



INTERNATIONAL SEMINAR PROCEEDING

The Dynamics of Islamic Law in Southeast Asia



Faculty of Sharia The State Islamic University
Maulana Malik Ibrahim University of Malang



INTERNATIONAL SEMINAR PROCEEDING

The Dynamics of Islamic Law in Southeast Asia



Faculty of Sharia The State Islamic University of
Maulana Malik Ibrahim Malang

INTERNATIONAL SEMINAR PROCEEDING
The Dynamics of Islamic Law in Southeast Asia
© UIN-Maliki Press, 2013

All right reserved

No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, transmitted or utilized in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without permission in writing from the publishers.

Editor: Zaenul Mahmudi
Design Cover: Nia Rahayu

UMP 13032
ISBN 978-602-958-483-7

Published by:
UIN-MALIKI PRESS
Jalan Gajayana 50 Malang
East Java Indonesia 65144
Phone/Faximile +62 341 573225
E-mail: uinmalikipress@gmail.com
Website: <http://press.uin-malang.ac.id>

FOREWORD

Praise be to Allah who has given us pleasure, health and faith so the international seminar organized by the Faculty of Sharia Maulana Malik Ibrahim State Islamic University of Malang run properly and smoothly. Prayers and peace may remain be devoted to our holy Prophet Muhammad who has brought Islam as a religion of mercy and compassion among humans.

International seminar is an important activity of the Faculty of Sharia in order to improve the knowledge of both lectures and students in accordance with the scientific developments at international level. This seminar serves at institutional level to upgrade the Islamic law courses according to contemporary developments of Islamic law. In addition, the international seminar aims at establishing cooperation with foreign Islamic universities, particularly Universiti Kebangsaan Malaysia (UKM) to find mutual understanding in developing the Islamic values within Southeast Asia. This seminar also aims to meet the Maulana Malik Ibrahim State Islamic University of Malang development phases in gaining Regional Recognition and Reputation staged in 2011-2015.

We express great appreciation to the participants who submitted papers to be presented in international seminars entitled "The Dynamics of Islamic Law in Southeast Asia". The papers submitted were classified into two subthema; "The Dynamics of Islamic Family Law in Southeast Asia" and "The Dynamics of Islamic Economics Law in Southeast Asia".

We also extend many thanks to the committee and others who have been working hard to make the international seminar possible and running well. And last, we apologize to the participants about the services conducted in this seminar that cannot satisfy them yet and we are always open to constructive criticism to make the report and seminars to come better.

Malang, July 08, 2013

Committee

Term of Reference
INTERNATIONAL SEMINAR
July, 05th-07th 2013

"The Dynamicss of Islamic Law in Southeast Asia"

This international seminar is an attempt to develop a better and comprehensive understanding of the dynamic of Islamic law conceptually as well as practically in Southeast Asia. It aims to advance academic knowledge that the idea of Islamic law grows in a varied ways considering local culture and Muslims' understanding on their normative doctrines, and how Muslims in Southeast Asia bring the understanding of Islam down to, their countries in forms of law. This seminar is also significant in deliberating a new "school of thought" in a Southeast Asian-Arab region.

Participants in the seminar will explore works and notions of scholars who are expert in Islamic Law, especially in Islamic Family Law and Islamic Business Law from different perspectives. The seminar is organized by Sharia Faculty, State Islamic University Maulana Malik Ibrahim Malang, and Indonesia under cooperation with Universiti Kebangsaan Malaysia (UKM).

Scholars and those who are concern in the topic from a number of universities are invited to submit papers, which will be presented at the seminar and will later be considered for publication. The papers should address the primary papers discussing issues which do not address specifically the primary theme are still cordially welcome as long as the papers are on the issue of Islamic law.

SUGGESTED TOPICS

Specific topics or categories suggested for paper presentations include the following perspectives:

1. Islamic Family Law.
2. Islamic Business Law (Islamic Economic Law).

SUBMISSION DEADLINE

Abstracts/papers are due on June, 20nd 2013,

Abstracts accepted will be announced on June, 25th 2013

Full Papers are due on June, 30th 2013

ADMISSION FEE

Rp. 350.000 (\$40) for general participant, the fee can be paid to the committee directly at Sharia faculty office or in pre-Seminar session.

CONTACT PERSONS

1. Dr. Zaenul Mahmudi, M.A. (syariah@uin-malang.ac.id)
2. Jamilah, M.A. (hp. 081586183074/Email: zhenit79@yahoo.com)
3. Sharia Faculty: 0341-559399 fax. 0341-559399
4. Website: [http://www. syariah.uin-malang.ac.id](http://www.syariah.uin-malang.ac.id)
5. Email: syariah@uin-malang.ac.id

INTERNASIONAL SEMINAR SCHEDULE THE DYNAMICS OF ISLAMIC LAW IN SOUTHEAST ASIA

5TH - 7TH JULY 2013

Day/ Date	Time	Activity	Speaker	Moder- ator	Place
Friday 5 th July 2013	07.00- 08.00	Registration	OC		Rectorate Building 5 th floor
	08.00- 09.00	Opening Ceremony : 1. Holy Qur'an Recitation 2. Dean of Sharia Faculty UIN Maliki Malang Speech 3. Dean of Fakulti Pengajian Islam Universiti Kebangsaan Malaysia (UKM) Speech 4. LOI Approval 5. Rector of UIN Maliki Malang speech and opening of the seminar 6. Invocation	- A.Izzuddin, M.HI. - Mahbub A. Rafiq - Dr. H. Roibin, M.HI. - Prof. Dr. Nasran Mohd. - Prof. Dr. H. Mudjia Rahardjo, M.Si. - Dr.H.Badruddin, M.HI.		
	09.00- 11.00	Plenary Hall : "The Dynamics of Islamic Law in Southeast Asia"	- Prof. Dr. Nasran Mohd - Prof. Dr. Abdul Basir Mohd - Dr. H. Saifullah, SH., M.Hum.	Jamilah, MA.	
	11.00- 13.00	BREAK	OC & SC		

	13.00-16.00	Milad HISSI (Association of Sharia Bachelors of Indonesia): "The Sharia Notary: Ideas and Challenges"	- Drs. H. Purwosusilo, SH., M.H. (Dirjen Badilag) - Prof. Dr.KH. Amin Suma, SH., MM. M.A. (Ketua HISSI) - H. Saefuddin Arief, SH., M.H (Ikatan Notaris Indonesia (INI))	H. JM. Mus-limin, Ph.D.	
	16.00-18.30	COFFEE BREAK	OC & SC		
	18.30-21.00	National Conference of HISSI (Association of Sharia Bachelors of Indonesia): 1. The Evaluation of Program 2. Designing Organization Program 3. Recommendations 4. The strengthening of HISSI Networking	Dr. H. Isyroqunnajah, M.Ag.		Pelangi I Hotel
Saturday, July 6 th 2013	08.30-12.00	Plenary Hall : "The Dynamics of Islamic Business Law in Southeast Asia"	- Prof. Abd. Ghofar Ismail - Dr. Suwandi, M.H. - Prof. Dr. M. Mahfudz MD.	Dr. M. Nur Yasin, M.Ag.	Rectorate Building 5 th floor
	12.00-13.00	COFFEE BREAK	OC & SC		
	13.00-16.00	Call for Papers	Jamilah, MA.		
	16.00-16.30	Closing Ceremony	Dr. Zaenul Mahmudi, MA.		
	16.30-18.30	BREAK	OC & SC		
	19.00-21.00	Forum of Sharia Faculty Dean	Dr. H. Roibin, M.H.		Pelangi I Hotel
Sunday, July 7 th 2013	08.00-15.00	City Tour	Musleh Harry, SH., M.Hum.		

TABLE OF CONTENTS

Cover	1
Foreword	III
Term of Reference (TOR)	IV
International Seminar Schedule	VI
 PENENTUAN AGAMA KANAK-KANAK HASIL PERTUKARAN AGAMA IBU BAPA DI MALAYSIA Oleh Prof. Dr. Mohd Nasran Mohamad and Dr. Zuliza Mohd Kusrin	1
 TRANSFORMASI PENGURUSAN KUTIPAN ZAKAT DI MALAYSIA Oleh Prof. Madya Dr. Shofian bin Ahmad and Ahmad Shahir bin Makhtar	17
 PARADIGMA ALTERNATIF PEMBENTUKAN TEORI HUKUM ISLAM DI INDONESIA (Perpaduan Sejarah dan Budaya dalam Positivisasi Hukum Islam) Oleh Dr. H. Saifullah, S.H., M.Hum	43
 KEKUATAN HUKUM FATWA DALAM KONTEK EKONOMI SYARIAH Oleh Dr. Suwandi, M.H.	51
 ISLAMIC FORMALISM VERSUS FIQH AS A TOOL FOR SOCIAL ENGINEERING Oleh JM. Muslimin	73
 SISTEM KEWARISAN ISLAM; PERSPEKTIF GENDER Oleh Dr. Zaenul Mahmudi, M.A	83
 KEBEbasAN BERAGAMA DI INDONESIA: Perspektif Islam, Hukum dan HAM Oleh Dr. Hj. Umi Sumbulah, M.Ag.	103
 SIMBIOTIK KOMENSIALISTIK-PARASITISTIK ANTARA KESADARAN HUKUM DAN PERCERAIAN Oleh Dr. H. Isroqunnajah, M.Ag.	125

VIII » INTERNATIONAL SEMINAR PROCEEDING

ISLAMIC LAW WITHIN THE FRAME OF INDONESIAN CONSTITUTION Oleh Burhanuddin S, S.H.I., M.Hum. -----	161
الفتاوى في القرآن الكريم Oleh Ali Hamdan, M.A., Ph.D -----	173
DINAMIKA HUKUM EKONOMI SYARIAH DI INDONESIA (Kedudukan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah dalam Sistem Hukum Nasional) Oleh Dr. H. Abbas Arfan, Lc., M.H. -----	189
REFORMULASI FATWA SEBAGAI BAHAN PERTIMBANGAN MATERI HUKUM POSITIF DI INDONESIA Oleh Ahmad Izzuddin, M.H.I. -----	209
POTRET EKONOMI SYARIAH DI INDONESIA: PELUANG DAN TANTANGAN Oleh H. Alamul Huda, M.A. -----	219
PEMERINTAH DALAM POLEMIK PERBEDAAN PENETAPAN AWAL BULAN QAMARIYAH Oleh Ahmad Wahidi, M.H.I. -----	235
WAKAF TUNAI KEBANGSAAN INDONESIA & MALAYSIA; ASPEK SYARIAH, KUTIPAN DAN PENGAGIHAN Oleh Muhammad Hasbi Zaenal and Ahmad Khoshi Bahrowi -----	251
PESANTREN DAN HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL Upaya Perlindungan Hukum HAKI dalam Pandangan Kyai Pesantren di Semarang) Oleh Iman Fadhilah, S.H.I., M.Si-----	265
FATWA MAJLIS ULAMA INDONESIA DAN MALAYSIA TERHADAP JARINGAN ISLAM LIBERAL (Studi Tinjauan al-Qur'an dan Hadits) Oleh Dr. Amran, M.A. -----	283

KEKUATAN HUKUM FATWA DALAM KONTEK EKONOMI SYARIAH

Oleh:

Dr. Suwandi, M.H.

A. Peranan Majelis Ulama' Dalam Bidang Perekonomian

Segala sesuatu itu diciptakan atau diwujudkan karena fungsi dan peranannya. Manusia diciptakan karena fungsinya sebagai khalifah di bumi. Hukum diciptakan karena peran dan fungsinya untuk menciptakan keteraturan, ketertiban, dan keadilan serta kepastian hukum. Lebih dari itu hukum diciptakan sebagai instrumen atau alat untuk merekayasa sosial (*law as a tool of social engineering*) dalam rangka mencapai kesejahteraan yang diharapkan, di samping hukum juga difungsikan sebagai kontrol sosial (*social control*). Apabila fungsi dan peranan sesuatu itu sudah tidak lagi ada, maka keberadaannya tidak lagi diperhitungkan, ada dan tiadanya dianggap sama saja.

Majelis Ulama' Indonesia sebagai lembaga keagamaan memiliki fungsi dan peranan penting serta strategis dalam kehidupan keberagamaan masyarakat, baik dalam bidang sosial, politik, hukum, maupun perekonomian. Berkaitan dengan fungsinya memberikan fatwa tentang perekonomian, Majelis Ulama' Indonesia membentuk sebuah komisi atau dewan yang diberi nama Dewan Syari'ah Nasional-Majelis Ulama' Indonesia yang disingkat dengan DSN-MUI. Sehingga dengan demikian fungsi utama Majelis Ulama' Indonesia berdasarkan Pedoman Dasar DSN-MUI¹ adalah untuk memberikan fatwa keagamaan kepada masyarakat terkait dengan problematika kehidupan yang berkaitan dengan persoalan muamalah khususnya masalah perekonomian. Munculnya persoalan-persoalan baru dalam bidang muamalah atau perekonomian seperti obligasi, pasar modal, *waralaba*, perbankan

¹ Lebih spesifik peranan DSN MUI berdasarkan konsideran Keputusan Dewan Syariah Nasional M - jelis Ulama Indonesia No 01:Tahun 2000 Tentang Pedoman Dasar Dewan Syariah Nasional - Majelis Ulama Indonesia adalah sebagai berikut:

- a. bahwa Dewan Syari'ah Nasional, disingkat dengan nama DSN, dibentuk oleh Majelis Ulama Indonesia dengan tugas mengawasi dan mengarahkan lembaga-lembaga keuangan syari'ah untuk mendorong penerapan nilai-nilai ajaran Islam dalam kegiatan perekonomian dan keuangan.
- b. bahwa DSN diharapkan dapat berperan secara proaktif dalam menanggapi perkembangan masyarakat Indonesia yang dinamis dalam bidang ekonomi dan keuangan.
- c. bahwa untuk lebih mengefektifkan pelaksanaan tugas dan fungsi DSN, perlu ditetapkan Pedoman Dasar Dewan Syari'ah Nasional.

syari'ah dan sebagainya merupakan tanggung jawab Dewan Syari'ah Nasional-Majelis Ulama' Indonesia untuk memberikan fatwa agar masyarakat tidak keliru atau salah melangkah. Tanpa adanya fungsi fatwa keagamaan, keberadaan Majelis Ulama' Indonesia tentu tidak berarti apa-apa. Oleh karena itu fatwa merupakan sesuatu yang sangat penting bagi eksistensi Majelis Ulama' Indonesia.

Sebelum mebicarakan panjang lebar tentang fatwa, terlebih dahulu harus dipahami apa sesungguhnya yang disebut fatwa itu. Mengapa fatwa itu diperlukan, serta untuk apa fatwa itu dilakukan. Secara etimologis kata fatwa berasal dari bahasa Arab *al-fatwa*. Menurut Ibnu Manzhur sebagaimana dikutip oleh Ma'ruf Amin², kata fatwa ini merupakan bentuk *masdar* (kata kerja abstrak³) dari *fatâ-yaftû-fatwan*, yang berarti muda, baru, penjelasan, penerangan. Sedangkan menurut arti syari'at fatwa diartikan sebagai suatu penjelasan hukum syari'at dalam menjawab suatu perkara yang diajukan oleh seseorang yang bertanya, baik penjelasan itu jelas atau ragu-ragu, dan penjelasan itu mengarah pada dua kepentingan, yakni kepentingan pribadi atau kepentingan masyarakat banyak⁴. Berdasarkan definisi di atas, ada dua hal⁵ yang penting untuk dicatat, yaitu:

1. Fatwa itu bersifat responsif. Ia merupakan jawaban hukum (*legal opinion*) yang dikeluarkan setelah adanya suatu pertanyaan atau permintaan fatwa (*based on demand*). Pada umumnya fatwa dikeluarkan sebagai jawaban atas pertanyaan tentang peristiwa atau kasus yang terjadi.
2. Ditinjau dari segi kekuatan hukumnya fatwa tidak bersifat mengikat secara universal. Artinya masyarakat secara umum tidak wajib mengikuti subtansi fatwa yang telah dikeluarkan oleh lembaga fatwa. Fatwa dalam hal ini hanya dianggap sebagai sumber informasi tentang hukum sebuah peristiwa.

Sebuah pertanyaan yang dilontarkan kepada lembaga fatwa, biasanya terkait dengan suatu peristiwa hukum, di mana hukum suatu peristiwa tersebut tidak secara langsung disebutkan dan dapat dicerna dengan mudah di dalam al-Qur'an maupun al-Hadits. Islam adalah agama samawi yang ajarannya bersifat universal. Keuniversalan ajaran agama Islam tersebut tidak terbatas oleh ruang dan waktu. Ajaran Is-

2 Ma'ruf Amin, *Fatwa Dalam Sistem Hukum Islam*, (Jakarta, Elsas, 2008), hal.19

3 Masdar atau kata kerja abstrak dalam ilmu *sharaf* atau semantik digolongkan sebagai kata benda, bahkan merupakan sumber dari seluruh kata yang merupakan cabang darinya serta memiliki konstruksi huruf yang sama.

4 Rohadi Abdul Fatah, *Analisis Fatwa Keagamaan Dalam Fikih Islam*, (Jakarta, Bumi Aksar, 2006), hal. 7.

5 Disarikan dari Ma'ruf Amin *Op. Cit.* hal. 20-21.

Islam tidak hanya diperuntukkan bagi orang Islam saja, akan tetapi juga berlaku untuk seluruh umat manusia, kapan dan di manapun mereka berada, sebagaimana disebutkan dalam QS. as-Saba' ayat 28:

وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ (٨٢)

Begini pula disebutkan dalam QS. Al-Anbiya' (21): 107:

وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ (٧٠)

Sifat keuniversalan ajaran Islam tersebut membawa konsekwensi logis tatkala al-Qur'an dan al-Hadits sebagai sumber hukum dinyatakan sebagai agama yang sempurna .Secara yuridis normatif ,al-Qur'an surat al-Nahl ayat 89 telah menjelaskan:

وَيَوْمَ نَبْعَثُ فِي كُلِّ أُمَّةٍ شَهِيدًا عَلَيْهِمْ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَجِئْنَا بِكَ شَهِيدًا عَلَى هُؤُلَاءِ
وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ (٩٨)

Al-Qur'an dan al-Hadits sebagai sumber hukum secara kuantitatif tidak mungkin bertambah ,akan tetapi betapapun keduanya secara tekstual sudah terbatas apa adanya ,tetap saja dituntut mampu menjawab segala persoalan kehidupan hingga masa mendatang .Tatkala permasalahan hidup semakin kompleks ,maka realitas kehidupan menjadi berubah .Di sinilah dapat dilihat bahwa Islam sejak awal didesain oleh Allah SWT .sebagai agama pamungkas yang diturunkan di muka bumi ini .Ajaran-ajarannya tetap relevan sepanjang zaman dalam menjawab setiap permasalahan yang ada walaupun teks keagamaan secara kuantitatif tidak bertambah⁶. Teks normatif yang secara kuantitatif tidak bertambah tersebut akan mengalami banyak kesulitan dalam merespon keseluruhan realitas yang memang selalu mengalami perubahan. Pemilihan kandungan al-Qur'an dalam konteks ini sangat penting untuk diperhatikan. Secara garis besar kandungan hukum yang tertera di dalam al-Qur'an dan al-Hadits dapat dibedakan menjadi dua hal, yaitu yang berkaitan dengan masalah ibadah dan yang berkaitan dengan masalah muamalah. Permasalahan ibadah pada umumnya telah dijelaskan secara rinci, sedangkan masalah muamalah, al-Qur'an dan al-Hadits hanya menjelaskannya secara global. Tujuannya antara lain agar hukum di bidang muamalah (ekonomi) da-

⁶ Ma'ruf Amin ,Op. Cit. hal. 4

pat dikembangkan sesuai dengan kebutuhan hidup. Itulah sebabnya norma hukum dalam al-Qur'an atau al-Hadits dalam bidang mamalah tidak banyak diberikan rincian yang detail serta aplikatif sebagaimana halnya bidang ibadah.

Perkembangan hukum di bidang perekonomian tentu seiring dengan perkembangan perekonomian itu sendiri, hingga menuntut banyak pihak untuk berfikir serius dan berijtihad agar dapat mengarahkan sekaligus mengontrol perjalanan perekonomian tetap sejalan secara konsisten sebagaimana diamanatkan al-Qur'an dan al-Hadits sebagai sumber hukum utamanya. Kondisi obyektif masyarakat yang kebanyakan adalah orang awam, dirasa tidak mungkin melakukan hal tersebut. Alternatif solusi yang mungkin dapat mengatasi hal tersebut adalah melalui ijtihad para pakar hukum (ulama') untuk kemudian disampaikan (difatwakan) kepada masyarakat luas tentang permasalahan-permasalahan yang muncul. Solusi ini sekalipun mungkin, akan tetapi masih mengandung banyak kelemahan. Kelemahan tersebut antara lain adalah:

1. Berbedanya isi fatwa dalam sebuah permasalahan karena perbedaan metode pengambilan hukum (*istinbath*) yang digunakan oleh masing-masing pakar hukum.
2. Perbedaan isi fatwa dalam suatu produk hukum akan membawa konsekwensi tersendiri dalam penerapannya.

Menelisik persoalan tersebut di atas, maka jalan yang paling dianggap dapat memberikan solusi adalah berkumpulnya para ulama' (pakar hukum) dalam hal memikirkan persoalan hukum tertentu yang secara tekstual nampak belum terkaver di dalam al-Qur'an maupun al-Hadits. Secara harfiyah kumpulnya ulama' dalam fatwa hukum dapat disebut majelis ulama'. Setiap komunitas yang terdiri dari sekumpulan ulama' yang bertugas untuk memikirkan sebuah permasalahan, maka sah untuk dikatakan sebagai majelis ulama'. Akan tetapi dalam konteks negara, sekalipun demikian, belum dapat disebut sebagai majelis ulama'. Majelis ulama' dalam konteks negara ini adalah sekumpulan atau organisasi ulama' yang berdirinya difasilitasi oleh negara dan sekaligus mendapatkan pengesahan atau legitimasi oleh pemerintah. Berdasarkan pengertian ini maka sebutan majelis ulama' bukan semata-mata kumpulan para pakar hukum Islam (ulama'). Majelis ulama' dalam konteks negara ini adalah sebuah organisasi ulama' yang secara mekanis pembentukannya difasilitasi serta dilegitimasi oleh pemerintah yang selanjutnya dinamakan Majelis Ulama' Indonesia (MUI).

Dari pemaparan di atas dapat disimpulkan bahwa Majelis Ulama' Indonesia adalah sebuah organisasi legal yang berperan memberikan fatwa keagamaan kepada masyarakat terkait dengan segala persoalan yang muncul yang tidak terkaver secara tekstual, baik di dalam al-Qur'an maupun al-Hadits. Fatwa sebagai salah satu pranata dalam pengambilan keputusan hukum Islam, memiliki kekuatan yang dinamis dan kreatif⁷. Fatwa dalam konteks ini memiliki karakteristik dinamis dan tidak tetap, sesuai dengan perubahan zaman, tempat, keadaan, dan konteksnya, sehingga hukum tentang sesuatu yang sama (dalam timbangan fatwa), boleh jadi berbeda karena variabel yang melingkupinya. Hal ini selaras dengan kaedah fikih yang menyatakan تغير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة .

Kolaborasi pemikiran ulama' dengan metode tertentu yang tergabung dalam wadah Majelis Ulama' Indonesia ini diharapkan dapat memberikan solusi terhadap pertanyaan yang diajukan dan juga sebagai alat dalam merespon perkembangan hukum yang bersifat kekinian atau kontemporer. Dengan demikian keberadaan Majelis Ulama' Indonesia memiliki kedudukan yang strategis dan penting, baik bagi negara maupun masyarakat, dalam ikut serta menciptakan stabilitas di segala bidang seperti, sosial, keagamaan, politik, hukum, ekonomi dan sebagainya.

B. Fatwa DSN-MUI dalam Konteks Perundang-undangan.

Pembicaraan tentang perekonomian syari'ah di Indonesia, tentu tidak dapat dipisahkan dari konstalasi pemberlakuan aturan perundang-undangan Indonesia. Pada dasarnya pembuatan suatu undang-undang itu merupakan domain kewenangan eksklusif para wakil rakyat yang berdaulat untuk menentukan sesuatu peraturan yang mengikat dan membatasi kebebasan setiap individu warga negara (*presumption of liberty of the sovereign people*).⁸ Layaknya sebuah undang-undang, hanya mengatur garis besar yang diperlukan saja, sedangkan rincian operasionalnya diatur oleh pemerintah sebagai lembaga eksekutif yang dianggap lebih mengetahui rincian persoalan yang diperlukan. Semisal Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syari'ah, Bank Indonesia (BI) selaku lembaga eksekutif yang memiliki kewenangan mengatur atau memberikan rincian undang-undang tersebut, mendeklasikan kepada DSN-MUI untuk merumuskan rin-

7 Ma'ruf Amin ,*Op. Cit.* hal. 9

8 Jimly Asshiddiqie, *Sengketa Kewenangan Antar Lembaga Negara*, Jakarta, Konstitusi Press, 2005, hal. 11

cian peraturan dalam bentuk fatwa tentang perbankan syari'ah agar dapat dioperasionalkan sebagaimana mestinya. Hal ini dilakukan oleh BI, dikarenakan secara keilmuan BI tidak memiliki kompetensi tentang kesyari'ahan. Berdasarkan pendeklasian inilah DSN-MUI melaksanakan pembuatan peraturan hukum perbankan syari'ah yang kemudian dirumuskan dalam bentuk fatwa. Pendeklasian oleh BI kepada DSN-MUI tersebut didasarkan pada Peraturan Bank Indonesia Nomor: 6/24/PBI/2004 tentang Bank Umum Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syari'ah pasal 1 angka 9 menyebutkan:

"Dewan Syari'ah Nasional adalah dewan yang dibentuk oleh Majelis Ulama' Indonesia yang bertugas dan memiliki kewenangan untuk menetapkan fatwa tentang produk dan jasa dalam kegiatan usaha Bank yang melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syari'ah".

Pernyataan ini menunjukkan bahwa segala kegiatan oleh bank syari'ah harus berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh DSN-MUI, bukan yang lainnya (seperti hasil ijtihad ulama' semisal Keputusan Bahlul Masail Nahdhatul Ulama', Keputusan Majelis Tarjih Muhammadiyyah, dan sebagainya). Klausul peraturan tersebut juga dapat dimaknai sebagai sebuah perintah (dari Bank Indonesia sebagai bank sentral) yang harus dilaksanakan oleh bank syari'ah perihal melaksanakan fatwa hukum perbankan syari'ah yang dikeluarkan oleh Dewan Syari'ah Nasional Majelis Ulama' Indonesia (DSN-MUI). Di sini berarti ada dua variabel atau dua unsur yang tidak boleh dilupakan. Kedua unsur tersebut adalah:

1. Penetapan atau penunjukkan DSN-MUI sebagai lembaga yang harus diikuti fatwanya.
2. Perintah melaksanakan fatwa yang dikeluarkan DSN-MUI tentang hukum perbankan syari'ah.

Kajian hukum Islam dalam kaitannya dengan sebuah perintah, selalu dikaitkan dengan segala sesuatu yang menjadi sebab terwujudnya atau terlaksananya perintah tersebut. Segala sesuatu yang menjadi sebab terlaksananya perintah tersebut, dinamakan *wasilah* (perantara/sarana). Berarti di sini dapat dikatakan bahwa yang dimaksud dengan dua variabel/unsur tersebut adalah adanya unsur *perintah* dan adanya *wasilah*. Kedua variabel tersebut memiliki posisi tawar/kekuatan yang sama. Artinya perintah tidak dapat dilaksanakan tanpa wasilah/perantara, dan sebaliknya wasilahpun tidak akan berarti apa-apa tanpa adanya perintah. "لِلْوَسَائِلِ حُكْمُ الْمَقاصِدِ" pada wasilah terdapat hukum perintah. Perintah mengikuti fatwa Dewan Syari'ah Nasional Majelis Ulama' In-

⁹ Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 122 DPBS.

donesia (DSN-MUI), berarti memerintahkan adanya DSN-MUI. Secara ringkas dapat disimpulkan bahwa perintah Bank Indonesia (BI) tersebut tidak dapat dilaksanakan tanpa adanya fatwa perbankan syari'ah oleh DSN-MUI, dan fatwa DSN-MUI juga tidak ada gunanya tanpa adanya unsur perintah dari BI. Di sinilah sesungguhnya letak kekuatan hukum fatwa yang seharusnya dipatuhi oleh subyek hukum yang bersangkutan yang dengan kata lain memiliki daya keberlakuan.

Permasalahan yang muncul kemudian adalah sejauh mana fatwa tersebut memiliki daya ikat sehingga fatwa tentang prinsip syari'ah memiliki daya keberlakuan secara optimal dan legitimet. Untuk menjawab permasalahan ini digunakan dua pendekatan, yaitu pendekatan teoritis berdasarkan teori daya ikat peraturan dan pendekatan melalui tinjauan tata urutan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

C. Fatwa Ditinjau dari Sudut-pandang Teori Daya Ikat Peraturan

Lahirnya sebuah fatwa sesungguhnya diakibatkan oleh adanya pertanyaan tentang ketidakjelasan masalah sosial atau hukum dalam pandangan individu atau masyarakat. Ketidakjelasan hukum sesuatu menurut pandangan individu atau masyarakat tersebut ditanyakan kepada orang yang memiliki kompetensi atau pakar yang disebut orang pandai ('alim). Kumpulan orang-orang pandai ('alim) atau pakar hukum tersebut dinamakan ulama'. Kumpulan ulama' dalam konteks Indonesia yang mendapat pengakuan atau legitimasi oleh negara adalah Majelis Ulama' Indonesia.

Individu dan masyarakat mempercayakan sepenuhnya masalah keagamaan yang mereka anggap kurang/tidak jelas kepada Majelis Ulama' Indonesia. Hubungan antara individu atau masyarakat dengan Majelis Ulama Indonesia dengan demikian adalah hubungan tentang permasalahan hukum yang keberadannya dianggap kurang atau tidak jelas menurut pandangan individu atau masyarakat tersebut. Majelis Ulama' Indonesia dituntut untuk menjawab segala pertanyaan yang dilontarkan kepadanya. Berarti di sini, Majelis Ulama' Indonesia adalah sebuah organisasi yang mendapatkan kepercayaan oleh masyarakat untuk menjawab segala permasalahan, baik permasalahan sosial maupun hukum agama, sekaligus merumuskannya sebagai pedoman atau peraturan dalam menentukan perilaku kehidupan masyarakat itu sendiri. Baik dan buruknya atau benar dan salahnya perilaku masyarakat tergantung rumusan hukum yang diluarkan oleh

Indonesia. Majelis Ulama' Indonesia merupakan lembaga yang mengusung segala keinginan masyarakat terkait dengan itu, sehingga suara Majelis Ulama' Indonesia pada akhirnya merupakan suara rakyat (umat Islam Indonesia). Nasalah syari'ah yang dianggap kurang jelas oleh MUI merupakan kewajiban Majelis Ulama' Indonesia untuk mengalihbasiskannya dalam bentuk peraturan atau Hanya saja berdasarkan Keputusan Dewan Nasional Indonesia No. 01 Tahun 2000, tentang Pedoman Dasar Nasional Majelis Ulama' Indonesia pada konsideran bahwa Dewan Syari'ah Nasional, disingkat dengan nama oleh Majelis Ulama Indonesia dengan tugas mengawasi dan lembaga-lembaga keuangan syari'ah untuk mendorong nilai-nilai ajaran Islam dalam kegiatan perekonomian. Berdasarkan konsideran tersebut, fatwa-fatwa Majelis Ulama yang berkenaan dengan ekonomi syari'ah, adalah tugas kerja Dewan Syari'ah Nasional Majelis Ulama' (MUI), bukan Majelis Ulama' lainnya di Indonesia secara resmi.

Asas hukum dalam pandangan masyarakat sering kali ada perbedaan pandangan antara fikih di satu pihak, ulama' kontemporer di pihak lain, bahkan juga pendapat fikih dan ulama' fikih serta ulama' kontemporer dengan temporer itu sendiri. Bertitik tolak dari sinilah, maka bagi organisasi keagamaan berkewajiban menjelaskan itu dan selanjutnya merumuskannya dalam bentuk peraturan hukum. Selanjutnya fatwa hukum yang dikeluarkan MUI tersebut dianggap sebagai rumusan peraturan

dan norma hukum. Sepanjang ia merupakan norma selain norma hukum, menurut teori daya ikat peraturan, mempunyai daya ikat yang bersifat *volunteer* yaitu berasal dari kesadaran dari dalam diri setiap pendukung kaidah itu sendiri¹⁰. Berbeda dengan norma hukum. Norma hukum justru memiliki daya ikat yang kuat bagi setiap warga negara. Kekuatan daya ikat norma hukum itu dikarenakan sifat yuridis dan normatifnya sebagai hukum negara.

Secara spesifik fatwa-fatwa DSN-MUI difokuskan kepada permasalahan-permasalahan yang berkaitan dengan hukum perekonomian atau keuangan. Berdasarkan penejelasan tersebut segala permasalahan hukum yang berkaitan dengan perbankan syari'ah berarti menjadi kewenangan DSN-MUI. Sejauh DSN-MUI memiliki kewenangan, akan tetapi kewenangan tersebut hanyalah dalam perspektif keagamaan yang berarti norma peraturan hukum tentang agama. Kronologis kewenangan DSN-MUI sebagaimana telah dijabarkan di atas adalah karena merespon pertanyaan-pertanyaan dari masyarakat yang jawabannya dirumuskan dalam bentuk fatwa atau peraturan hukum tentang ekonomi syari'ah. Hubungan DSN-MUI dengan masyarakat dengan demikian adalah hubungan tentang masalah hukum agama tentang ekonomi syari'ah. Suara atau keputusan hukum oleh DSN-MUI pada hakikatnya merupakan bagian dari suara hati masyarakat, sehingga dapat dikatakan bahwa keputusan DSN-MUI adalah keputusan masyarakat juga. Suara atau keputusan tersebut dirumuskan dalam bentuk fatwa atau peraturan hukum agama tentang ekonomi syari'ah oleh DSN-MUI. Sekalipun fatwa DSN-MUI merupakan keputusan hukum, tetapi keputusan hukum itu tetap dalam konteks internal agama itu sendiri, karena keputusan hukum tersebut belum melibatkan negara sebagai yang berkuasa atau yang berdaulat. Berdasarkan teori daya ikat peraturan sebagaimana disebutkan di atas, maka fatwa DSN-MUI hanya memiliki daya ikat yang bersumber dari kesadaran pribadi dari dalam diri setiap pendukungnya saja. Di luar pendukungnya fatwa tersebut tidak memiliki daya ikat sehingga tidak memiliki daya keberlakuan secara universal.

Fatwa DSN-MUI sebagai suara hati masyarakat apabila dikaitkan dengan teori Durkheim adalah termasuk ke dalam konteks "moralitas sebagai fakta sosial"¹¹ di mana dinamika perkembangan masyarakat

10 Jimly Asshiddiqie ,*Op. Cit.*, hal. 3

11 Pandangan Durkheim tentang "masyarakat "dikaitkan dengan tiga konteks ,yakni individu sebagai unit *subordinat*, moralitas sebagai fakta sosial, dan Tuhan sebagai *refleksi*. Individu tidak akan pernah menjadi signifikan unit analisis terhadap lingkungan sosial. Untuk memahami realitas sosial atau kelompok, Durkheim cenderung untuk menempatkan masyarakat sebagai unit analisis sosialnya. Dalam berbagai hubungan, masyarakat senantiasa dilingkari oleh peraturan-peraturan, baik

senantiasa dilingkupi oleh peraturan-peraturan. Peraturan-peraturan tersebut harus diketahui oleh individu-individu dan kelompok untuk mengetahui mana yang baik dan mana yang buruk, dan mengetahui mana yang benar dan salah. Di sisi lain, dalam pandangan J.J. Rousseau¹² dalam teorinya menyatakan bahwa negara adalah sebuah produk perjanjian sosial. Individu-individu dalam masyarakat sepakat untuk menyerahkan sebagian hak, kebebasan, dan kekuasaan yang dimilikinya kepada suatu kekuasaan bersama. Kekuasaan bersama tersebut adalah negara. Ini artinya, dalam konteks negara, masyarakat terpaksa atau tidak, harus sepakat menyerahkan hak, kebebasan, dan kekuasaannya kepada negara. Negara sebagai yang diberi mandat oleh masyarakat yang dalam hukum ekonomi syari'ah berupa peraturan atau fatwa tentang hukum ekonomi syari'ah seperti perbankan syari'ah, asuransi syari'ah, pasar modal syari'ah, dan sebagainya oleh DSN-MUI.

Kontekstualisasi hukum ekonomi syari'ah yang berupa peraturan atau fatwa DSN-MUI tersebut akan mendapatkan bentuk kongkritnya apabila dikaitkan dengan positivisme hukum John Austin. Menurutnya¹³ hukum di pandang sebagai perintah dari pihak pemegang kekuasaan tertinggi (kedaulatan). Hukum mendapatkan bentuk positifnya dari institusi yang berwenang. Hukum merupakan perintah penguasa (*law in a command of the law giver*), karenanya peraturan hukum yang dapat dipaksakan hanyalah yang secara yuridis dikeluarkan oleh negara (pemerintah).

Secara ringkas dapat disimpulkan bahwa fatwa DSN-MUI sebagai aspirasi masyarakat tentang hukum ekonomi syari'ah di Indonesia akan mendapat kekuatan hukum mengikat sehingga mempunyai daya keberlakuan, apabila fatwa tersebut secara legal diputuskan oleh lembaga yang berwenang yaitu lembaga legislatif atau lembaga eksekutif yang mendapatkan kewenangan untuk itu.

yang tertulis maupun yang tidak tertulis. Di sini anggota masyarakat atau individu harus mengetahui mana yang baik dan mana yang buruk -peraturan tersebut berkaitan dengan moralitas- dan mengetahui mana yang benar dan salah -peraturan tersebut berkaitan dengan hukum- yang lebih spesifik diatur oleh ketentuan lebih besar, yakni negara. Deddy Ismatullah dan Asep A. Sahid Gantara, *Op. Cit.*, hal. 153

12 Ahmad Suhelmi, *Pemikiran Politik Barat; Kajian Sejarah Perkembangan Pemikiran Negara, Masyarakat, dan Kekuasaan*, (Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, 2001), hal. 251

13 Lili Rasjidi, I.B. Wiyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, (Bandung, Mandar Maju, 2003), hal. 118

D. Fatwa Ditinjau dari Sudut-pandang Tata Urutan Aturan Perundang-undangan

Memperhatikan urgensi kedua variabel di atas, ada persoalan hukum dalam kaitannya dengan tata hukum di Indonesia. Batasan tata hukum di Indonesia menunjukkan bahwa lembaga-lembaga hukum apapun yang ada, tetapi tidak tertera dalam tata urutan perundang-undangan yang ada, maka keberadaannya dianggap tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Produk hukum yang dikeluarkan dianggap sebagai doktrin atau sumber informasi yang tidak memiliki kekuatan. Dijalankan silahkan, tidak dijalankanpun tidak mengapa, negara tidak campur tangan. Padahal peraturan Bank Indonesia sebagaimana disebutkan di atas dengan jelas merekomendasikan akan kewajiban melaksanakan fatwa yang dimaksud. Oleh karena itu yang penting adalah mengetahui posisi lembaga DSN-MUI sebagai lembaga yang berwenang mengeluarkan fatwa, dalam tata urutan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Sepanjang sejarah, tata urutan peraturan perundang-undangan Indonesia sebagai negara hukum mengalami empat kali perubahan, terkait dengan tata urutan peraturan perundang-undangan nasional, yaitu yang dimuat dalam 1) TAP MPRS No. XX/MPRS/1966; 2) dalam TAP MPR III/MPR/2000; 3) dalam Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, dan 4) dalam Undang-undang Republik Indonesia Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Isi tata urutan perundang-undangan dimaksud adalah sebagai berikut:

- a. Hirarkhi Peraturan Perundang-undangan menurut Tap MPRS No. XX/MPRS/1966 Jo. Ketetapan MPRS No. V/MPR/1973 tentang Memorandum DPR-GR Mengenai Sumber Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Perundangan Republik Indonesia. Tata urutan peraturan perundang-undangan menurut ketentuan TAP MORS No. XX/MPRS/1966 adalah:
 1. Undang-Undang Dasar 1945;Ketetapan MPR;
 2. Undang-undang;
 3. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang;
 4. Peraturan Pemerintah;
 5. Keputusan Presiden;
 6. Instruksi Presiden;
 7. Peraturan Menteri;
 8. Instruksi Menteri;
 9. Peraturan Pelaksana lainnya.

- b. Hirarkhi Peraturan Perundang-undangan menurut Ketetapan MPR No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan. Sesuai dengan ketentuan Pasal 2 TAP MPR No. III/MPR/2000, tata urutan peraturan perundang-undangan di Indonesia adalah:
1. Undang-Undang Dasar 1945 dan Perubahannya;
 2. Ketetapan (TAP) MPR;
 3. Undang-undang;
 4. Peraturan pemerintah Pengganti Undang-undang;
 5. Peraturan Pemerintah;
 6. Keputusan Presiden;
 7. Peraturan Daerah (Perda).
- c. Hirarkhi Peraturan Perundang-undangan Menurut Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Menurut ketentuan pasal 7 angka 1 Undang-undang No. 10 Tahun 2004, tata urutan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia adalah:
1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945;
 2. Undang-undang atau Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang.
 3. Peraturan Pemerintah;
 4. Peraturan Presiden;
 5. Peraturan Daerah.
- d. Hirarkhi Peraturan Perundang-undangan Menurut Undang-Undang No. 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan di Indonesia. Menurut ketentuan Undang-Undang No. 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Pasal 7 angka 1 adalah:
1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
 3. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
 4. Peraturan Pemerintah;
 5. Peraturan Presiden;
 6. Peraturan Daerah Provinsi; dan
 7. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Menelisik perkembangan sistem hukum ketatanegaran sebagaimana tersebut di atas, ditinjau dari segi politik hukumnya ada beberapa hal yang perlu digaris bawahi. Kedua hal tersebut adalah: *pertama*, dalam rentangan waktu mulai tahun 1966 hingga sekarang terjadi perubahan rezim peraturan perundang-undangan yang menjadi payung hukum tentang struktur peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sejak tahun 1966 hingga tahun 2004, tata urutan perundang-undangan nasional diatur dalam Ketetapan MPRS dan Ketetapan MPR, yaitu TAP MPRS No. XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR-GR Mengenai Sumber Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Perundangan Republik Indonesia TAP MPR No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan. Mulai tahun 2004 hingga sekarang tata urutan peraturan perundang-undangan Indonesia di atur dalam suatu undang-undang, yaitu Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan dan Undang-Undang No. 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. *Kedua*, sejak tahun 2004 dengan terjadinya konfigurasi politik hukum nasional, Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (TAP MPR) tidak lagi dilakukan pada tata urutan peraturan perundang-undangan nasional.

Hirarkhi Peraturan Perundang-undangan yang ditentukan dalam Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan tersebut secara otomatis membatalkan tata urutan peraturan perundang-undangan sebelumnya. Dengan demikian tata urutan peraturan perundang-undangan yang berlaku sekarang adalah didasarkan pada Pasal 7 angka (1), UU. No. 12 Tahun 2011.

Pemerintah Indonesia mengeluarkan peraturan perundang-undangan dengan maksud untuk memberikan manfaat bagi kemajuan perekonomian, tetapi dalam kenyataannya terdapat dampak negatif atau kerugian (seperti dalam perbankan syari'ah-pen.) yang disebabkan oleh regulasi tersebut¹⁴. Ditinjau dari segi subtansinya penelaahan hukum dan pembangunan di bidang perekonomian dilakukan di Indonesia dengan melihat politik hukumnya atau *legal policy*¹⁵. Pada *legal policy*, dapat dibedakan atas *basic policy* dan *enacment policy*. *Basic policy* adalah alasan dasar diadakannya suatu peraturan perundang-undangan, sedangkan *enacment policy* adalah alasan yang muncul di

14 Kusumaningtuti, 2009, *Peranan Hukum dalam Penyelesaian Krisis Perbankan di Indonesia*, Jakarta, Raja - rafindo Persada, hal.41.

15 Hikmahanto Juwana ,Arah Kebijakan Pembangunan Hukum di Bidang Perekonomian dan Investasi ,makalah seminar Badan Pembinaan Hukum Nasional .Departemen Hukum dan HAM RI ,Jakarta 29-31 Mei.2006

balik pemberlakuan suatu perundang-undangan¹⁶. *Basic policy* dan *enactment policy* dipergunakan sebagai pijakan menerbitkan aturan perundang-undangan tentang perbankan syari'ah di Indonesia, yang sebelumnya hanya menumpang pada aturan perundang-undangan perbankan konvensional. Kenyataan menunjukkan bahwa ditinjau dari segi substansinya, ketentuan peraturan perundang-undangan yang telah ada menunjukkan adanya kelemahan-kelemahan bahkan terkesan belum menkaver seluruh kepentingan dalam kaitannya dengan perbankan syari'ah. Undang Undang Nomor 7, Tahun 1992, yang kemudian dirubah menjadi Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan, Pasal 1 ayat 3, tidak secara spesifik menjelaskan tentang peraturan perbankan syari'ah, melainkan hanya menyebutkan "Bank umum adalah bank yang melaksanakan kegiatan usaha secara konvensional atau berdasarkan prinsip syari'ah yang dalam kegiatannya memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran". Berdasarkan hal tersebut, akhirnya diterbitkan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syari'ah yang secara spesifik mengatur operasional perbankan syari'ah di Indonesia. Sekalipun sudah diterbitkan undang-undang yang khusus mengatur operasional perbankan syari'ah, ternyata masih banyak menyimpan permasalahan, khususnya mengenai lembaga-lembaga yang berkaitan.

Dewan Syari'ah Nasional-Majelis Ula'ma' Indonesia (DSN-MUI), sekalipun secara yuridis mendapatkan legalitas dari Bank Indonesia (sebagai Bank Sentral) berdasarkan Peraturan Bank Indonesia Nomor: 6/24/PBI/2004 tentang Bank Umum Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syari'ah, Pasal 1 angka 9, sebagaimana disebutkan di atas, tetap saja tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Alasannya adalah tidak tercantumnya DSN-MUI dalam tata urutan perundang-undangan yang berlaku. Indonesia menganut asas hukum yang menyebutkan bahwa peraturan perundang-undangan yang tingkatnya lebih tinggi akan mengesampingkan ketentuan atau norma mengenai hal yang sama yang dimuat dalam peraturan perundang-undangan yang tingkatnya lebih rendah¹⁷. Hal ini berarti peraturan perundang-undangan yang tingkatnya lebih rendah tidak dapat meniadakan hal yang sama yang diatur oleh peraturan yang tingkatnya lebih tinggi.

16 Kusumaningtuti ,*Op. Cit.* hal. 41

17 Kusumaningtuti ,*Op. Cit.* hal. 55.

Tidak adanya kekuatan hukum mengikat tersebut didasarkan pada substansi tata urutan peraturan perundang-undangan dalam Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 Pasal 7 angka 1, yang posisinya jauh lebih kuat dibanding dengan peraturan Bank Indonesia. Berdasarkan UU No. 12. Tahun 2011 Pasal 7 angka 1 pula dapat dikatakan bahwa sesungguhnya Peraturan Bank Umum yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syari'ah Pasal 1 angka 9, merupakan peraturan yang tidak memiliki kekuatan sehingga tidak berfungsi apapun. Artinya DSN-MUI sebagai lembaga yang ditunjuk untuk memberikan fatwa tentang perbankan syari'ah tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Pendeklasian kepada DSN-MUI untuk merumuskan fatwa hukum perbankan syari'ah tersebut seakan hanya diarahkan pada kepentingan-kepentingan sepihak dalam rangka menarik nasabah sebesar-besarnya dengan nominal yang besar. Sementara itu, pihak nasabah bank syari'ah, tatkala melihat permasalahan terkait dengan hukum Islam tentang substansi hukum operasional bank syari'ah tidak bisa berpegang hanya dengan fatwa DSN-MUI. Posisi DSN-MUI di sini tidak ada bedanya dengan fikih Islam yang secara literal sudah tercecer sebagai bahan akademik di Fakultas Hukum Islam dan para pakar yang memiliki konsentrasi tentang hal itu.

E. Kekuatan Hukum Lembaga Ekonomi Syari'ah

Dilihat dari sudut pandang sistem hukum, faktor-faktor yang mempengaruhi kerja hukum tersebut terletak pada lingkaran sistem hukum itu sendiri, yang menurut M. Friedman terdiri dari tiga faktor utama, yaitu *structure*, *substance*, dan *legal culture*.¹⁸ Sejauh mana suatu sistem hukum diterapkan dalam suatu perekonomian, dapat ditelaah dari interaksi lembaga-lembaga pengelolanya. Struktur atau lembaga hukum merupakan faktor penting di mana substansi hukum dapat diimplementasikan. Sebaik apapun substansi hukum (peraturan) yang merupakan jantung setiap sistem hukum, tidak akan dapat dijalankan secara maksimal tanpa adanya lembaga hukum yang memadai. Untuk mempermudah bahasan ini kita ambil saja contoh perbankan syari'ah. Operasionalisasi perbankan syari'ah sebagai lembaga keuangan, seharusnya dijalankan oleh lembaga yang memiliki kompetensi yang memadai. Lembaga-lembaga yang secara langsung terlibat dalam operasional perbankan syari'ah di Indonesia secara garis besar ditentukan oleh tiga lembaga. Ketiga lembaga tersebut adalah Bank Indonesia sebagai bank Sentral, Bank Syari'ah sebagai pelaksana, dan

¹⁸ Kusumatiningsih, *Op. Cit.* hal 15

Dewan Syari'ah Nasional-Majelis Ulama' Indonesia (DSN-MUI) sebagai lembaga yang berkewenangan mengeluarkan fatwa terkait dengan prinsip-prinsip syari'ah.

Keberadaan DSN dalam tatanan kelembagaan perbankan syari'ah di Indonesia, merupakan hal baru yang secara spesifik dibutuhkan karena persoalan prinsip syari'ah yang bukan merupakan kompetensi Bank Indonesia sebagai bank sentral. Itulah sebabnya Bank Indonesia melalui Peraturan Bank Umum yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syari'ah pasal 1 angka 9¹⁹, mendeklasikan kewenangannya kepada DSN-MUI, untuk mengeluarkan fatwa terkait dengan prinsip syari'ah sebagai landasan hukum operasional bank syari'ah.

Berdasarkan kelembagaan tersebut, berarti operasional bank syari'ah diatur dan dikawal oleh beberapa peraturan perundang-undangan yang secara singkat dapat dikatakan bahwa perbankan syari'ah di Indonesia dilaksanakan dengan peraturan ganda. Pertama, peraturan secara konvensional di bawah naungan Bank Indonesia sebagai bank sentral, dan kedua, peraturan Dewan Syari'ah Nasional sebagai pihak yang diberi kewenangan mengeluarkan fatwa prinsip syari'ah. Adanya dua peraturan yang lahir dari dua institusi atau lembaga yang berbeda ini secara yuridis dapat menimbulkan kelemahan-kelemahan yang berdampak kepada implementasi regulasi yang dikeluarkan oleh lembaga bersangkutan, manakala lembaga tersebut secara yuridis tidak memiliki kompetensi mengeluarkan kekuatan hukum mengikat. Lembaga yang tidak memiliki kompetensi kekuatan hukum mengikat tersebut adalah DSN-MUI, dengan alasan tidak masuk pada struktur atau hirarkhi peraturan perundang-undangan yang sah yang berlaku di Indonesia dan begitu pula bila ditinjau dari sumber memperoleh kewenangan mengeluarkan sebuah peraturan.

Berbeda dengan negara Malaysia, "ruang lingkup institusi perbankan Islam (syari'ah-pen.), tidak boleh lari dari pada undang-undang sivil maupun syarak"²⁰. Implementasi perbankan syari'ah di Malaysia, selain mematuhi undang-undang syari'ah juga harus mematuhi undang-undang sivil yang berkaitan. Lembaga perbankan syari'ah se-

¹⁹ Peraturan Bank Umum yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syari'ah pasal 1 angka 9 menyebutkan bahwa: "Dewan Syari'ah Nasional adalah dewan yang dibentuk oleh Majelis Ulama' Indonesia yang bertugas dan memiliki kewenangan untuk menetapkan fatwa tentang produk dan jasa dalam kegiatan usaha Bank yang melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syari'ah". Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 122 DPBS

²⁰ Zulkifli, "Pelaksanaan Sistem Perbankan Islam di Malaysia; Perspektif Undang-undang", Program Diploma Amalan Kehakiman dan Guaman Syarie, Fakulti Syari'ah dan Undang-undang, Universiti Sains Islam Malaysia, tt. hal. 4.

cara gradual terskema dan secara hirarkhis merupakan lembaga negara. Dewan Syari'ah Nasional-Majelis Ulama' Indonesia ini di Malaysia berwujud lembaga *Shariah Advisory Council (SAC)*. Meski demikian *Shariah Advisory Council (SAC)* di Malaysia berdasarkan *Central Bank Act (CBA)* 1958 pasal 16B, angka 1 dan 2²¹: diposisikan di bawah Bank Sentral dan memiliki otoritas mengatur terhadap masalah-masalah terkait perbankan Islam²². Sedangkan DSN hanyalah merupakan bagian dari Majelis Ulama' Indonesia (MUI) yang bukan merupakan badan/lembaga pemerintah namun memiliki otoritas mengeluarkan fatwa terkait dengan prinsip syari'ah.

Begitu pula halnya dengan perbankan syari'ah di negara Sudan yang telah menetapkan hukum Islam sebagai hukum negara. Perbankan syari'ah di Sudan juga merupakan perbankan yang secara langsung menjadi instrument mobilisasi keuangan negara yang difasilitasi dengan undang-undang. Secara otoritatif perbankan syari'ah di Sudan berada pada *Sharia High Supervisory Board (SHSB)* atau Dewan Tinggi Pengawas Syari'ah yang didirikan pada tahun 1993.²³ SHSB ini secara struktural berada dalam struktur bank sentral yang posisinya setengah Dewan Gubernur.

Ketiga institusi tersebut, yaitu Dewan Syari'ah Nasional-Majelis Ulama' Indonesia di Indonesia, *Shariah Advisory Council (SAC)* di Malaysia, dan *Shariah High Supervisory Board (SHSB)* di Sudan, masing-masing memiliki peranan yang sama. Peranan tersebut adalah mengeluarkan fatwa syari'ah terkait dengan operasionalisasi perbankan syari'ah. Sekalipun demikian ketiganya juga memiliki perbedaan yang sangat signifikan dalam kaitannya dengan kekuatan hukum yang difatwakan. Kekuatan hukum fatwa yang dikeluarkan oleh *Shariah Advisory Council (SAC)* di Malaysia dan *Sharia High Supervisory Board (SHSB)* di Sudan memiliki kekuatan hukum mengikat yang harus dipatuhi oleh semua pihak, sementara fatwa Dewan Syari'ah Nasional Majelis Ulama' Indonesia (DSN-MUI) tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, sehingga keberadaannya merupakan kekuatan hukum yang

21 Central Bank Of Malaysia, ACT 1958, *Incorporating all amendments up to 1 January 2006*, 16B. (1) *The Bank may establish a Syari'ah Advisory Council, which shall be the authority for the ascertainment of Islamic law for the purposes of Islamic banking business, takaful business, Islamic financial business, Islamic development financial business, or any other business which is based on Syari'ah principles and is supervised and regulated by the Bank.* (2) *The Syari'ah Advisory Council shall consist of such members as may be appointed by the Minister, on the recommendation of the Bank, from amongst persons who have knowledge or experience or both in the Syari'ah and also— (a) banking; (b) finance; (c) law; or (d) any other related discipline.*

22 Agus Triyanto, "Implementasi Kepatuhan Syari'ah dalam Perbankan Islam (Syari'ah): Peranan Dewan Pengawas Syari'ah (Studi Perbandingan Antara Malaisia dan Indonesia)", makalah disampaikan dalam acara "Bedah Disertasi" yang diselenggarakan oleh Pusat Studi Hukum, Fakultas Hukum UII, tanggal 12 Februari 2009, hal.7.

23 *Ibid.* 138

bersifat *voluntary*. Kekuatan fatwa hukum perbankan syari'ah dari ketiga negara (Indonesia, Malaysia, dan Sudan) tersebut apabila dipetakan adalah sebagai berikut:

Perbedaan Fatwa Syari'ah di Indonesia, Malaysia, dan Sudan

Negara	Indonesia	Malaysia	Sudan
Lembaga	Dewan Syari'ah Nasional (DSN)	<i>Shariah Advisory Council (SAC)</i>	<i>Sharia High Supervisory Board (SHSB)</i>
Status	Bukan lembaga negara, melainkan bagian dari MUI	Secara struktural merupakan lembaga negara di bawah Bank Sentral	Secara struktural merupakan lembaga negara di bawah Bank Sentral
Otoritas	Berkewenangan mengeluarkan fatwa perbankan syari'ah	Berkewenangan mengeluarkan fatwa perbankan syari'ah	Berkewenangan mengeluarkan fatwa perbankan syari'ah
Kekuatan	Tidak memiliki kekuatan hukum mengikat	Memiliki kekuatan hukum mengikat	Memiliki kekuatan hukum mengikat
Keterangan	Hasil fatwa tidak berlaku sebagai undang-undang, melainkan hanya sebagai pedoman yang tidak mengikat.	Hasil fatwa berlaku sebagai undang-undang.	Hasil fatwa berlaku sebagai undang-undang.

Selain alasan di atas, untuk memberikan *justifikasi* yang lebih kuat bahwa fatwa DSN-MUI tersebut tidak memiliki kekuatan hukum mengikat adalah bila dikaitkan dengan sumber memperoleh kewenangan dalam peraturan oleh DSN-MUI. Secara teoritis terdapat tiga sumber untuk memperoleh kewenangan pengaturan, yaitu *atribusi*, *delegasi*, dan *mandat*²⁴. Ketiga sumber tersebut yang secara langsung bersentuhan dengan permasalahan regulasi yang difatwakan oleh DSN-MUI adalah *delegasi*. *Delegasi*, berarti pelimpahan kewenangan yang telah dimiliki oleh suatu institusi kepada badan atau institusi lain dengan kewajiban mempertanggungjawabkannya sendiri²⁵. Artinya bahwa se-gala akibat yang terjadi karena peraturan yang dikeluarkan oleh *delegatis* harus dipertanggungjawabkan sendiri oleh pihak *delegataris*. Di sini berarti ada dua lembaga yang berhubungan secara langsung. Pertama pihak yang memberikan *delegasi* yang disebut *delegan*, dan kedua adalah pihak yang memperoleh limpahan *delegasi* yang disebut *delegataris*. *Delegan* tidak mempunyai lagi kewenangan untuk melakukan pengaturan dan apabila terdapat pihak yang meminta pertanggungjawaban atas pengaturan yang dilakukan, tanggung jawabnya berada pada *delegataris*²⁶. Berdasarkan Peraturan Bank Umum yang Melak-

²⁴ Kusumatiningsih, Op. Cit. hal.43;

²⁵ Loc. Cit.

²⁶ Loc. Cit.

sanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syari'ah pasal 1 angka 9 sebagaimana disebutkan di atas, berarti yang bertindak sebagai *delegan* (dalam kaitannya dengan fatwa prinsip syari'ah) adalah Bank Indonesia, sedangkan yang bertindak sebagai *delegataris* adalah pihak DSN-MUI. Bank Indonesia (BI) setelah melimpahkan kewenangannya mengatur prinsip syari'ah kepada DSN-MUI, berarti BI sudah tidak mempunyai lagi kewenangan untuk mengatur prinsip syari'ah tersebut. Segala pertanggungjawaban tentang pengaturan prinsip syari'ah tersebut sepenuhnya terletak pada DSN-MUI selaku *delegataris*. Pertanyaan yang muncul kemudian adalah: apakah peraturan hukum yang dikeluarkan oleh institusi yang secara yuridis formal tidak diakui oleh negara sebagai institusi yang memiliki kewenangan mengeluarkan peraturan perundang-undangan itu diakui dan memiliki kekuatan hukum mengikat. Maka dilihat dari serentetan kajian yang telah dipaparkan di atas dapatlah diambil kesimpulan bahwa fatwa DSN-MUI tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, karena lembaga DSN-MUI tidak diposisikan secara gradual dalam jajaran hirarkhis lembaga-lembaga yang berkompetensi menangani perbankan syari'ah sebagaimana *Shariah Advisory Council (SAC)* di Malaysia, dan *Sharia High Supervisory Board (SHSB)* di Sudan.

DAFTAR PUSTAKA

- Agus Triyanto, "implementasi Kepatuhan Syari'ah dalam Perbankan Islam (Syari'ah): Peranan Dewan Pengawas Syari'ah (Studi Perbandingan Antara Malaisia dan Indonesia)", makalah disampaikan dalam acara "Bedah Disertasi" yang diselenggarakan oleh Pusat Studi Hukum, Fakultas Hukum UII, tanggal 12 Februari 2009, hal.7.
- Ahmad Suhelmi, *Pemikiran Politik Barat; Kajian Sejarah Perkembangan Pemikiran Negara, Masyarakat, dan Kekuasaan*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, 2001
- Ahmad Suhelmi, *Pemikiran Politik Barat; Kajian Sejarah Perkembangan Pemikiran Negara, Masyarakat, dan Kekuasaan*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, 2001
- Jimly Asshiddiqie, *Sengketa Kewenangan Antar Lembaga Negara*, Jakarta, Konstitusi Press, 2005
- Kusumaningtuti, *Peranan Hukum dalam Penyelesaian Krisis Perbankan di Indonesia*, Jakarta, Rajagrafindo Persada, 2009
- Lili Rasjidi, I.B. Wiyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Bandung, Mandar Maju, 2003
- Ma'ruf Amin, *Fatwa Dalam Sistem Hukum Islam*, Jakarta, Elsas, 2008
- Rohadi Abdul Fatah, *Analisis Fatwa Keagamaan Dalam Fikih Islam*, (Jakarta, Bumi Aksar, 2006
- Sirojuddin, dkk, *Legislative Drafting: Pelembagaan Metode Partisipatif dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, In-Trans Publishing Media: Malang 2006
- Sri Redjeki Hartono, *Kapita Selekta Hukum Ekonomi*, Bandung, CV. Mandar Maju, 2000
- Hikmahanto Juwana, Arah Kebijakan Pembangunan Hukum di Bidang Perekonomian dan Investasi, makalah seminar Badan Pembinaan Hukum Nasional. Departemen Hukum dan HAM RI, Jakarta 29-31 Mei 2006.
- Zulkifli, "Pelaksanaan Sistem Perbankan Islam di Malaysia: Perspektif Undang-undang", Program Diploma Amalan Kehakiman dan Guaman Syarie, Fakulti Syari'ah dan Undang-undang, Universiti Sains Islam Malaysia, tt.
- Republik Indonesia. UUD. 1945, Hasil Amandemen & Proses Amandemen UUD 1945, Jakarta, Sinar Grafika.

Republik Indonesia. Undang-undang Tentang Perbankan. UU. Nomor. 7 Tahun 1992. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1992 Nomor 31.

Republik Indonesia. Undang-undang Tentang Perubahan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992. UU. Nomor. 10 Tahun 1998. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1998 Nomor 182

Republik Indonesia. Undang-undang Tentang Perbankan Syari'ah. UU. Nomor 21 Tahun 2008. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94.

Republik Indonesia. Undang-undang Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Nomor 12 Tahun 2011. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82.

Republik Indonesia. Peraturan Bank Indonesia Tentang Bank Umum Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syari'ah. Peraturan BI Nomor: 6/24/PBI/2004. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 122 DPBS

Central Bank Of Malaysia, ACT 1958, *Incorporating all amendments up to 1 January 2006*, 16B.