27 m<sup>2</sup> yang tersebar di 366.595 lokasi. Lihat, Direktorat Pemberdayaan Wakaf, “Data Luas dan Lokasi Tanah Wakaf Nasional Sampai Dengan Tahun 2008”, (Jakarta, 22 April 2008).

<sup>4</sup>Rahmat Dahlan, “Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Persepsi Nazhir Terhadap Wakaf Uang” *Jurnal al-Iqtishad* VI, no: 2 (Juli 2014), 306.

<sup>5</sup>Wakaf di Mesir dikelola oleh Badan Wakaf Mesir yang berada di bawah *Wizaratul Auqaf* (Kementerian Wakaf). Syafrudin Arif, “Wakaf Tunai Sebagai Alternatif Mekanisme Redistribusi Keuangan Islam” *Jurnal La Riba* IV no:1 (Juli 2010), 86.

<sup>6</sup>Di Saudi Arabia, badan wakaf diberi nama Majelis Tinggi Wakaf. Majelis Tinggi Wakaf ada di bawah Kementerian Haji dan Wakaf. Syafrudin Arif, *Wakaf Tunai Sebagai Alternatif*, 87

<sup>7</sup>Di Turki, wakaf dikelola oleh Direktorat Jenderal Wakaf. Dalam mengembangkan wakaf, pengelola melakukan investasi di berbagai perusahaan, antara lain: Ayvalik and Aydem Olive Oil Corporation; Uswatun Hasanah, *Wakaf Produktif Untuk Kesejahteraan*, 11 dalam Syafrudin Arif, *Wakaf Tunai Sebagai Alternatif*, 87

<sup>8</sup> Lihat, M. Umer Chapra, *Islam And The Economic Challenge*, (the International Institute of Islamic Thought (IIIT), Herndon, VA 22070, USA, The Islamic Foundation, Nairobi, Kenya, Kano Nigeria, 1413/1992), 6.

Bagian Pertama tentang Perubahan perwakafan tanah milik Pasal 11, ayat (3) yang berbunyi perubahan status tanah milik yang telah diwakafkan dan perubahan penggunaannya sebagai akibat ketentuan tersebut dalam ayat (2) harus dilaporkan oleh Nadzir kepada Bupati/Walikota/madya Kepala Daerah cq Kepala Sub Direktorat Agraria setempat untuk mendapatkan penyelesaian lebih lanjut<sup>9</sup>.

Masalah perubahan dan penggantian harta wakaf dimasukkan pula dalam BAB IV Pasal 40 dan 41 ayat (1). Pasal 40 Undang-Undang No 41 Tahun 2004 tentang wakaf menyatakan bahwa harta benda yang telah diwakafkan dilarang untuk: Dijadikan Jaminan; Disita; D hibahkan; Dijual; Diwariskan; Ditukar; Dialihkan dalam bentuk pengalihan lainnya. Pasal 41 ayat (1) menyatakan bahwa ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 40 huruf f dikecualikan apabila harta benda wakaf yang telah diwakafkan digunakan untuk kepentingan umum sesuai dengan Rencana Umum Tata Ruang (RUTR) berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan tidak bertentangan dengan syariah.

Dalam beberapa kasus sengketa wakaf, merujuk pada Undang-Undang No. 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf Bab VII Penyelesaian Sengketa Pasal 62 dinyatakan bahwa (1) penyelesaian sengketa perwakafan ditempuh melalui musyawarah untuk mencapai mufakat, (2) apabila penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berhasil, sengketa dapat diselesaikan melalui mediasi, arbitrase, atau pengadilan. Pada penjelasan Pasal 62 ayat (2) Undang Undang Nomor 41 Tahun 2004 dijelaskan, yang dimaksud dengan mediasi adalah penyelesaian sengketa dengan bantuan mediator yang disepakati oleh para pihak yang bersengketa. Dalam hal mediasi tidak berhasil menyelesaikan sengketa, maka sengketa tersebut dapat dibawa kepada badan arbitrase syariah. Dalam hal badan arbitrase syariah tidak

---

<sup>9</sup>Bunyi utuh Pasal 11 ayat (1) dan (2) PP. No. 28 Tahun 1977, tentang Perubahan perwakafan tanah milik sebagai berikut: (1) pada dasarnya terhadap tanah milik yang telah diwakafkan tidak dapat dilakukan perubahan peruntukkan atau penggunaan lain daripada yang dimaksud dalam ikrar wakaf. (2) Penyimpangan dari ketentuan tersebut dalam ayat (1) hanya dapat dilakukan terhadap hal-hal tertentu setelah terlebih dahulu mendapat persetujuan tertulis dari Menteri Agama, yakni: a. karena tidak sesuai lagi dengan tujuan wakaf seperti diikrarkan oleh wakif; b. karena kepentingan umum.

berhasil menyelesaikan sengketa, maka sengketa tersebut dapat dibawa ke pengadilan agama dan/atau mahkamah syariah<sup>10</sup>.

Beberapa faktor yang mendorong terjadinya sengketa perwakafan, di antaranya: makin langkanya tanah, makin tingginya harga tanah, menipisnya kesadaran beragama, wakif mewakafkan seluruh atau sebagian besar hartanya sehingga keturunannya merasa kehilangan sumber penghidupan dan terlantar kehidupannya, sikap serakah ahli waris atau sama sekali tidak mengetahui adanya ikrar wakaf<sup>11</sup>.

Dengan mengambil latar permasalahan wakaf Pangeran Aria Soeria Atmadja, Bupati Sumedang 1883-1919, kajian tentang kasus alih fungsi wakaf menunjukkan terdapat adanya konflik kepentingan antar keluarga (sengketa antar wargi) yang dilatari saling klaim keberhakaan tata kelola aset wakaf antara Yayasan Pangeran Sumedang (YPS) dan, kemudian, Yayasan Nazhir Wakaf Pangeran Sumedang (YNWPS) yang keduanya mengklaim sebagai pengurus yang sah dan berkekuatan hukum tetap untuk mengelola seluruh aset wakaf Pangeran Aria Soeria Atmadja.

Penyelesaian sengketa alih fungsi wakaf yang bisa ditempuh melalui dua jalur: non litigasi dan litigasi, pada kenyataannya masih menyisakan persoalan. Penyelesaian sengketa yang ditempuh melalui mekanisme musyawarah sebagai jalur mula-mula yang harus ditempuh para pihak, banyak menemui kegagalan. Kegagalan yang dimaksud, menurut hemat penulis, di antaranya karena proses musyawarah jarang sekali melibatkan para ahli atau penilaian ahli<sup>12</sup>. Sehingga yang mengemuka hanyalah beradu argumentasi untuk menguatkan posisinya masing-masing.

Selanjutnya, apabila musyawarah menemui kebuntuan, maka penyelesaian sengketa bisa ditempuh melalui jalur mediasi. Pada tahap ini para pihak

---

<sup>10</sup>Anshorudin, *Penyelesaian Sengketa Perwakafan di Indonesia Dalam Perspektif Hukum Islam dan Hukum Nasional*, (Makalah Sosialisasi Tentang Wakaf, disampaikan di hadapan Pengurus Mesjid, Majelis Taklim dan Pondok Pesantren se-Kalimantan Barat, 27 September 2016)

<sup>11</sup>Anshorudin, *Penyelesaian Sengketa Perwakafan*.

<sup>12</sup>Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, Pasal 1 (10) menyebutkan: Alternatif penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak yakni di luar pengadilan dengan cara konsultasi, mediasi, konsiliasi atau penilaian ahli.

mengundang mediator untuk menengahi persengketaan. Apabila selesai dalam mediasi, maka sengketa akan dianggap selesai dengan asumsi menang-menang (*win-win solution*). Pada kenyataannya, proses mediasi yang telah ditempuh para pihak mengalami kebuntuan yang kemudian ditindaklanjuti di pengadilan. Penyelesaian sengketa secara litigatif inilah yang dipandang efektif untuk mengakhiri persengketaan walaupun tidak serta merta memuaskan para pihak. Putusan pengadilan yang bersifat menang-kalah (*win-lose solution*) tentu saja tidak memuaskan para pihak yang bersengketa walaupun putusan pengadilan tingkat pertama berkekuatan hukum tetap. Tidak sedikit kasus sengketa wakaf yang diselesaikan dengan upaya hukum di tingkat banding.

Dalam konteks putusan pengadilan tentang sengketa alih fungsi wakaf di Indonesia apabila dihadapkan pada implementasinya terdapat adanya konflik norma hukum (*antinomi*). Problem antar kepentingan atau pertentangan antara rasa keadilan dengan rasa kepastian hukum para pihak yang bersengketa tetap ada walaupun hakim sudah memutuskan perkara dalam suatu peristiwa hukum alih fungsi wakaf. Alih alih menyelesaikan sengketa, putusan tersebut memungkinkan munculnya konflik baru, bahkan sengketa baru. Alih-alih memproduktifkan aset wakaf hingga berdaya guna tinggi, tidak sedikit aset yang terbengkalai karena kasus sengketa wakaf.

Dengan latar belakang masalah sebagaimana yang penulis paparkan di muka, penulis tertarik untuk mengkaji lebih dalam tentang mekanisme penyelesaian sengketa pengalihan fungsi wakaf, terutama dari sudut pandang prinsip-prinsip dan asas-asas<sup>13</sup> keputusan hukum hakim.

---

<sup>13</sup>Prinsip menurut pengertian bahasa adalah permulaan, tempat pemberangkatan, atau titik tolak (*al-mabda'* atau *al-mabâdi'*). Dalam konteks hukum Islam, prinsip berarti kebenaran universal yang inheren di dalam hukum Islam dan menjadi titik tolak pembinaannya. Prinsip yang membentuk hukum Islam dan setiap cabang-cabangnya. Prinsip dalam hukum Islam meliputi prinsip umum dan prinsip khusus. Prinsip umum ialah prinsip keseluruhan hukum Islam yang bersifat universal yang meliputi: prinsip tauhid, prinsip keadilan, prinsip amar makruf nahyi munkar, prinsip kemerdekaan atau kebebasan, prinsip persamaan atau egaliter, prinsip tolong-menolong, dan prinsip toleransi. Adapun prinsip khusus ialah prinsip-prinsip setiap cabang hukum Islam yang dikenal dengan istilah azas. Misalnya, asas *ta'addud al-Manafi'*, asas pemerataan, asas '*an taradhin*, asas *adam al-gharar*, asas *al-birr wa al-taqwa*, dan asas musyarakah dalam Mu'amalah. Lihat: Juhaya S Praja, Filsafat Hukum Antar Madzhab-Madzhab Barat dan Islam, (Tasikmalaya: IAILM, 2015), 185 dan 247.

## **B. Perumusan Masalah**

### *1. Academic Problem/Problem Statement*

Berdasarkan latar belakang yang penulis uraikan di muka, maka masalah penelitian ini adalah masalah keputusan hukum dalam mekanisme penyelesaian sengketa alih fungsi wakaf Pangeran Aria Soeria Atmadja dilihat dari hukum Islam dan perundang-undangan di Indonesia.

### *2. Pertanyaan penelitian/problem question*

Berdasarkan identifikasi masalah yang telah diuraikan di muka, maka masalah tersebut dirumuskan dalam beberapa pertanyaan penelitian sebagai berikut:

- a. Bagaimana pengalihan fungsi wakaf dalam perspektif hukum Islam dan perundang-undangan wakaf di Indonesia?
- b. Bagaimana mekanisme penyelesaian sengketa pengalihan fungsi wakaf dalam hukum Islam dan peraturan perundang-undangan Indonesia?
- c. Bagaimana prinsip dan asas putusan hukum dalam penyelesaian sengketa pengalihan fungsi wakaf?

## **C. Tujuan Dan Kegunaan Penelitian**

Tujuan penulisan penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Untuk menganalisis pengalihan fungsi wakaf dalam hukum Islam dan peraturan perundang-undangan di Indonesia.
2. Untuk menganalisis penyelesaian sengketa alih fungsi wakaf dalam hukum Islam dan peraturan perundang-undangan di Indonesia
3. Untuk menganalisis putusan-putusan pengadilan dalam alih fungsi wakaf di Indonesia.

Adapun kegunaan atau manfaat penelitian ini dibagi menjadi dua, yakni:

### *1. Kegunaan Teoritis*

Kegunaan teoritis dalam hal ini diharapkan dapat memberikan kontribusi dalam mengembangkan pengetahuan di bidang wakaf dan produktifitasnya, baik pada dunia akademik maupun lembaga wakaf serta masyarakat pada umumnya. Hal ini mencakup perumusan konsep hingga perumusan teori baru terkait dengan

problematika penyelesaian sengketa wakaf sehingga memperkaya khazanah kajian wakaf. Kelengkapan informasi diharapkan dapat menjadi pijakan bagi penelitian selanjutnya baik oleh penulis maupun peneliti yang lain.

## 2. Kegunaan Praktis

Kegunaan Praktis dalam hal ini diharapkan dapat menghasilkan rumusan baru tentang penyelesaian sengketa wakaf berdasarkan prinsip revisi alih fungsi wakaf yang diajukan penderma sebagai yang tercermin dalam *al-Syuruth al-Asyrah* (sepuluh persyaratan akad wakaf produktif) dan putusan hukum untuk mengakhiri sengketa alih fungsi tersebut. Selain itu, hasil penelitian ini juga diharapkan dapat menjadi solusi alternatif dalam menjawab problematika wakaf produktif yang terus dikembangkan di Indonesia.

## D. Kerangka Pemikiran

Kasus-kasus sengketa wakaf adalah fenomena kesenjangan antara teori hukum yang berlaku dalam hukum Islam dan peraturan perundang-undangan di Indonesia dan budaya wakaf yang telah menjadi tradisi yang mandiri di tengah-tengah masyarakat. Kesenjangan antara teori dan fakta inilah yang menjadi fokus kajian disertasi ini.

Dalam penulisan disertasi ini, penulis merumuskan beberapa teori tentang penyelesaian sengketa pengalihan fungsi wakaf dalam hukum Islam dan peraturan perundang-undangan di Indonesia menggunakan kerangka teoritik sebagai berikut: Teori utama (*grand theory*) adalah teori Negara Hukum sebagai landasan utama diberlakukannya hukum wakaf. Turunan (*middle theory*) dari teori Negara Hukum ini adalah teori Sistem Hukum untuk menjelaskan paradigma objek yang dikaji yang berupa substansi, stuktur dan kultur hukum dalam penyelesaian sengketa wakaf serta masalah-masalah seputar pengalihan fungsi wakaf dilihat dari sudut pandang hukum Islam dan perundang-undangan wakaf di Indonesia dan teori *mashlahah* untuk menjelaskan tujuan wakaf dan implementasinya dalam kehidupan sosial keagamaan. Sebagai teori aplikatif (*apply theory*) dalam penulisan disertasi ini, penulis menggunakan teori penyelesaian sengketa hukum (*legal dispute theory*) yang akan memerinci bagaimana penyelesaian sengketa yang berkaitan dengan

pengalihan fungsi wakaf dalam hukum Islam dan perundang-undangan wakaf di Indonesia dan teori prioritas baku dan prioritas kasuistis untuk menganalisis asas-asas prioritas dalam putusan hakim.

#### 1. Grand Theory (Teori Dasar): Teori Negara Hukum

Grand Theory atau teori utama yang tepat untuk mendeskripsikan latar belakang masalah dalam penulisan disertasi ini adalah teori negara hukum (*rechtsstaat*). Sebagai teori utama dalam penelitian ini, teori negara hukum merupakan teori dasar dalam membentuk kerangka pemikiran penyelesaian sengketa wakaf dalam bingkai Negara Kesatuan Republik Indonesia. Disadari bahwa sengketa wakaf yang kerap terjadi di tengah-tengah masyarakat muslim Indonesia harus diselesaikan dengan berlandaskan pada hukum yang berlaku di negara ini melalui beragam perundang-undangan dan peraturan pemerintah yang memayunginya. Wakaf sebagai salah satu pranata sosial ekonomi yang diadopsi dan diadaptasi dari khazanah Islam—walaupun didapat berbagai tradisi yang bisa disebut sebagai wakaf, jauh sebelum kedatangan Islam ke nusantara ini, telah menjadi satu kesatuan kultur yang pada gilirannya membentuk substansi hukum dalam perundang-undangan wakaf di Indonesia.

Namun demikian, seperti yang dinyatakan oleh Darji Darmodiharjo dan Shidarta, hukum Indonesia harus mencerminkan jiwa bangsa (*volksgeist*) Indonesia. Apabila *volksgeist* ini dapat diketahui, berarti dapat pula dipahami nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat Indonesia. Jika nilai-nilai itu dapat diketahui, dapat pula diketahui seperti apa hukum yang hidup (*living law*)<sup>14</sup>. Perwakafan, yang sudah ada dan berlaku jauh sebelum kedatangan Islam ke Indonesia, adalah hukum yang hidup di tengah masyarakat. Ia merupakan *living law* dan *volksgeist* masyarakat Indonesia yang biasa hidup berdasar pada asas kekeluargaan dan gotong royong. Maka, dapat dipahami pula, bahwa peraturan perwakafan di Indonesia lebih kental nuansa tradisinya daripada perundang-undangannya.

Pada prinsipnya, negara hukum menghendaki segala tindakan atau perbuatan penguasa mempunyai dasar hukum yang jelas baik berdasar pada hukum

---

<sup>14</sup>Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, Cet. II, 1996), 205.

tertulis maupun hukum yang tidak tertulis. Beberapa ciri suatu negara hukum, yaitu<sup>15</sup>:

- a. Pengakuan dan perlindungan hak-hak asasi manusia, yang mengandung persamaan dalam bidang politik, hukum, sosial, ekonomi dan kebudayaan;
- b. Peradilan yang bebas dan tidak memihak serta tidak dipengaruhi oleh suatu kekuasaan atau kekuatan apa pun;
- c. legalitas dalam arti hukum dalam segala bentuknya.

Menurut Julius Stahl, sebagaimana yang dikutip oleh Jimly Asshiddiqie menyatakan bahwa konsep Negara Hukum yang disebutnya dengan istilah ‘*rechtsstaat*’ mencakup empat elemen penting, yaitu:

- a. Perlindungan hak asasi manusia.
- b. Pembagian kekuasaan.
- c. Pemerintahan berdasarkan undang-undang.
- d. Peradilan tata usaha Negara<sup>16</sup>.

Sedangkan Albert Venn Dicey menguraikan adanya tiga unsur utama dalam setiap Negara Hukum yang disebutnya dengan istilah “*The Rule of Law*”, yaitu: 1. Supremasi hukum (*Supremacy of Law*). 2. Persamaan di depan hukum (*Equality before the law*) 3. Konstitusi yang didasarkan pada hak-hak perseorangan (*Constitution based on individual rights*)<sup>17</sup>.

Keempat prinsip *rechtsstaat* yang dikembangkan oleh Julius Stahl tersebut di atas pada pokoknya dapat digabungkan dengan ketiga prinsip *Rule of Law* yang dikembangkan oleh A.V. Dicey untuk menandai ciri-ciri negara hukum modern di zaman sekarang. Bahkan, oleh “The International Commission of Jurist”, prinsip-prinsip Negara Hukum itu ditambah lagi dengan prinsip peradilan bebas dan tidak memihak (*independence and impartiality of judiciary*) yang di zaman sekarang

---

<sup>15</sup>Bambang Sutyoso, Sri Hastuti Puspitasari, *Aspek-Aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, (Yogyakarta: UII Press, 2005), 1.

<sup>16</sup>Jimly Asshiddiqie, Gagasan Negara Hukum Indonesia, makalah dalam [https://pn-gunungsitoli.go.id/assets/image/files/Konsep Negara Hukum Indonesia.pdf](https://pn-gunungsitoli.go.id/assets/image/files/Konsep_Negara_Hukum_Indonesia.pdf) diakses pada 9:20 tanggal 01/12/2019.

<sup>17</sup>Bambang Sutyoso, Sri Hastuti Puspitasari, *Aspek-Aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, 8.

makin dirasakan mutlak diperlukan dalam setiap negara demokrasi. Prinsip-prinsip yang dianggap ciri penting Negara Hukum menurut *The International Commission of Jurists* itu adalah: 1. Negara harus tunduk pada hukum. 2. Pemerintah menghormati hak-hak individu. 3. Peradilan yang bebas dan tidak memihak<sup>18</sup>.

Hukum di Indonesia, menurut Efran Helmi Juni, merupakan campuran dari sistem hukum Eropa, hukum agama, dan hukum adat. Sebagian besar sistem yang dianut negara ini, baik perdata maupun pidana, berbasis pada hukum Eropa kontinental, khususnya Belanda karena aspek sejarah masa lalu Indonesia yang merupakan wilayah jajahan Belanda. Hukum agama, yang karena sebagian besar masyarakat Indonesia menganut agama Islam, didominasi pula oleh hukum atau syariat Islam. Indonesia berlaku pula hukum adat yang merupakan penerus dari aturan-aturan setempat dan budaya-budaya yang ada di wilayah nusantara.<sup>19</sup>

Dalam sistem ketatanegaraan di Indonesia, istilah negara hukum termaktub dalam Pasal 1 Ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) yang berbunyi "Negara Indonesia adalah negara hukum".<sup>20</sup> Bunyi dari Undang-Undang Dasar ini menegaskan bahwa Indonesia adalah negara yang berlandaskan pada hukum, bukan negara yang berlandaskan pada kekuasaan semata-mata. Artinya, ada payung hukum yang menaungi segala kebijakan pemerintah dan pola hidup warganya. Dengan demikian, sistem pemerintahan yang berlaku harus berdasar pada konstitusi dan tidak bersifat absolut (kekuasaan yang tidak terbatas).

Sistem pemerintahan sebagai *rechtsstaat* yang dianut negara ini pun mengandung makna ada pembagian kekuasaan dan pembatasan kekuasaan. Ketentuan ini, pada gilirannya, bersifat normatif. Namun, sebagai negara hukum, tata kehidupan hukum di Indonesia pada akhirnya menganut pula ajaran positivisme hukum yang memisahkan hukum dengan moral baik pada tataran konseptual

---

<sup>18</sup>Jimly Asshiddiqie, Gagasan Negara Hukum Indonesia, makalah dalam [https://pn-gunungsitoli.go.id/assets/image/files/Konsep\\_Negara\\_Hukum\\_Indonesia.pdf](https://pn-gunungsitoli.go.id/assets/image/files/Konsep_Negara_Hukum_Indonesia.pdf) diakses pada 9:20 tanggal 01/12/2019.

<sup>19</sup>Efran Helmi Juni, *Filsafat Hukum*, (Bandung: Pustaka Setia, 2012), 328.

<sup>20</sup>Ditetapkan pada tanggal 9 November 2001. Rumusan seperti ini, tercantum pula dalam Konstitusi RIS 1949 dan UUDS 1950. Lihat, La Ode Husen, *Negara Hukum, Demokrasi dan Pemisahan Kekuasaan*, (Makasar: CV. Social Politik Genius, 2019), 1.

maupun implementasinya. Ajaran positivisme hukum ini menimbulkan beberapa kontradiksi di tengah-tengah masyarakat yang masih menjunjung tinggi hukum adat dan hukum Islam.

Pancasila merupakan jiwa dan pandangan hidup (*way of life*) bangsa Indonesia sebagai sumber dasar tertib hukum yang ada, maka dapat dikatakan negara hukum Indonesia dinamakan Negara Hukum Pancasila. Salah satu ciri pokok dalam Negara Hukum Pancasila ini adalah *freedom of religion* (kebebasan beragama). Negara Hukum Pancasila bertitik tolak dari asas kekeluargaan dan kerukunan secara terpadu. Kepentingan rakyat lebih diutamakan, namun harkat dan martabat manusia tetap dihargai<sup>21</sup>.

Menurut M. Tahir Azhari, sebagaimana yang dikutip oleh Bambang Sutyoso, menyatakan bahwa konsep negara hukum Pancasila mempunyai ciri-ciri pokok sebagai berikut:

1. Ada hubungan yang erat antara agama dan negara,
2. Bertumpu pada Ketuhanan Yang Maha Esa,
3. Kebebasan beragama dalam arti yang positif,
4. Ateisme tidak dibenarkan dan komunisme dilarang,
5. Asas kekeluargaan dan kerukunan,
6. Sistem konstitusi,
7. Persamaan dalam hukum, dan
8. Peradilan bebas<sup>22</sup>.

Hukum perwakafan di Indonesia yang diadaptasi dari hukum Islam, berdasarkan perspektif teori negara hukum mendapatkan tempatnya dalam tata peraturan hukum Indonesia. Relasi agama dan negara yang kuat di Indonesia memungkinkan adanya transformasi hukum Islam menjadi hukum positif yang mengikat seluruh warga negara yang beragama Islam. Konsep negara hukum Pancasila yang bertumpu pada sila Ketuhanan Yang Maha Esa, memberikan kebebasan kepada kaum muslim untuk mewujudkan lembaga-lembaga

---

<sup>21</sup>Bambang Sutyoso, Sri Hastuti Puspitasari, *Aspek-Aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, 10.

<sup>22</sup>Bambang Sutyoso, Sri Hastuti Puspitasari, *Aspek-Aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, 10.

keagamaannya, seperti perkawinan, kewarisan, dan wakaf. Selanjutnya, sebagai manifestasi dari sila kedua dalam Pancasila, kemanusiaan yang adil dan beradab, hukum perwakafan menjadi salah satu lembaga filantropi Islam di Indonesia yang luas dan berdaya guna tinggi bagi kemanusiaan.

Di samping itu, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 dalam perubahan kedua Bab XA tentang Hak Asasi Manusia pasal 28 E ayat (1) dan (2) yang berbunyi: (1) Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali; (2) Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya, menunjukkan bahwa negara melindungi dan menjamin kebebasan ekspresi keagamaan warga negara. Wakaf sebagai salah satu institusi keagamaan yang, tentu saja, diekspresikan dalam bentuk gerakan filantropi Islam itu mendapatkan jaminan dan perlindungannya sesuai dengan amanat UUD 1945. Jaminan dan perlindungan kebebasan ekspresi keagamaan itu diperkuat pula dengan pasal 28D ayat (1) yang berbunyi: Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Perwakafan Pangeran Aria Soeria Atmadja, berdasarkan studi pendahuluan penulis, menunjukkan adanya kepatuhan pada hukum yang berlaku di Indonesia. Berdirinya Yayasan Pangeran Aria Soeria Atmadja (YPASA) yang kemudian berganti menjadi Yayasan Pangeran Sumedang (YPS) pada Tahun 1955 merupakan bentuk kepatuhan pada tata perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Urgensi pendirian yayasan tersebut adalah untuk mengelaborasi adanya kepastian hukum dalam hal ihwal tata kelola seluruh aset Pangeran Aria Soeria Atmadja *c.q.* Pangeran Sumedang yang tak ternilai harganya itu.

Para pengurus Yayasan, dari sejak awal pendirian hingga disertasi ini ditulis, adalah keturunan Pangeran Sumedang yang dengan penuh kesadaran taat dan patuh pada aturan-aturan perundang-undangan yang berlaku di negeri ini. Sejauh pengamatan penulis, mereka mencoba untuk mengadaptasi lingkup tradisi

kekeratonan dengan tata hukum Negara Kesatuan Republik Indonesia. Sengketa wakaf yang timbul kemudian, dapat dibaca dalam konteks pengawasan keberlangsungan tradisi berikut aset keraton yang tak ternilai itu dan upaya pemenuhannya sebagai bagian dari keutuhan Negara Kesatuan Republik Indonesia.

## 2. Middle Theory (Teori Menengah): Teori Sistem Hukum dan Teori Mashlahah

Di dalam Middle Theory<sup>23</sup> dijelaskan tentang paradigma objek dan masalah-masalah yang diteliti. Teori ini digunakan untuk menjelaskan lebih lanjut paradigma pengalihan fungsi wakaf dalam hukum Islam dan relevansi serta aplikasinya dalam perundang-undangan di Indonesia.

Sistem menurut Lawrence M. Friedman adalah *operating unit with definite boundaries...Any set of interactions can be called a system*<sup>24</sup>. Sistem merupakan unit yang bekerja pada batas-batas tertentu yang berinteraksi antar satuannya. Setiap rangkaian interaksi dapat disebut sistem. Ciri-ciri sistem menurut Elias M. Awad, sebagaimana dikutip oleh Otje Salman S dan Anthon F. Susanto<sup>25</sup>, adalah sebagai berikut ini:

1. Sistem itu bersifat terbuka, atau pada umumnya bersifat terbuka. Suatu sistem bersifat terbuka jika berinteraksi dengan lingkungannya. Dan sebaliknya, dikatakan tertutup jika mengisolasi diri dari pengaruh apapun.
2. Sistem terdiri dari dua atau lebih subsistem dan setiap subsistem terdiri lagi dari subsistem lebih kecil. Demikian seterusnya.
3. Subsistem itu saling bergantung satu sama lain dan saling memerlukan.
4. Sistem mempunyai kemampuan untuk mengatur diri sendiri (*self regulation*).

---

<sup>23</sup>Teori penengah atau Middle Theory berfungsi untuk menjelaskan masalah penelitian dan penjelasan paradigma objek yang diteliti. Teori penengah ini harus paralel dengan teori utama (Grand Theory). Lihat, Juhaya S Pradja, *Teori Hukum dan Aplikasinya* (Bandung: CV. Pustaka Setia, Cet. II, Februari, 2014), 129.

<sup>24</sup>Lawrence M. Friedman, *The Legal System: a Social Science Perspective*, (New York: The Russel Sage Foundation, August, 1975), 5.

<sup>25</sup>Otje Salman S dan Anthon F. Susanto, *Teori Hukum*, (Bandung: Refika Aditama, Cet. VIII, September 2015) 85.

##### 5. Sistem memiliki tujuan dan sasaran.

Sistem hukum menurut Sudikno Mertokusumo adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut<sup>26</sup>. Subekti mengartikan sistem hukum sebagai suatu susunan atau tatanan yang teratur, suatu keseluruhan yang terdiri atas bagian-bagian yang berkaitan satu sama lain, tersusun menurut suatu rencana atau pola, hasil dari suatu pemikiran untuk mencapai suatu tujuan<sup>27</sup>. Sistem hukum yang berupa rangkaian dari peraturan-peraturan hukum itu bersifat konsisten. Ia merupakan satu kesatuan yang utuh. Di dalam sistem hukum, tidak ada peraturan hukum yang bertentangan antara satu dengan lainnya. Di sisi lain, sistem hukum merupakan sistem yang terbuka. Sistem hukum merupakan kesatuan unsur-unsur yang dipengaruhi oleh faktor-faktor kebudayaan, sosial, ekonomi, sejarah dan sebagainya. Peraturan-peraturan hukum tersebut terbuka untuk penafsiran yang berbeda. Dengan demikian, di dalam sistem hukum, selalu terjadi perkembangan<sup>28</sup>. Sudikno menegaskan bahwa sistem hukum sifatnya lengkap. Ketidaklengkapan atau kekurangan-kekurangan di dalam sistem akan dilengkapi oleh sistem itu sendiri dengan adanya penafsiran-penafsiran<sup>29</sup>.

Satjipto Rahardjo menyatakan bahwa hukum dikatakan sebagai suatu sistem karena ia tidak sekedar kumpulan dari peraturan-peraturan belaka. Hukum tercipta menjadi suatu pola kesatuan yang utuh karena keabsahannya. Peraturan-peraturan hukum diterima sebagai suatu yang sah apabila dikeluarkan dari sumber atau sumber-sumber yang sama, seperti peraturan hukum, yurisprudensi dan kebiasaan<sup>30</sup>. Sumber-sumber tersebut melibatkan kelembagaan seperti pengadilan dan pembuat undang-undang. Ikatan sistem itu tercipta pula melalui praktek

---

<sup>26</sup>Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar* (Yogyakarta: Liberty, Cet,III, Desember 20017), 122.

<sup>27</sup>Lihat, Noor Tri Hastuti, "Tinjauan Perspektif Filsafat Hukum Tentang Politik Hukum, Sistem Hukum, dan Teori Hukum Dalam Pembangunan Hukum," *Perpseptif*, Vol III no. 4 (Oktober 1998), 55.

<sup>28</sup>Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, 124.

<sup>29</sup>Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, 126.

<sup>30</sup>Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, Cet VI, 2006) 50.

penerapan peraturan-peraturan hukum sehingga menjamin terciptanya susunan kesatuan dari peraturan-peraturan tersebut dalam dimensi waktu.

Sistem hukum (*legal system*) adalah satu kesatuan hukum yang terdiri dari tiga unsur yang saling mempengaruhi, yaitu struktur, substansi dan budaya hukum<sup>31</sup>. Struktur hukum adalah elemen mendasar dan jelas dari sistem hukum (*one basic and obvious element of the legal system*). Friedman menyebut bahwa struktur dari sistem hukum adalah kerangka-kerangkanya. Struktur hukum merupakan bentuk permanen dari badan kelembagaan sistem yang membuat proses tetap mengalir dalam batas-batas tertentu. Aspek struktur oleh Friedman dirumuskan sebagai berikut:

*“The structure of a legal system consists of elements of this kind: the number and size of courts; their jurisdiction (that is, what kind of cases they hear, and how and why), and modes of appeal from one court to another. Structure also means how the legislature is organized, how many members sit on the Federal Trade Commission, what a president can (legally) do or not do, what procedures the police department follows, and so on.”*<sup>32</sup>

Struktur sistem hukum terdiri dari unsur-unsur seperti ini: jumlah dan ukuran pengadilan; yurisdiksi mereka (yaitu, jenis kasus apa yang mereka dengar, dan bagaimana dan mengapa), dan cara naik banding dari satu pengadilan ke pengadilan lainnya. Struktur juga berarti bagaimana badan legislatif diorganisasikan, berapa banyak anggota yang duduk di Komisi Perdagangan Federal, apa yang dapat dilakukan atau tidak dilakukan oleh seorang presiden umpamanya. Prosedur apa yang diikuti oleh departemen kepolisian, dan sebagainya.

Struktur hukum adalah pola yang memperlihatkan bagaimana hukum itu dijalankan menurut ketentuan-ketentuan formalnya<sup>33</sup>. Ia merupakan keseluruhan institusi penegakan hukum<sup>34</sup> beserta aparatnya yang mencakup kepolisian dengan

---

<sup>31</sup> Friedman menegaskan bahwa sistem hukum dalam praktiknya merupakan *a complex organism in which structure, substance, and culture interact*. Lihat, Lawrence M. Friedman, *The Legal System: a Social Science Perspective*, 12.

<sup>32</sup> Lawrence M. Friedman, *The Legal System: a Social Science Perspective*, 14.

<sup>33</sup> Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, 154.

<sup>34</sup> Juhaya S Pradja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, 55. Dalam deskripsi Lawrence Meir Friedman, struktur hukum terdiri dari *number of judges, the jurisdiction of courts, how higher courts*

para polisinya, kejaksaan dengan para jaksanya, kantor-kantor pengacara dengan para pengacaranya, dan pengadilan dengan para hakimnya.

Substansi hukum adalah keseluruhan asas hukum, norma hukum, dan aturan hukum baik yang tertulis maupun tidak tertulis, termasuk putusan pengadilan<sup>35</sup>. Substansi hukum merupakan peraturan-peraturan yang dipakai oleh para pelaku hukum pada waktu melakukan perbuatan-perbuatan serta hubungan-hubungan hukum<sup>36</sup>. Menurut Friedman, substansi terdiri dari peraturan dan peraturan substantif tentang bagaimana institusi-institusi itu harus bersikap. Seraya mengutip pendapat L.A. Hart, Friedman menyatakan bahwa sistem hukum itu terdiri dari dua kerangka peraturan-peraturan (*rules*): peraturan primer (*primary rules*) dan peraturan sekunder (*secondary rules*). Peraturan primer merupakan norma-norma dari berbagai perilaku. Sementara itu, peraturan sekunder merupakan norma tentang norma-norma perilaku tersebut (*norms about those norms*), bagaimana memutuskan tentang validitas suatu perkara, bagaimana cara memberlakukannya dan sebagainya<sup>37</sup>.

Budaya hukum adalah kebiasaan, opini, cara berpikir dan cara bertindak, dari para penegak hukum dari warga masyarakat.<sup>38</sup> Dalam perspektif Friedman, budaya hukum adalah element dari sikap dan nilai sosial (*social attitude and value*). Budaya hukum merujuk pada bagian-bagian budaya umum, seperti: kebiasaan, pendapat, cara bertindak dan dan berpikir, yang memungkinkan kekuatan sosial itu ke arah atau menjauh dari hukum dan dengan cara tertentu. *Legal culture refers, then, to those parts of general culture--customs, opinions, ways of doing and thinking--that bend social forces toward or away from the law and in particular ways.*<sup>39</sup>

Dalam setiap masyarakat selalu ada hukum yang tumbuh dan berkembang yang dijadikan sebagai pedoman berperilaku. Hukum tersebut dikenal dengan

---

*are stacked on top of lower courts, what persons are attached to various courts and what their roles consist of.* Lihat, Lawrence M. Friedman, *The Legal System: a Social Science Perspective*, 14.

<sup>35</sup>Juhaya S Pradja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, 55.

<sup>36</sup>Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, 154.

<sup>37</sup>Lawrence M. Friedman, *The Legal System: a Social Science Perspective*, 14.

<sup>38</sup>Juhaya S Pradja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, 55.

<sup>39</sup>Lawrence M. Friedman, *The Legal System: a Social Science Perspective*, 15.

istilah *the living law* dalam bentuk kebiasaan (*costume*), adat istiadat, kepercayaan, dan sebagainya. Hukum yang hidup atau *the living law* mempunyai peranan yang tidak kalah dengan hukum positif dalam menata pergaulan manusia<sup>40</sup>.

Istilah *the living law* pertama kali dikemukakan oleh Eugen Ehrlich sebagai lawan kata dari *state law* (hukum dibuat oleh negara/hukum positif). Bagi Eugen Ehrlich perkembangan hukum berpusat pada masyarakat itu sendiri, bukan pada pembentukan hukum oleh negara, putusan hakim, ataupun pada pengembangan ilmu hukum. Eugen Ehrlich ingin menyampaikan bahwa masyarakat merupakan sumber utama hukum. Hukum tidak dapat dilepaskan dari masyarakatnya. Dengan dasar tersebut, Eugen Ehrlich menyatakan bahwa hukum yang hidup (*the living law*) adalah hukum yang mendominasi kehidupan itu sendiri walaupun belum dimasukkan ke dalam proposisi hukum<sup>41</sup>.

Dari pendapat di atas, dapat diketahui bahwa *The living law* merupakan seperangkat ketentuan yang kelahirannya bersamaan dengan lahirnya masyarakat. Hukum tidak dapat dilepaskan dari masyarakat. Hukum dibentuk oleh masyarakat, dan hukum berfungsi untuk melayani kepentingan masyarakat. Karenanya, bagi Eugen Ehrlich hukum negara (*state law*) bukan merupakan sesuatu yang independen dari faktor-faktor kemasyarakatan. Hukum negara harus memperhatikan *the living law* yang telah hidup dan tumbuh dalam kehidupan masyarakat<sup>42</sup>.

Berdasarkan pengamatan penulis tentang perwakafan, hampir semua aspek hukum dalam wakaf adalah hasil ijtihad fuqaha yang didasarkan pada penalaran *istihsân*, *qiyâs* dan *mashlahah mursalah*, beberapa kasus merujuk pada tradisi wakaf yang dikembangkan para sahabat Rasul. Selanjutnya, apabila mengacu pada teori hukum murni, maka hukum material perwakafan adalah hasil dari hipotesis yuridis fuqaha yang membangun norma dasar hukum perwakafan. Dalam kasus alih

---

<sup>40</sup>Syofyan Hadi, Hukum Positif dan The Living Law (Eksistensi Dan Keberlakuannya Dalam Masyarakat), *DiH Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 13, Nomor 26, (Agustus 2017), 261.

<sup>41</sup>Syofyan Hadi, Hukum Positif dan The Living Law (Eksistensi Dan Keberlakuannya Dalam Masyarakat), 261.

<sup>42</sup>Syofyan Hadi, Hukum Positif dan The Living Law (Eksistensi Dan Keberlakuannya Dalam Masyarakat), 261.

fungsi wakaf, analisis logis perwakafan didasarkan pada cara berfikir yuridis aktual itu.

Sesuai dengan teori substansi hukum Lawrence M. Friedman, bahwa hukum secara substantif membahas tentang asas hukum, norma hukum, dan aturan hukum baik yang tertulis maupun tidak tertulis, maka dalam teori hukum murni, sistem hukum adalah sebuah sistem norma hukum. Teori hukum murni berusaha menjawab bagaimana menjelaskan kesatuan sejumlah norma hukum, dan mengapa sebuah norma hukum tertentu menjadi bagian dari sistem hukum tertentu?<sup>43</sup>

Sejumlah norma membentuk sebuah kesatuan, sebuah sistem, sebuah kelompok, jika keabsahan norma tersebut bisa dirunut kembali sampai ke sebuah norma tunggal yang menjadi dasar keabsahan terakhir. Norma dasar sebagai sumber umum ini menyatukan bermacam-macam norma yang membentuk sebuah sistem. Lebih lanjut, kelsen menyatakan bahwa sebuah norma dikatakan sah sebagai norma hukum hanya karena norma tersebut dicapai dengan cara tertentu, diciptakan menurut aturan tertentu, dikeluarkan atau ditetapkan menurut sebuah metode spesifik. Hukum tersebut sah sebagai hukum positif, hanya sebagai hukum yang dikeluarkan atau ditetapkan<sup>44</sup>.

Dalam pandangan Kelsen, norma-norma hukum alam, seperti norma moralitas yang dideduksi dari norma dasar berdasarkan muatannya—sebagai kehendak Tuhan, alam, atau akal budi yang murni—dianggap sudah jelas. Namun, norma dasar sebuah hukum positif hanyalah aturan dasar yang menciptakan norma-norma sistem hukum tersebut; norma itu hanya menempatkan fakta material dasar penciptaan hukum. Namun, norma dasar ini memiliki karakter dinamis yang sepenuhnya formal. Norma khusus sistem hukum tersebut tidak bisa dideduksi secara logis dari norma dasar ini<sup>45</sup>.

Substansi hukum dalam teori hukum murni ini, apabila diejawantahkan dalam hukum perwakafan akan didapatkan norma tunggal yang menjadi dasar keabsahan terakhir. Norma dasar yang kemudian menjadi norma tunggal ini adalah

---

<sup>43</sup>Hans Kelsen, *Pengantar Teori Hukum*, 94.

<sup>44</sup>Hans Kelsen, *Pengantar Teori Hukum*, 95-96.

<sup>45</sup>Hans Kelsen, *Pengantar Teori Hukum*, 96.

‘kebaikan atau *al-birr*’. Ini adalah fakta material dasar penciptaan hukum perwakafan. Dari norma dasar ‘*al-birr*’ itu kemudian menjadi norma hukum wakaf yang—meminjam istilah Kelsen—dinamis dan sepenuhnya formal. Nantinya, akan ditemukan beragam norma umum yang dikeluarkan dan ditetapkan dalam perundang-undangan wakaf di Indonesia.

Dalam teori hukum murni, teori hukum ini menggunakan norma dasar sebagai dasar hipotesis. Dengan mempertimbangkan perkiraan bahwa norma dasar sah, maka sistem hukum yang berdasar padanya juga sah. Akhirnya, yang berakar pada norma dasar ini adalah makna normatif semua fakta material yang menyusun sistem hukum<sup>46</sup>.

Beberapa catatan penting perlu digarisbawahi bahwa ada banyak norma khusus perwakafan yang didasarkan atas perspektif fuqaha, seperti: terminologi dan batasan wakaf, tujuan dan sasaran wakaf, rukun dan syarat wakaf, dan sebagainya. Bagi Kelsen, norma khusus harus diciptakan melalui sebuah tindakan khusus yang mengeluarkan atau menetapkannya, bukan sebuah tindakan intelektual, tapi harus muncul dari kehendak. Dengan demikian, hukum perwakafan yang digagas oleh fuqaha adalah sebuah tindakan intelektual yang bukan keluar dari kehendak yang kemudian ditetapkan. Hukum perwakafan dalam beragam perspektif fuqaha itu, yang akan penulis uraikan dalam bab II dan III, hanyalah bahan material hukum bukan norma hukum khusus. Namun, disadari bahwa norma khusus diciptakan sesuai dengan norma dasar tersebut.

Doktrin ahl-sunnah—yang berdasarkan perspektif fuqaha ahl-sunnah—yang menjadi pegangan dalam beribadah masyarakat muslim Indonesia telah menjadi suatu kebiasaan dalam menetapkan dan memutuskan suatu perkara keagamaan. Termasuk di dalamnya hal-hal yang berkaitan dengan perwakafan. Kebiasaan ini menjadi dasar dalam penciptaan hukum. Menurut Kelsen, penciptaan hukum melalui kebiasaan berbeda dengan penciptaan hukum lainnya yang menghasilkan hukum yang diundangkan (*jus scriptum*). Sementara, penciptaan hukum melalui kebiasaan adalah sebuah kasus khusus (*jus non scriptum*)

---

<sup>46</sup>Lihat, Hans Kelsen, *Pengantar Teori Hukum*, 98.

penciptaan hukum<sup>47</sup>. Sebagian besar tradisi wakaf di Indonesia berlandaskan pada *jus non scriptum*, yang pada gilirannya, rentan menimbulkan konflik karena perbedaan pemahaman dan kaburnya penyelesaian sengketa.

Selanjutnya, berdasar pada doktrin norma dalam teori hukum murni, Kelsen merunut pula struktur hierarkis sistem hukum. Dalam perspektif Kelsen, sistem hukum bukan sebuah sistem yang terdiri dari norma-norma hukum bertingkat, atau dengan kata lain, berdampingan satu sama lain. Sistem hukum merupakan urutan hierarkis berbagai strata norma-norma hukum<sup>48</sup>. Dengan mempertimbangkan bahwa norma dasar tersebut disyaratkan, konstitusi menggambarkan hukum positif pada tingkat tertinggi. Fungsi esensial konstitusi bergantung pada pengaturan alat pemerintahan dan proses penciptaan hukum umum, yaitu proses legislasi<sup>49</sup>. Penciptaan norma-norma umum konstitusi dilakukan melalui pengundangan, bukan kebiasaan. Pengundangan dan kebiasaan biasanya digabungkan dalam konsep 'sumber hukum' yang metaforis dan karenanya ambigu.<sup>50</sup>

Tingkat struktur hierarkis berikutnya adalah tingkat norma umum yang diciptakan dengan proses legislatif. Fungsi norma-norma ini tidak hanya untuk menentukan alat pemerintahan dan proses untuk menciptakan norma-norma individual yang biasanya dikeluarkan oleh pengadilan atau lembaga administratif lainnya, tetapi juga untuk menentukan muatan norma-norma individual. Hukum yang muncul dalam bentuk undang-undang adalah hukum material (substansif) dan hukum formal (prosedural)<sup>51</sup>.

Selanjutnya adalah ajudikasi. Semua peraturan hukum yang berlaku pada suatu negara yang belum diterapkan (*in abstracto*) terhadap sesuatu kasus oleh pengadilan, harus ditetapkan sebagaimana adanya (*in concreto*). Langkah pertama adalah dengan ditetapkan (*ordered*) dan, kemudian direalisasikan (*realized*). Tugas ini harus diselesaikan oleh keputusan hakim, fungsi ajudikasi dan kekuasaan kehakiman. Secara harfiah, pengertian ajudikasi adalah *recht-*

---

<sup>47</sup>Hans Kelsen, *Pengantar Teori Hukum*, 96.

<sup>48</sup>Hans Kelsen, *Pengantar Teori Hukum*, 105.

<sup>49</sup>Hans Kelsen, *Pengantar Teori Hukum*, 106.

<sup>50</sup>Hans Kelsen, *Pengantar Teori Hukum*, 109.

<sup>51</sup>Hans Kelsen, *Pengantar Teori Hukum*, 107.

*sprechung, rechts-findung*; menerangkan atau menyatakan hukum tersebut (*declaring* atau *pronouncing the law*). Fungsi adjudikatif ini, dalam perspektif Kelsen, secara konstan benar-benar konstitutif. Bahwa ada yang dianggap sebagai sebuah fakta material kongkrit, yang dihubungkan dengan konsekuensi hukum kongkrit. Seluruh koneksi ini diciptakan oleh keputusan kehakiman (*judicial decision*)<sup>52</sup>.

Selanjutnya, untuk melengkapi teori sistem hukum dalam teori menengah ini penulis mengelaborasi dengan teori mashlahah dalam *maqâshid al-Syarâh*. Tujuan hukum Allah dapat dilihat dari dua sisi; sisi manusiawi, yaitu tujuan dari segi kepentingan manusia atau mukallaf dan sisi pembuat hukum; yaitu: Allah sebagai satu-satunya Zat pencipta hukum. Tujuan hukum Islam sesuai dengan fitrah manusia dan fungsi daya fitrah manusia. Dari semua daya fitrahnya adalah mencapai kebahagiaan hidup dan mempertahankannya yang disebut para pakar filsafat hukum Islam dengan istilah *al-Tahshîl wa al-Ibqâ* atau mengambil mashlahat serta sekaligus mencegah kerusakan, *jalb al-mashâlih wa daf' al-mafâsid*<sup>53</sup>.

Dalam diskursus syariat Islam, dikenal adanya urgensi syariah sebagai yang tersimpul dalam *aqṣām al-Tsalātsah; Dharūriyah, Hājjiyah* dan *Tahsīniyyah* (yang primer, sekunder dan tersier). Imam al-Syatibi menyebut bahwa tiga hal pokok ini adalah *qashd al-syāri'* atau kehendak pembuat syariat dalam hal obyek dari syariat itu. Dengan kata lain, Allah SWT sebagai Pembuat syariat menghendaki bahwa berlakunya satu hukum di tengah-tengah manusia adalah dengan mengacu pada tiga hal tadi. Pada gilirannya, *aqṣām al-Tsalātsah* ini menjadi hukum alam dalam dimensi sosial kemasyarakatan. Dan memang demikian. Dalam pemenuhan kebutuhan pribadinya, manusia tidak akan pernah lepas dari *aqṣām al-Tsalātsah* itu<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup>Hans Kelsen, *Introduction to The Problems of Legal Theory*, terjemahan oleh Bonnie Litschewski dan Stanley L Paulson, (Oxford: Clarendon Press, 1992) 67-68.

<sup>53</sup>Juhaya S Praja, *Filsafat Hukum Antar Madzhab-Madzhab Barat dan Islam*, (Tasikmalaya: IAILM, 2015) 77.

<sup>54</sup>Abu Ishaq Ibrahim ibn Musa Ibn Muhammad Al-Lakhmi al-Syathibi, *al-Muwāfaqat*, (Beyrut: Dar Ibn Affan, Jilid II, tt) 17.

Tujuan hukum Islam ditinjau dari segi pembuat hukum dapat diketahui melalui penalaran induksi atas sumber-sumber naqli, yaitu wahyu; baik dari Alquran maupun al-Sunnah<sup>55</sup>. Dalam perspektif al-Syathibi, bahwa tuntutan syariat itu, pada prinsipnya, merujuk pada pemeliharaan *maqâshid* makhluknya. Tujuan hukum Islam dilihat dari tingkat dan peringkat kepentingannya bagi manusia terdiri dari:

1. Tujuan esensial atau *al-Dharûriyyah*, yaitu tujuan yang harus ada demi tegaknya agama (*al-dîn*) dan kehidupan (*al-dunyâ*). Jika tidak terpenuhi salah satunya maka akan menimbulkan kekacauan bagi kemaslahatan hidup manusia<sup>56</sup>.
2. Tujuan komplementer atau *al-Hâjjiyyah*, yaitu tujuan sekunder bagi manusia yang seandainya tidak tercapai akan menimbulkan beragam kesulitan atau *masyaqqât*.<sup>57</sup>
3. Tujuan optimasi atau *al-Tahsîniyyah*, yaitu: tujuan hukum untuk menyempurnakan apa yang layak dalam adat kebiasaan di tengah kehidupan manusia<sup>58</sup>.

Pada dasarnya, pemberlakuan syariat adalah untuk kemaslahatan manusia untuk masa kini (*al'âjil*) dan yang akan datang (*al-âjal*) secara komprehensif<sup>59</sup>. Bagi al-Syathibi, mashlahat harus dipahami dalam makna yang luas yang akan mencakup segala manfaat terkait dunia dan akhirat, terkait individu dan masyarakat, material, moral maupun spiritual, serta yang terkait dengan generasi

---

<sup>55</sup>Ukuran kemaslahatan mengacu pada al-Kulliyat al-Khams atau yang dikenal dengan *maqashid al-syari'ah*. Lima pokok pilar tersebut adalah: menjamin kebebasan beragama (*hifdz al-dien*), memelihara kelangsungan hidup (*hifdz al-nafs*), menjamin kreatifitas berpikir (*hifdz al-Aql*), menjamin keturunan dan kehormatan (*hifdz al-nasl*) dan menjamin kepemilikan harta, properti, dan kekayaan (*hifdz al-mal*). Lihat, Juhaya S Praja, *Filsafat Hukum Antar Madzhab-Madzhab Barat dan Islam*, 78.

<sup>56</sup>Abu Ishaq Ibrahim ibn Musa Ibn Muhammad Al-Lakhmi al-Syathibi, *al-Muwâfaqat*, Juz II, 17.

<sup>57</sup>Abu Ishaq Ibrahim ibn Musa Ibn Muhammad Al-Lakhmi al-Syathibi, *al-Muwâfaqat*, Juz II, 21.

<sup>58</sup>Abu Ishaq Ibrahim ibn Musa Ibn Muhammad Al-Lakhmi al-Syathibi, *al-Muwâfaqat*, Juz II, 22.

<sup>59</sup>Abu Ishaq Ibrahim ibn Musa Ibn Muhammad Al-Lakhmi al-Syathibi, *al-Muwâfaqat*, Juz II, 9.

masa kini dan masa yang akan datang. Pengertian masalahat yang demikian luas ini mencakup pencegahan dan penghapusan keburukan<sup>60</sup>.

al-Syathibi mendeskripsi kemaslahatan itu dari dua sudut pandang; dari sudut fakta-fakta material (*al-mawâqi' al-wujûd*) dan keterkaitannya dengan tujuan dan sasaran syariat (*al-khitâb al-syar'iy*). Fakta-fakta material yang dimaksud adalah tentang kebutuhan dasar duniawi. Pengertian mashlahah dalam perspektif ini adalah segala sesuatu yang merujuk pada ajegnya kehidupan manusia, kesempurnaan penghidupannya, dan untuk mendapatkan apa yang dituntut oleh hasrat dan pikirannya sekaligus sehingga menjadikannya kenikmatan<sup>61</sup>. Keterkaitan fakta-fakta material manusia dengan tujuan syariat adalah manakala *mashlahah* itu menjadi dominan apabila dipertimbangkan dengan *mafsadah* dalam konteks aturan-aturan kebiasaan (adat) manusianya<sup>62</sup>.

al-Syathibi menyatakan bahwa setiap hukum asal yang tidak didapatkan dari teks tertentu namun sesuai untuk tindakan syariat yang maknanya diambil dari penalaran tertentu, maka hal itu menjadi valid. Penalaran model ini akan menjadi penalaran yang pasti (*qath'iy*) apabila dirujuk pada seluruh dalil-dalil pokoknya. Penalaran model ini disebut sebagai kategori 'kemaslahatan-kemaslahatan yang lepas' (*al-mashâlih al-mursalah*)<sup>63</sup>. Bagi al-Syathibi, maqashid yang semula sebagai bagian dari 'kemaslahatan mursal' (*al-mashâlih al-mursalah*) menjadi bagian dari dasar-dasar hukum Islam; dari 'hikmah di balik hukum' menjadi 'dasar bagi hukum'. Berdasarkan pondasi dan keumuman maqashid, al-Syathibi berpendapat bahwa 'sifat keumuman (*al-kulliyyah*) dari yang esensial (*dharûriyyât*), komplementer (*hajjiyyât*), dan optimasi (*tahsîniyyât*) tidak bisa dikalahkan oleh hukum parsial (*juziyyât*)<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup>Mohammad Hashim Kamali, *Membumikan Syariah*, terj. Miki Salman, (Bandung: Mizan, 2013) 175.

<sup>61</sup>Lihat, Abu Ishaq Ibrahim ibn Musa Ibn Muhammad Al-Lakhmi al-Syathibi, *al-Muwâfaqat*, Juz II, 44.

<sup>62</sup>Abu Ishaq Ibrahim ibn Musa Ibn Muhammad Al-Lakhmi al-Syathibi, *al-Muwâfaqat*, Juz II, 46.

<sup>63</sup>Abu Ishaq Ibrahim ibn Musa Ibn Muhammad Al-Lakhmi al-Syathibi, *al-Muwâfaqat*, Juz II, 32.

<sup>64</sup>Lihat, Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqasid Syariah*, terjemahan oleh Rosidin dan Ali Abd el-Munim, (Bandung: Mizan Pustaka, 2015), 55.

Dalam konteks pengalihan fungsi wakaf, teori mashlahah adalah titik tolak dari produktifitas aset wakaf. Dalam rangka merangkai kemaslahatan dan mencegah dari kerusakan, perubahan aset wakaf menjadi sesuatu yang patut dipertimbangkan (kalau tidak disebut kemestian). Sebagai contoh, konsep *Ibdâl* dan *Istibdâl* (tukar guling aset wakaf) sangat memungkinkan apabila aset wakaf yang dimaksud sudah tidak produktif lagi atau, bahkan, dikhawatirkan akan hilang dan mengakibatkan kerusakan<sup>65</sup>. Sesuai dengan teori maqashid terutama yang berupa pilar *hifdz al-dien* dan *hifdz al-mal*, perubahan aset wakaf hingga menjadi produktif adalah keharusan.

Di dalam ajaran wakaf dikenal adanya dua prinsip yang meringkai disyariatkannya wakaf itu; 1) prinsip keabadian (*ta'bid al-ashl*) dan, 2) prinsip kemanfaatan (*tasbîl al-manfaat*). Dua prinsip ini, sejatinya menjadi prinsip yang mendasari paradigma wakaf. Siapa saja yang hendak menuaikan wakaf, maka harta wakaf tersebut harus tetap utuh, terjaga, dan bermanfaat. Namun, pada praktiknya, pemahaman tentang prinsip keabadian harta benda wakaf telah bergeser ke prinsip kemanfaatan harta wakaf. Pergeseran pemahaman ini menjadi permasalahan yang menarik untuk dikaji mengingat kedua prinsip tersebut dianggap menjadi salah satu faktor yang memengaruhi fleksibilitas pengelolaan harta wakaf.

Dalam ikrar wakaf Pangeran Aria Soeria Atmadja yang merupakan latar penelitian penulis, tercantum dalam dokumen wakaf Pangeran Aria Suria Atmadja sebagai berikut: "*Itu tidak boleh diwariskan, tidak boleh digugat oleh siapa pun juga, tidak boleh dijual, tidak boleh dirobah-robah, tidak boleh ditukar-tukar dan diganti-ganti.*" Dengan demikian keutuhan dan kelengkapan wakaf yang berupa barang pusaka Kerajaan Sumedang Larang yang diwariskan secara turun temurun itu menjadi terjamin. Hal ini menunjukkan tentang keluasan dan kesadaran sang pangeran akan syariat wakaf yang harus dijaga keutuhan dan keberlangsungan asetnya itu. Ia menyadari bahwa seluruh aset wakaf pangeran Sumedang itu harus terjaga keabadiannya dan kebermanfaatannya demi kemaslahatan keturunannya kelak, dan masyarakat Sumedang pada umumnya.

---

<sup>65</sup>Pernyataan tentang adanya dua prinsip dalam pensyariaan wakaf dalam Thalhhah Hasan, *Istibdal Harta Benda Wakaf, Jurnal al-Awqaf*, Vol. II, No. 3 (Agustus 2009) , 3.

Sengketa wakaf pangeran Sumedang yang muncul kemudian, apabila dilihat dari sudut pandang paradigma objek adalah problem penafsiran teks wakaf dalam naskah ikrar wakaf Pangeran Aria Soeria Atmadja: 'Ijeu Soepaja Djadi Tanda Kakoeatan' yang bertarikh 22 September 1912. Merujuk pada teori sistem hukum, para pihak yang bersengketa sudah melakukan upaya-upaya hukum terstruktur dan substantif. Hanya saja, apabila dilihat dari sudut pandang budaya hukum, maka terdapat antinomi antara kultur wakaf, berikut penyelesaiannya dalam hukum Islam dan perundang-undangan wakaf yang berlaku di Indonesia. Permasalahan siapa yang berhak menjadi nazhir wakaf Pangeran Aria Soeria Atmadja adalah pangkal konflik dan persengketaan ini.

### 3. Apply Theori: Teori Penyelesaian Sengketa dan Teori Prioritas Baku/Teori Prioritas Kasuistik

Sebagai teori aplikatif (*apply theory*) dalam penulisan disertasi ini, di samping teori sistem hukum dan *maqashid al-syari'ah* sebagai teori menengah, penulis menggunakan teori penyelesaian sengketa (*dispute resolution theory*) dan teori prioritas baku dan prioritas kasuistik dalam putusan hukum.

Sengketa wakaf Pangeran Aria Soeria Atmadja telah berlangsung selama puluhan tahun semenjak adanya sengketa antar wargi yang, berdasarkan pengamatan penulis diawali atas pemahaman sepihak keturunannya antara ahli waris Pangeran Aria Soeria Atmadja dan nadzir wakafnya. Sepeninggal Pangeran Aria Soeria Atmadja, ahli waris beliau adalah Raden Kadir Soemawilaga. Selanjutnya, Kadir Soemawilaga bersama nazhir wakaf Pangeran Aria Soeria Atmadja, yaitu: Bupati Sumedang Adipati Koesoemadilaga yang dikenal sebagai Dalem Bintang (1919–1937) berusaha menjaga amanat wakaf itu sebaik mungkin. Kemudian pada tahun 1949, Raden Toemenggung Moehammad Singer yang pada saat itu menjabat sebagai Bupati Sumedang memasrahkan harta benda wakaf dengan disaksikan Ketua Pengadilan Negeri Sumedang kepada keturunan ahli waris wakif yang dalam hal ini, keturunan dari Rd. Kadir Soemawilaga.

Ketidaksanggupan Moehammad Singer dalam menjaga amanah wakaf Pangeran Aria Soeria Atmadja berujung pada konflik yang berkepanjangan; siapa sesungguhnya yang berhak menerima amanat wakaf sang Pangeran itu. Ahli waris

yang merupakan keturunan Raden Kadir Soemawilaga dipandang sebagai yang paling berhak untuk menjaga amanat wakaf Aria Soeria Atmadja. Sementara, sebagian yang lainnya memandang bahwa pejabat tertinggi (bupati) di Sumedanglah yang berhak sebagai penerima amanat wakaf sang pangeran. Siapa pun bupatinya yang terpilih, baik dari pihak keturunan pangeran Sumedang atau pun bukan keturunan sesuai dengan bunyi teks ikrar wakaf Pangeran Aria Soeria Atmadja.

Penyelesaian sengketa (*dispute resolution*) bisa diselenggarakan melalui dua mekanisme: litigasi dan non-litigasi. Litigasi adalah proses penyelesaian sengketa melalui pengadilan. Proses ini dilakukan dengan menyerahkan wewenang kepada hakim untuk mengatur dan memutuskan perkara yang disengketakan. Para pihak yang bersengketa saling berhadapan satu sama lain untuk mempertahankan hak-haknya di muka pengadilan. Proses penyelesaian sengketa melalui jalur litigasi ini biasanya memakan waktu lama dan biaya yang banyak serta cenderung menimbulkan masalah baru. Konsekuensi dari penyelesaian melalui proses litigasi ini adalah *win-lose solution* (solusi menang-kalah).

Berdasarkan Pasal 24 UUD 1945, penegakan hukum hanya bisa dilakukan melalui kekuasaan kehakiman (*judicial power*) yang, secara konstitusional, disebut sebagai lembaga yudikatif. Dengan demikian, hanya lembaga peradilan yang berwenang untuk memeriksa dan mengadili persengketaan di bawah kekuasaan kehakiman. Dipertegas melalui Pasal 2 UU No. 14 Tahun 1970 yang menyatakan bahwa wewenang dan fungsi pelaksana peradilan hanya badan-badan peradilan yang dibentuk melalui undang-undang. Di luar itu tidak dibenarkan karena tidak memenuhi syarat formal dan ofisial serta bertentangan dengan prinsip *under the authority of law*. Namun berdasarkan Pasal 1851, 1855, 1858 KUHP, Penjelasan Pasal 3 UU No. 14 Tahun 1970 serta UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, maka terbuka kemungkinan para pihak menyelesaikan sengketa dengan menggunakan lembaga selain pengadilan (non litigasi), seperti arbitrase atau perdamaian (islah)<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup>Lihat, Erie Hariyanto, Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah di Indonesia, *Jurnal Iqtihadia*: Vo.1, No. 1 (Juni 2014) 43.

Alternatif lain dalam proses penyelesaian sengketa bisa ditempuh dengan mekanisme non-litigasi. Penyelesaian sengketa melalui mekanisme non-litigasi ini dikenal sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) atau Alternatif Dispute Resolution (ADR). Alternatif penyelesaian sengketa (APS) adalah lembaga penyelesaian sengketa yang ditempuh melalui prosedur yang disepakati para pihak, dengan menggunakan penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.

Mekanisme alternatif penyelesaian sengketa sudah diatur di dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Di dalam pasal 1 ayat 10: yang dimaksud dengan alternatif penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.

Teori prioritas baku<sup>67</sup> dan teori prioritas kasuistik<sup>68</sup> atau proporsional sebagai teori terapan dalam penulisan disertasi ini digunakan untuk menganalisis putusan-putusan hakim dalam penyelesaian sengketa perwakafan. Dua teori ini diperkenalkan oleh Gustav Radbruch sebagai ajaran cita hukum (*idee des rechts*) yang menyebut adanya tiga unsur cita hukum yang harus ada secara proporsional, yaitu azas kepastian hukum (*rechtssicherheit*), keadilan (*gerechtigkeits*), dan kemanfaatan (*zweckmasigkeit*)<sup>69</sup>. Sebenarnya, ada pula yang mengaitkan teori prioritas baku dan prioritas kasuistik ini dengan teori penegakkan hukum<sup>70</sup>. Namun, penulis beranggapan bahwa teori sistem hukum yang digagas, salah satunya, oleh

---

<sup>67</sup>Teori ini merupakan teori hukum modern dari Barat menurut *Grand Western Theory* sebagai klarifikasi dari teori klasik yang dilihat dari tujuan hukum yang mencakup keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Lihat, Margono, *Asas Keadilan Kemanfaatan dan Kepastian Hukum Dalam Putusan Hakim*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2019) 28.

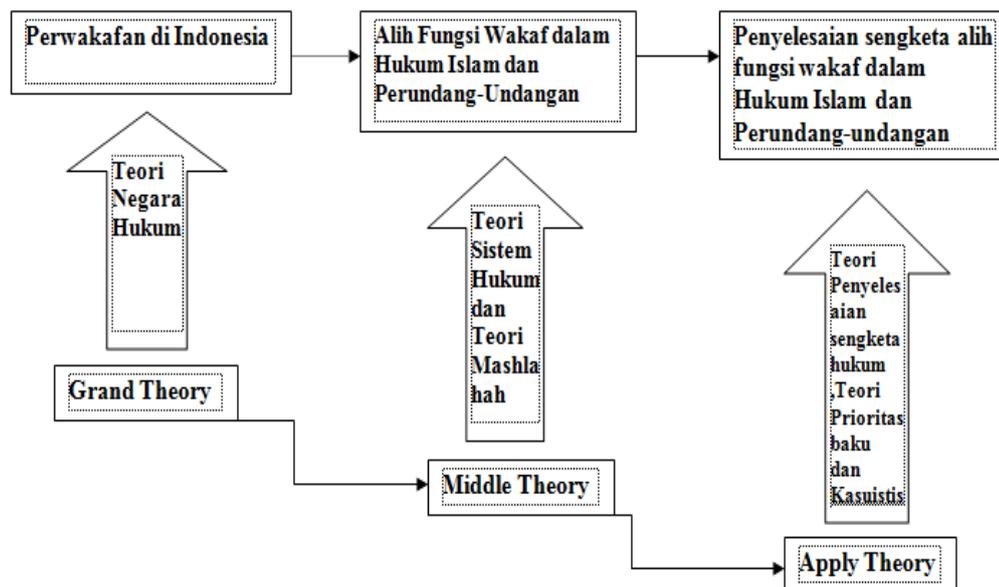
<sup>68</sup>Teori prioritas kasuistik dilihat dari tujuan hukum yang mencakup keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum dengan urutan prioritas secara proporsional sesuai dengan kasus yang ingin dihadapi dan dipecahkan. Lihat, Margono, *Asas Keadilan Kemanfaatan dan Kepastian Hukum Dalam Putusan Hakim*, 28.

<sup>69</sup>Tata Wijayanta, Asas Kepastian Hukum, Keadilan dan Kemanfaatan Dalam Kaitannya Dengan Putusan Kepailitan Pengadilan Niaga, *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 14, No. 2 (Mei 2014) 219.

<sup>70</sup>Lihat, Tata Wijayanta, Asas Kepastian Hukum, Keadilan dan Kemanfaatan Dalam Kaitannya Dengan Putusan Kepailitan Pengadilan Niaga, *Jurnal Dinamika Hukum*, 219.

Lawrence M. Friedman adalah sebagai salah satu teori dalam rangka penegakkan hukum. Dengan demikian, teori prioritas baku dan prioritas kasuistik merupakan teori terapan yang berdasarkan asas-asas tersebut yang nantinya akan digunakan hakim dalam pengambilan putusnya.

Skema kerangka pemikiran sebagai berikut:



Gambar 1.1: Skema Kerangka Pemikiran

## E. Kajian Pustaka

Topik yang membahas tentang wakaf dalam berbagai karya ilmiah telah banyak dibahas. Pada umumnya, topik pembahasan tersebut berkisar antara aspek legislasi dan pemberdayaan wakaf. Pada sub-bab kali ini, penulis mengulas beberapa karya ilmiah dalam bentuk disertasi yang membahas seputar wakaf. Tinjauan pustaka pada sub-bab ini dimaksudkan sebagai salah satu cara untuk menjaga orisinalitas ide dan menghindari dari plagiasi.

Nur Fadhilah dalam jurnal *de Jure*, Jurnal Syariah dan Hukum, dengan mengambil judul penelitian Sengketa Tanah Wakaf Dan Strategi Penyelesaiannya<sup>71</sup>, menyatakan bahwa masyarakat belum sepenuhnya

<sup>71</sup>Nur Fadhilah, Sengketa Tanah Wakaf Dan Strategi Penyelesaiannya, *de Jure*, Jurnal Syariah dan Hukum, Volume 3 Nomor 1, (Juni 2011)

memberikan perhatian terhadap peraturan-peraturan dalam pelaksanaan wakaf terutama bagi mereka yang melakukan atau memberikan wakaf. Sehingga berpotensi menimbulkan ketidakjelasan dari status wakaf itu sendiri baik secara yuridis maupun administratif. Kondisi ini juga bisa menyebabkan terjadinya kesalahan penggunaan wakaf dari aspek substansi hukum maupun tujuan dari wakaf itu sendiri. Nur Fadhillah, dalam tulisan ini mengkaji faktor-faktor pemicu serta strategi penyelesaian dari konflik perwakafan tersebut, apa yang menyebabkan konflik wakaf yang ditinjau berdasarkan teori resolusi konflik Ralf Dahrendorf serta strategi penyelesaiannya berdasarkan sudut pandang peraturan-peraturan perwakafan.

Penelitian Dewi Hendrawati dan Islamiyati tentang permasalahan wakaf di Wilayah pesisir pantai utara Jawa Tengah, misalnya; dimintanya kembali tanah wakaf oleh ahli waris wakif, tanah wakaf dikuasai secara turun temurun oleh nazhir yang penggunaannya menyimpang dari akad wakaf, adanya tanah wakaf yang diminta kembali oleh ahli waris wakif setelah wakif tersebut meninggal dunia. Selain itu, permasalahan juga terjadi pada nadzir yang tidak bertanggung jawab atas kewajibannya, seperti; harta benda wakaf tidak terpelihara sebagaimana mestinya, terlantar atau beralih ke tangan pihak ketiga dengan cara melawan hukum. Penelitian ini menunjukkan bahwa penyelesaian sengketa tanah wakaf, khususnya tanah wakaf yang tidak tersertifikasi di wilayah Pantura Jawa Tengah lebih banyak menggunakan jalur non litigasi, yakni musyawarah (23 %) mediasi (60,8 %). Jalur litigasi melalui Pengadilan Agama sebanyak 1,9 %, sedangkan metode penyelesaian melalui jalur arbitrase tidak ada, karena jalur arbitrase biasanya digunakan dalam penyelesaian kasus sengketa di bidang perdagangan<sup>72</sup>.

Uswatun Hasanah meneliti tentang peranan wakaf dalam mewujudkan kesejahteraan sosial (studi kasus pengelolaan wakaf di Jakarta Selatan)<sup>73</sup>. Penelitian yang telah dilakukannya membahas seputar fungsi pengelolaan wakaf sebagai

---

<sup>72</sup>Dewi Hendrawati dan Islamiyati, Penyelesaian Sengketa Tanah Wakaf Yang Tidak Tersertifikasi Di Wilayah Pesisir Utara Jawa Tengah, *Masalah - Masalah Hukum*, Jilid 47 No. 1, (Januari 2018), 71-72

<sup>73</sup>Uswatun Hasanah, *Peranan Wakaf Dalam Mewujudkan Kesejahteraan Sosial (Studi Kasus Pengelolaan Wakaf di Jakarta Selatan)*, Disertasi, (Jakarta: Sekolah Pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah, 1997)

sarana untuk mewujudkan kesejahteraan umat dan mencerdaskan kehidupan bangsa. Perbedaan kajian Uswatun Hasanah dengan penulis adalah dari aspek pengalihan fungsi wakaf dalam mewujudkan kesejahteraan sosial.

A.Saepudin dengan judul *Peraturan Perwakafan di Indonesia: Perubahan, Implikasi, Dan Prospeknya Dalam Pengembangan Pengelolaan Wakaf*<sup>74</sup>, memberikan penekanan pada potensi wakaf yang cukup besar namun masih dikelola secara tradisional dan konsumtif, sehingga tidak berdampak pada peningkatan kesejahteraan masyarakat. Teori yang digunakan adalah teori perubahan hukum Ibn Qayyim al-Jawziyyah, teori sistem Lawrence Meier Friedman, dan teori penegakkan hukum. Kesimpulan yang diambil dari teori ini adalah bahwa hukum wakaf senantiasa berubah, berkembang dan terbuka untuk dilakukan perubahan dikarenakan adanya illat hukum; aspek-aspek perubahan peraturan wakaf terjadi pada sepek perubahan hukum wakaf dan aspek manajemen/pengelolaan wakaf; implikasi perubahan peraturan wakaf secara kuantitas telah mengalami perubahan signifikan, sedangkan kualitas pengembangan pengelolaan wakaf belum berjalan signifikan; prospek perubahan peraturan wakaf dalam pengembangan pengelolaan wakaf dapat berkembang pesat apabila peran lembaga nazhir optimal, kesadaran masyarakat meningkat, dan wakaf dikelola secara produktif serta profesional.

Syibli Syarjaya dengan mengambil judul penelitian *Pemikiran Fiqih Wakaf Dalam Peraturan Perundang-Undangan Perwakafan di Indonesia dan Implikasinya terhadap Pencapaian Maqashid al-Syariah*<sup>75</sup>, memfokuskan penelitiannya pada fiqih wakaf melalui pendekatan hukum positif di Indonesia. Dalam perspektif Syibli Syarjaya, benda wakaf dalam hukum positif di Indonesia selalu mengalami dinamika pertumbuhan dan perkembangan yang dinamis dan berubah-ubah dari masa ke masa. Tujuan wakaf dari tinjauan syariat memiliki keterkaitan erat dan signifikan. Sementara itu, implikasi dan pengaruh perundang-undangan wakaf

---

<sup>74</sup>A.Saepudin, *Peraturan Perwakafan di Indonesia: Perubahan, Implikasi, dan Prospeknya Dalam Pengembangan Pengelolaan Wakaf*, Disertasi, (Bandung: Pascasarjana UIN Sunan Gunung Djati, 2015)

<sup>75</sup>Syibli Syarjaya, *Pemikiran Fiqh Wakaf dalam Peraturan Perundang-undangan Perwakafan di Indonesia dan Implikasinya terhadap Pencapaian Maqashid al-Syariah*, Disertasi, (Bandung: Pascasarjana UIN Sunan Gunung Djati, 2009)

belum berjalan secara signifikan. Demikian pula dengan perubahan benda wakaf, manajemen dan pengadministrasian wakaf di Indonesia yang mengalami kemajuan yang signifikan.

Ali Khosim dengan mengambil judul penelitian *Taqnin Fiqh Waqf dalam Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf dan Relevansinya dengan Konsep Nâzhir Profesional*<sup>76</sup> memfokuskan penelitiannya pada landasan filosofis, yuridis dan sosiologis taqnin fiqh waqf yang berkenaan dengan nâzhir dalam Undang-undang nomor 41 tahun 2004 tentang wakaf, proses taqnin fiqh waqf menjadi undang-undang, relevansi taqnin fiqh waqf dengan konsep nâzhir profesional serta menemukan konsep dan model nâzhir wakaf profesional dan prospeknya di Indonesia dengan grand theory adalah teori kredo, midle theory nya adalah *taqnîn al-ahkâm* dan sebagai *aplicative theory* adalah teori masalah ummah.

## F. Langkah-Langkah Penelitian

### 1. Metode Penelitian

Penelitian disertasi ini menggunakan metode penelitian hukum kepustakaan dengan pendekatan yuridis normatif (*doctrinal legal research* atau *normative legal research*), yaitu menggunakan norma hukum Islam yang telah dikodifikasi menjadi peraturan sebagai landasan normatif dalam memahami objek dan tujuan penelitian.<sup>77</sup> Penelitian hukum kepustakaan atau penelitian hukum normatif, dalam penulisan disertasi ini, mencakup: penelitian terhadap asas-asas hukum, penelitian terhadap sistematik hukum, penelitian terhadap tahap sinkronisasi vertikal dan horizontal, perbandingan hukum dan sejarah hukum<sup>78</sup>. Dalam penelitian disertasi ini dilakukan dengan mengkaji dan menganalisis sumber hukum materiil perwakafan yang berupa naskah-naskah perwakafan dan penyelesaian sengketa

<sup>76</sup>Ali Khosim, *Taqnin Fiqh Waqf dalam Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf dan Relevansinya dengan Konsep Nâzhir Profesional*, Disertasi, (Bandung: Pascasarjana UIN Sunan Gunung Djati, 2019)

<sup>77</sup>Salim HS Dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2013), 13.

<sup>78</sup>Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif*, (Jakarta: Rajawali Press, Cet. XVI, 2014) 14

wakaf menurut fatwa para ulama fikih dan Kompilasi Hukum Islam atau sumber-sumber hukum materiil lainnya yang berupa hasil penelitian ilmiah, tradisi keagamaan dan sebagainya. Selanjutnya, dikaji dan dianalisis pula sumber hukum formil atau hukum acara yang mengatur tentang penyelesaian sengketa pengalihan fungsi wakaf, termasuk di dalamnya adalah putusan-putusan pengadilan/hakim yang berupa undang-undang, yurisprudensi, doktrin dan kebiasaan yang berlaku di Indonesia.

Jenis penelitian yuridis normatif (*doctrinal legal research*) digunakan pula untuk menjelaskan berbagai peraturan wakaf yang dikaitkan dengan fakta di lapangan (*das sein*) dengan menganalisis tuntutan nilai-nilai yang ideal (*das sollen*) sebagaimana yang terdapat dalam literatur fikih klasik dan peraturan perundang-undangan. Pendekatan yuridis normatif ini bersifat preskriptif yang akan meneliti tentang nilai-nilai yang terkandung di dalam doktrin-doktrin hukum terutama yang berkaitan dengan doktrin-doktrin hukum peraturan wakaf dan penyelesaian sengketa wakaf yang menggambarkan sifat suatu keadaan yang berlaku pada saat penelitian dilakukan, atau dengan memeriksa sebab-sebab suatu gejala tertentu yang melatari perubahan peraturan wakaf. Pendekatan ini juga dilakukan untuk mengumpulkan data-data penelitian dengan menjawab sejumlah pertanyaan-pertanyaan penelitian yang diajukan.<sup>79</sup>

## 2. Pendekatan

Dua pendekatan penelitian yang penulis lakukan dalam penulisan disertasi ini adalah:

- 1) Pendekatan Perundang-undangan (*Statute Approach*)
- 2) Pendekatan Konseptual (*conceptual Approach*)

Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), menurut Peter Mahmud Marzuki<sup>80</sup>, merupakan penelitian hukum dalam level dogmatik hukum atau penelitian untuk keperluan praktik hukum. Sejalan dengan pendekatan ini,

---

<sup>79</sup>A. Saepudin, *Peraturan Perwakafan di Indonesia: Perubahan, Implikasi dan Prospeknya Dalam Pengembangan Pengelolaan Wakaf*, Disertasi (Bandung: Pascasarjana UIN Sunan Gunung Djati, 2015), 33.

<sup>80</sup>Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Prenada Media Group, Cet. VII, November 2011), 136.

maka penulis menguraikan bagaimana sistem hukum wakaf (substansi, struktur, dan budaya) yang meliputi hierarki dan azas-azas hukum yang berupa hukum materiil perwakafan dikodifikasi. Pendekatan perundang-undangan ini tidak hanya melihat kepada bentuk perundang-undangan, melainkan juga menelaah materi muatannya secara ontologis, filosofis dan *ratio legis* perundang-undangannya. Dalam membahas *ratio legis* perundang-undangan wakaf, maka diperlukan pula interpretasi atau penafsiran. Dalam hukum materiil atau formil wakaf dan penyelesaian sengketa wakaf, pendekatan perundang-undangan yang berlandaskan interpretasi menunjukkan alternatif penyelesaian sengketa walaupun bisa jadi akan menimbulkan konflik baru.

Pendekatan konseptual, menurut Peter Mahmud Marzuki, manakala peneliti tidak beranjak dari aturan hukum yang ada<sup>81</sup>. Hal ini dilakukan karena memang belum atau tidak ada aturan hukum untuk masalah yang dihadapi. Dalam membangun konsep, pertama-tama peneliti berangkat dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum, dalam hal ini adalah hukum wakaf dan penyelesaian sengketa perwakafan. Peneliti akan melakukan penelitian konseptual yang sudah diajukan dan dijadikan doktrin oleh para sarjana/ulama fiqih tentang wakaf dan segala problematikanya. Disamping berangkat dari doktrin-doktrin hukum, peneliti dengan pendekatan konseptual ini akan merujuk prinsip-prinsip hukum. Prinsip-prinsip hukum ini akan ditemukan dari dan/atau dalam konsep-konsep dan doktrin-doktrin para ahli hukum.

### 3. Bahan Hukum (*Legal Material*)

Dalam penulisan disertasi ini penulis menggunakan bahan hukum yang terdiri dari bahan hukum primer, sekunder dan tertier. Secara garis besar, bahan hukum primer ini merupakan bahan hukum yang bersifat otoritatif yang terdiri dari perundang-undangan, catatan-catatan resmi atau risalah dalam pembuatan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim<sup>82</sup>.

#### 1) Primer

##### a. Alquran dan Hadits

---

<sup>81</sup>Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, 177.

<sup>82</sup>Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, 180.

- b. Undang-Undang Dasar 1945, Bab I, Pasal 1, Bab X Pasal 28D, 28E
- c. HIR, RBG dan KUHPerdara
- d. Undang-Undang Republik Indonesia No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria
- e. Undang-Undang Republik Indonesia No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa
- f. Undang-Undang Republik Indonesia No. 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf
- g. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia No. 28 Tahun 1977 Tentang Perwakafan Tanah Milik
- h. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia No. 42 Tahun 2006 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang No. 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf
- i. Peraturan Menteri Agama No.1 Tahun 1978 Tentang Pelaksanaan Peraturan Pemerintah No 28 Tahun 1977 Tentang Perwakafan Tanah Milik.
- j. Peraturan Badan Wakaf Indonesia No. 4 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pengelolaan Dan Pengembangan Harta Benda Wakaf.

## 2) Sekunder

Bahan hukum sekunder merupakan bahan yang memberikan penjelasan atas bahan hukum primer. Dalam penulisan disertasi ini, bahan hukum sekunder berupa kitab-kitab, buku-buku, hasil seminar maupun jurnal yang membahas tentang hukum wakaf, pengalihan fungsi wakaf Pangeran Aria Soeria Atmadja, penyelesaian sengketa wakaf Pangeran Aria Soeria Atmadja, dan hukum-hukum peradilan/keputusan pengadilan tentang penyelesaian sengketa wakaf Pangeran Aria Soeria Atmadja.

## 3) Tertier

Bahan hukum tertier yang digunakan dalam penulisan disertasi ini sepenuhnya bersumber dari bahan-bahan kepustakaan yang mendukung bahan hukum primer dan sekunder, berupa kamus-kamus bahasa, umum, hukum dan ensiklopedia, dokumen, surat kabar, majalah, jurnal dan *web site* (internet) yang

memuat informasi yang diperlukan serta ada relevansinya dengan masalah penelitian yang sedang dilakukan. Data yang terkumpul akan diklasifikasikan berdasarkan jenisnya untuk persiapan analisis lebih lanjut.

#### 4. Metode Pengumpulan Informasi

Metode pengumpulan informasi yang dipakai penulis dalam penelitian ini adalah *Library Research*, yaitu penulis mengadakan penelitian kepustakaan dengan melakukan pengumpulan data melalui buku-buku serta sumber-sumber atau referensi yang berkaitan dengan penulisan penelitian ini. Pengumpulan data semacam ini sangat diperlukan guna mendapatkan bahan-bahan yang berkaitan dengan penulisan penelitian ini.

#### 5. Analisis

Metode analisis yang digunakan penulis untuk menarik kesimpulan dari hasil penelitian disertasi ini adalah sebagai berikut:

- a. Klasifikasi. Langkah ini dilakukan untuk mengelompokkan struktur hukum yang berupa hubungan hierarkis antara peraturan hukum yang berupa hukum material dan hukum formal.
  1. Konsep dan hukum material perwakafan dalam fiqih.
  2. Hukum formal mekanisme penyelesaian sengketa wakaf dalam Hukum Islam.
  3. Konsep dan hukum Material perwakafan dalam perundang-undangan.
  4. Hukum formal mekanisme penyelesaian sengketa wakaf dalam perundang-undangan.
- b. Interpretasi. Langkah ini dilakukan guna menganalisis peraturan hukum mengenai penyelesaian sengketa pengalihan fungsi wakaf dengan menggunakan teori Negara Hukum (*grand theory*), teori Sistem Hukum dan teori mashlahah (*middle theory*) dan teori penyelesaian sengketa dan teori prioritas baku dan kasuistik (*aplicative theory*).
- c. Konklusi. Langkah ini merupakan penilaian terhadap hasil penelitian untuk ditemukan kesimpulannya.