

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Negara Republik Indonesia, sebagai negara yang berdasarkan Pancasila, di mana sila yang pertama adalah Ketuhanan Yang Maha Esa, maka perkawinan dianggap mempunyai hubungan yang erat sekali dengan agama atau kerohanian, sehingga perkawinan bukan saja mengandung unsur lahir atau jasmani, tetapi unsur batin atau rohani juga mempunyai peranan yang sangat penting.¹

Islam mengatur hubungan lawan jenis dengan aturan yang khusus yaitu dengan adanya ikatan yang sakral, hubungan seperti ini disebut sebagai hubungan perkawinan atau pernikahan. Dalam al-Qur'an hubungan pernikahan disebut sebagai hubungan yang kuat (*mitsāqan ghalīzan*).² Perkawinan atau pernikahan terjadi antara laki-laki dan perempuan untuk membina rumah tangga dengan tujuan untuk membentuk keluarga yang bahagia dan abadi berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.³ Sesuai dengan Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Pasal 2 Kompilasi Hukum Islam yang diberlakukan melalui Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991⁴ serta dapat dipahami bahwa dalam suatu perkawinan, terdapat beberapa unsur mendasar,

1. Rusli, SH. An R. Tama, SH. *Perkawinan antar agama dan masalahnya*. Penerbit : Shantika Dharma. Bandung, 1984, hlm 10.

2. Khoiruddin Nasution, *Hukum Pernikahan I (Dilengkapi Perbandingan UU Negara Muslim Kontemporer)*, edisi revisi, (Yogyakarta: ACAdemia dan TAZAFFA, 2005), hlm. 25.

3. Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Pernikahan, Pasal 1.

4. H.M.A Tihami dan Sohari Sahrani, *Fikih Munakahat: Kajian Fikih Nikah Lengkap*, Jakarta: Rajawali Pers, 2008, hlm. 8.

yaitu adanya ikatan lahir bathin yang kuat antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan, pelaksanaannya merupakan wujud dari ibadah kepada Allah SWT, dan bertujuan untuk membentuk keluarga yang sakinah, mawaddah warahmah, sesuai dengan makna firman Allah SWT. dalam Al-Qur'an Surah Ar-Rum ayat 21:

ومن آيته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون.

Artinya : Dan di antara tanda-tanda kekuasaan-Nya ialah Dia menciptakan untukmu isteri-isteri dari jenismu sendiri, supaya kamu cenderung dan merasa tenteram kepadanya, dan dijadikan-Nya di antaramu rasa kasih dan sayang sungguh yang demikian itu merupakan tanda-tanda bagi orang yang berfikir;⁵

Secara umum al-Quran menggambarkan terjadinya hubungan suami isteri secara sah, mempunyai implikasi hukum dalam kaitannya dengan ijab kabul (serah terima). Ijab kabul pernikahan pada hakekatnya adalah ikrar dari calon isteri melalui walinya dan dari calon suami untuk hidup seia sekata, guna mewujudkan keluarga sakinah dengan melaksanakan segala tuntunan ajaran agama serta melaksanakan segala kewajiban sebagai seorang suami.

Pada kenyataannya wali nikah seringkali menjadi permasalahan atau halangan dalam melangsungkan suatu perkawinan karena wali nikah yang paling berhak ternyata tidak bersedia atau menolak untuk menjadi wali bagi calon mempelai perempuan dengan berbagai alasan, baik alasan yang dibenarkan oleh syar'i maupun yang tidak dibenarkan oleh syar'i. Jika hal tersebut terjadi, maka Pegawai Pencatat Nikah pada Kantor Urusan Agama setempat akan

5. Yayasan Penyelenggara Penterjemah al Qur'an Depag RI, al Qur'an dan Terjemahnya, Semarang: al Waah, 1991, hlm. 549.

mengeluarkan surat penolakan perkawinan dengan alasan wali nikah yang tidak bersedia menikahkan calon mempelai perempuan dengan calon mempelai laki-laki, wali tersebut dinamakan wali adhal.⁶ Sehingga calon mempelai perempuan yang keberatan dengan hal tersebut dapat mengajukan permohonan penetapan wali adhal kepada Pengadilan Agama/Mahkamah Syar'iyah.⁷

Perkawinan dalam tata hukum Indonesia, khususnya bagi pemeluk yang beragama Islam mewajibkan adanya wali dalam perkawinan. Karena wali nikah dalam pernikahan merupakan rukun yang harus dipenuhi bagi calon mempelai wanita sebagaimana dalam Pasal 19 sampai dengan 23 Kompilasi Hukum Islam dan Pasal 18 Peraturan Menteri Agama Nomor 11 Tahun 2007 tentang Pencatatan Nikah.⁸ Keharusan adanya wali dalam perkawinan pada dasarnya merupakan kesepakatan mayoritas ulama, kecuali madzhab Hanafiyah yang tidak mensyaratkan wali bagi perempuan, apalagi jika perempuan tersebut telah dewasa dan mampu mempertanggungjawabkan setiap perkataan dan perbuatannya. Wali nikah menurut mayoritas ulama maupun dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia merupakan sesuatu yang harus ada. Karena wali nikah merupakan keharusan, maka konsekuensi dari tidak adanya wali tersebut, hukum nikahnya tidak sah, meskipun para ulama berbeda pendapat

6. Wali adhal adalah penolakan wali untuk menikahkan anak perempuannya yang berakal dan sudah baligh dengan laki-laki yang sepadan dengan perempuan itu. Jika perempuan tersebut telah meminta (kepada walinya) untuk dinikahkan dan masing-masing calon mempelai itu saling mencintai, maka penolakan demikian menurut syara" dilarang. Lihat Wahbah al Zuhail, *al Fiqh al Islami wa Adillatuhu*, jilid. 9, terj. Abdul Hayyi al-Kattani, dkk., Jakarta: Gema Insani, 2007, hlm. 343.

7. *Buku II Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama*, Edisi Revisi, cetakan tahun 2014 hlm. 139.

8. Sajipto Raharjo, "*Paradigma Ilmu Hukum..*", 1989. hlm. 20-21.

tentang kedudukan wali tersebut, apakah wali harus hadir dalam prosesi akad nikah ataukah wali hanya diperlukan ijinnya.

Pernikahan bukan hanya diperintahkan akan tetapi telah disyariatkan, oleh karena itu pernikahan tidaklah boleh dilaksanakan dengan sembarangan. Keabsahan pernikahan dapat dilihat dari pelaksanaannya, apakah sudah memenuhi dan mengikuti tuntunan syariat (syariat Islam) ataukah belum. Jikalau pernikahan itu dilaksanakan dengan mengikuti ketentuan dan ketetapan yang telah diatur dalam syariat maka pernikahannya sah, dan sebaliknya apabila pernikahannya dilakukan tidak sesuai syari'at Islam, maka pernikahannya tidak sah.

Perwalian dalam perkawinan adalah suatu kekuasaan atau wewenang syar'i atas golongan manusia, yang dilimpahkan kepada orang yang sempurna, karena kekurangan tertentu pada orang yang dikuasai itu, demi kemaslahatannya sendiri. Masalah perwalian terjadi perbedaan pendapat dari para imam mazhab. Imam Syafi'i, Maliki, Hanbali berpendapat jika wanita tersebut baligh dan berakal sehat itu masih gadis, maka hak mengawinkan dirinya ada pada wali, akan tetapi jika ia janda maka hak itu ada pada keduanya.⁹ Pada kenyataannya, wali nikah seringkali menjadi permasalahan atau halangan dalam melangsungkan suatu perkawinan karena wali nikah yang paling berhak ternyata tidak bersedia atau menolak untuk menjadi wali bagi calon mempelai perempuan dengan berbagai alasan, baik alasan yang dibenarkan oleh syara' maupun yang

9. Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh ala Madzahib al Khamsah*, terj. Afifi Muhammad, Idrus Al-Kaff, Masykur A.B., Fiqih Lima Mazhab, Jakarta: Lentera, cet. 6, 2001, hlm. 345.

bertentangan dengan syara'. Wali yang menolak atau tidak bersedia menikahkan disebut dengan istilah adhal (enggan). Menurut para ulama definisi wali adhal adalah penolakan wali untuk menikahkan anak perempuannya yang berakal dan sudah baligh dengan laki-laki yang sepadan dengan perempuan itu. Jika perempuan tersebut telah meminta (kepada walinya) untuk dinikahkan dan masing-masing calon mempelai itu saling mencintai, maka penolakan demikian menurut syara' dilarang.¹⁰

Pengadilan Agama pada hakikatnya membahas terkait masalah penegakan hukum Islam di Indonesia, dalam Pasal 2 Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama menyebutkan bahwa Peradilan Agama adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara tertentu,¹¹ sebagaimana yang dimaksud dalam Undang-undang ini adalah termasuk perkara tertentu dalam hal permohonan penetapan wali adhal. Hal ini sesuai Peraturan Menteri Agama Nomor 30 Tahun 2005. Pasal 2 ayat (2) yang menyebutkan ditetapkan dengan keputusan Pengadilan Agama/Mahkamah Syar'iyah yang mewilayahi tempat tinggal calon mempelai wanita. Dalam praktiknya perkara Wali Adhal digolongkan sebagai permohonan (volunteer) yang hanya melibatkan calon mempelai wanita sebagai Pemohon tanpa ada pihak lain yang dijadikan Termohon. "Di sinilah masalahnya" kenyataannya jelas-jelas ada sengketa antara calon mempelai wanita dengan wali nasabnya, karena ada sengketa (dispute), semestinya perkara ini digolongkan sebagai perkara

10. Wahbah al Zuhaili, *al Fiqh al Islam wa Adillatuhu*, Juz 9, terj. Abdul Hayyie al Kattani, dkk., Jakarta: Gema Insani, 2011, hlm. 470.

11. Tim Redaksi Sinar Grafika, *Undang-Undang No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama*, Jakarta: Sinar Grafika, 2012, hlm. 43.

contentious. Merujuk pendapat Yahya Harahap, salah satu ciri perkara volunter adalah tidak adanya sengketa dengan pihak lain, berarti yang dipermasalahkan adalah Pemohon tidak ada sengketa dengan hak orang lain, bahwa azas hukum “audie et alteram partem” mesti ditegakkan. Artinya, pengadilan harus “mendengar kedua belah pihak”. Wali nasab tidak cukup hanya dimintai keterangan adhalnya sebagai wali, tapi harus dijadikan salah satu pihak dalam perkara Wali Adhal, di samping itu jika perkara Wali Adhal tetap digolongkan sebagai perkara volunteer, maka azas “equality before the law” akan tercederai, sehingga hasil akhir dari Permohonan ini adalah Penetapan, bukan Putusan, karena orang tua atau wali nasab tidak dianggap sebagai salah satu pihak yang berperkara, dia tidak punya kedudukan hukum (legal standing) untuk melakukan upaya hukum seperti verzet, banding, dan kasasi. Sebaliknya, jika Permohonan itu ditolak, calon mempelai wanita bisa mengajukan upaya kasasi, di dalam Pasal 23 ayat (2) Kompilasi Hukum Islam menyebutkan dalam hal wali adhal, maka wali hakim baru dapat bertindak sebagai wali nikah setelah ada putusan Pengadilan Agama tentang wali tersebut, padahal “Putusan adalah produk dari perkara contentious”. Sedangkan wali adhal diajukan secara voluntair, dan produknya adalah Penetapan. Adapun pedoman acara permohonan perkara wali adhal berpedoman pada BUKU II yaitu Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Peradilan Agama.¹²

Paradigma konstruktivisme menjadi bagian untuk memberikan kondisi dan situasi agar masyarakat bisa terlibat, memahami dan melaksanakan dengan tanpa

12. Edisi Revisi cetakan tahun 2014 hlm. 139.

paksaan karena peraturan sangat aspiratif, maka perlu ada perubahan atau pelaksanaan agar peraturan dapat tercapai untuk mendapat kepastian hukum serta menjamin keadilan bagi masyarakat. Perubahan konsep hukum yang sesuai dengan tuntutan-tuntutan terhadap kebutuhan sosial sesuai situasi dan waktunya menurut Philippe Nonet dan Philip Selznick.¹³

Pengadilan Agama merupakan kerangka sistem dan tata hukum Nasional yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945, untuk mewujudkan peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan. Peradilan Agama merupakan salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara perdata tertentu yang diatur dalam undang-undang.¹⁴ Berlakunya Undang-Undang Nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama, secara konstitusional Pengadilan Agama merupakan salah satu badan peradilan yang disebut dalam pasal 24 UUD 1945. Kedudukan dan kewenangannya adalah sebagai peradilan negara dan sama derajatnya dengan peradilan lainnya.

Hukum acara yang berlaku di Pengadilan Agama adalah hukum acara yang berlaku di lingkungan peradilan umum, kecuali yang diatur khusus oleh undang-undang. Undang-undang Peradilan Agama menyebutkan bahwa Peradilan Agama adalah peradilan bagi orang-orang yang beragama Islam. Berarti orang yang mengajukan perkara adalah orang-orang Islam. Sedangkan hukum acara perdata yang berlaku di Pengadilan Agama adalah hukum acara

13. Nonet, Philip & Selznick, Philip. *Law and Society Transition; Toward Responsive Law*, New York and Row, New York, 1978, hlm. 259-260.

14. Tim Redaksi Sinar Grafika, *Undang-Undang No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama*, Jakarta: Sinar Grafika, 2012, hlm. 86.

perdata yang berlaku di lingkungan peradilan umum. Sebagaimana disebutkan dalam Undang-Undang Pengadilan Agama No. 7 tahun 1989 Pasal 54: “Hukum acara yang berlaku pada pengadilan dalam lingkungan peradilan Agama adalah hukum acara perdata yang berlaku pada pengadilan dalam lingkungan peradilan umum, kecuali yang telah di atur secara khusus dalam undang-undang ini”¹⁵

Fungsi Peradilan Agama dibina dan diawasi oleh Mahkamah Agung sebagai Pengadilan Negara Tertinggi. Tugas Pengadilan Agama bukan sekedar memutus perkara melainkan menyelesaikan sengketa sehingga terwujud kedamaian antara pihak-pihak yang bersengketa, tercipta adanya rasa keadilan pada masing-masing pihak yang berperkara dan terwujud pula tegaknya hukum dan kebenaran pada perkara yang diperiksa dan diputus. Salah satu prinsip dari negara hukum adalah adanya legalitas formal, yaitu undang-undang sebagai dasar bernegara, begitu juga dengan lembaga pengadilan, undang-undang menjadi hal paling esensial dalam sistem peradilan, karena ia menjadi hukum materiil yang akan dipakai landasan dalam memutuskan perkara.¹⁶ Sesuai undang-undang Peradilan Agama, Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam dibidang perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, shadaqah dan ekonomi syariah.¹⁷ Bidang perkawinan tercakup di dalamnya masalah penolakan perkawinan oleh pegawai pencatat nikah. Perkara wali adhal di Pengadilan Agama tergolong sedikit dibandingkan dengan perkara perceraian,

15. Tim Redaksi Sinar Grafika, op. cit., hlm. 107.

16. Jaenal Aripin, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, Jakarta: Kencana, cet 1, 2008, hlm. 125-126.

17. Tim Redaksi Sinar Grafika, op. cit., hlm. 104-105.

namun dari tahun ke tahun terjadi peningkatan, sehingga menarik minat penulis untuk meneliti regulasi hukum acara tentang wali adhal tersebut.

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimana peraturan dan pelaksanaan penetapan wali adhal dalam praktek?
2. Apa kelemahan-kelemahan peraturan dan pelaksanaan penetapan wali adhal di Indonesia?
3. Bagaimana rekonstruksi penetapan wali adhal yang dianggap berbasis keadilan dan budaya hukum Indonesia?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk mendeskripsikan dan menganalisis peraturan dan pelaksanaan penetapan wali adhal dalam praktek.
2. Untuk menjelaskan dan menganalisis peraturan dan pelaksanaan penetapan wali adhal di Indonesia.
3. Untuk menjelaskan dan menganalisis peraturan dan pelaksanaan penetapan wali adhal yang dianggap belum berbasis keadilan dan budaya hukum Indonesia.
4. Untuk merekonstruksi pengaturan dan pelaksanaan penetapan wali adhal yang dianggap belum berbasis keadilan dan budaya hukum Indonesia.

D. Kegunaan Penelitian

1. Kegunaan Teoritis.

- a. Penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi bagi pengembangan teoritik dan konseptual bagi Pengadilan Agama pada khususnya dan bagi para pencari keadilan dan masyarakat pada umumnya dalam penyelesaian masalah wali adhalagar sejalan dengan terori Keadilan dan berbasis budaya hukum.
- b. Penelitian ini juga diharapkan dapat memberikan kontribusi dalam pengembangan metodologi penelitian, khususnya dalam penggunaan pendekatan *sosio-legal*, dan *legal-hermeneutics*.

2. Kegunaan Praktis.

- a. Secara praktis, bagi Mahkamah Agung Republik Indonesia, hasil penelitian ini dapat digunakan sebagai bahan rujukan dalam membuat, menerapkan kebijakan hukum (*legal policy*) dalam perkara wali adhalagar sejalan dengan maqashid syari'ah.
- b. Bagi masyarakat, hasil penelitian ini dapat dijadikan acuan dasar dalam hal penegakan keadilan bagi wali adhal agar haknya sebagai wali dapat dipersamakan dalam persidangan di pengadilan.

E. Kerangka Konseptual

Adapun yang menjadi acuan kerangka konseptual dalam penelitian disertasi ini sesuai dengan judul penelitian yaitu Regulasi Perwalian yang berupa inventarisasi hukum secara utuh berdasarkan hirarki perundang-undangan, prinsip-prinsip atau asas-asas hukum dan doktrin hukum, maupun

bangunan konsep atau teori hukum dan mekanisme wali adhal yang berbasis keadilan dan budaya hukum Indonesia.

1. Inventarisasi Regulasi Perwalian

Sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, di Indonesia terdapat beranekaragam hukum yang mengatur masalah perwalian yang berlaku bagi berbagai golongan penduduk dari berbagai daerah yaitu:

1. Bagi orang Indonesia asli yang beragama islam berlaku hukum agama yang telah diadopsi ke dalam hukum adat.
2. Bagi orang Indonesia lainnya berlaku hukum adat.
3. Bagi orang Indonesia asli yang beragama kristen berlaku hukum *Huwelijke Ordonantie Christin Indonesiers* (S.1933 nomor 74);
4. Bagi orang-orang Timur Asing lainnya, dan warga negara Indonesia keturunan Cina berlaku ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata;
5. Bagi orang-orang Eropa dan keturunan Eropa dan yang disamakan dengan mereka berlaku ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.¹⁸

Ketentuan tersebut diatas berlaku sebelum lahirnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Dan dalam Pasal 66 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yaitu “Untuk perkawinan

18. Yudhi Marza, Tanggung Jawab Wali Terhadap Anak yang Berada Di Bawah Perwaliannya (Suatu Penelitian Di Kota Banda Aceh), Tesis pada Mkn, FH.USU, Medan, 2013, hlm. 43).

dan segala sesuatu yang berhubungan dengan perkawinan berdasarkan atas Undang-undang ini, maka dengan berlakunya Undang-undang ini ketentuan-ketentuan yang diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (burgelijk Wetboek), Ordinansi Perkawinan Indonesia Kristen (Huwelijk Ordonantie Christen Indonesia 1933 No. 74, Peraturan Perkawinan Campuran (Regeling op gemeng de Huwelijken S. 1898 No. 158), dan Peraturan-peraturan lain yang mengatur tentang perkawinan sejauh telah diatur dalam Undang-undang ini, dinyatakan tidak berlaku.

Adapun pengertian perwalian sebagai berikut:

1) Pengertian Perwalian dan Wali

a. Perwalian Menurut Hukum Fikih

Perwalian dalam literatur fiqh Islam disebut al-wilayah (الولاية) kata wali berasal dari bahasa Arab yang dalam bentuk masdarinya adalah al-wali (الولي) dan jamaknya adalah al-awaliya (الاولياء). Kata al-wali (الولي) merupakan kata dalam bentuk isim fa'il (orang yang melakukan) dan dengan ini, kata wali menurut bahasa dapat diartikan sebagai orang yang menolong.¹⁹ Pengertian lain dari wali adalah penguasaan penuh yang diberikan oleh agama kepada seseorang untuk menguasai dan melindungi orang atau barang.²⁰ Begitu pula dalam Fiqh Sunnah disebutkan bahwa wali ialah suatu ketentuan hukum yang dapat dipaksakan kepada orang lain sesuai dengan bidang

19. Muhammad Amin Suma, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2004), hlm. 134.

20. Kamal Muchtar, *Azas-azas Hukum Islam Tentang Perkawinan*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1974), hlm. 92.

hukumnya.²¹ Sedangkan menurut Amir Syarifuddin yang dimaksud dengan wali secara umum adalah seseorang yang karena kedudukannya berwenang untuk bertindak terhadap dan atas nama orang lain,²² oleh karena itu yang dimaksud wali secara umum adalah seorang yang karena kedudukannya berwenang untuk bertindak terhadap dari atas nama orang lain, karena orang lain itu memiliki suatu kekurangan pada dirinya yang tidak memungkinkan dia bertindak sendiri secara hukum, baik dalam urusan bertindak atas harta atau atas dirinya, sehingga wali merupakan orang yang berkuaasa mengurus, memelihara yang ada dibawah perwaliannya atau perlindungan-nya.

Dalam menetapkan hukum dan ketentuan mengenai perwalian, merujuk kepada firman Allah SWT dalam Al-Quran, Surah Al-Baqarah (2) Ayat 232 Allah berfirman :

وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ
 إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ
 بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ وَأَظْهَرٌ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا
 تَعْلَمُونَ ﴿٢٣٢﴾

Artinya :Apabila kamu mentalak isteri-isterimu, lalu habis masa iddahnya, maka janganlah kamu (para wali) menghalangi mereka kawin lagi dengan bakal suaminya, apabila telah terdapat kerelaan di antara mereka dengan cara yang ma'rif. Itulah yang dinasehatkan kepada orang-orang yang beriman di antara kamu kepada Allah dan hari kemudian. Itu lebih baik bagimu dan lebih suci. Allah mengetahui, sedang kamu tidak mengetahui.

21. Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah* 7, Penerjemah. Mohammad Thalib, cet. II, (Bandung: PT. Al Maarif, 1982), hlm. 7.

22. Amir Syarifudin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia*, cet ke-II, hlm. 60.

Ayat ini menjelaskan dalam suatu riwayat bahwa Mu'aqqal bin Yasar mengawinkan adik perempuannya dengan seorang laki-laki, kemudian laki-laki itu menceraikannya setelah iddahnya habis dan laki-laki tersebut melamarnya kembali dan adik Mu'aqqal setuju. Mu'aqqal berkata kepada laki-laki itu "Aku telah menikahkan kamu dengannya, kemudian dia kamu ceraikan sekarang kamu ingin kembali kepadanya. Tidak, demi Allah kamu jangan kembali kepadanya. "Akhirnya turunlah ayat *فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ* *أَزْوَاجَهُنَّ* yang melarang Mu'aqqal menghalangi laki-laki tersebut menikah dengan adiknya itu.²³

Di dalam hadis lain Rasulullah SAW juga menyatakan hukum tentang perwalian. Nabi Saw bersabda:²⁴

وعن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجْرُوا فَالْأَسْلُطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ

Dari 'Aisyah Radliyallaahu 'anhu bahwa Rasulullah Shallallaahu 'alaihi wa Sallam bersabda: "Perempuan yang nikah tanpa izin walinya, maka nikahnya batil. Jika sang laki-laki telah mencampurinya, maka ia wajib membayar maskawin untuk kehormatan yang telah dihalalkan darinya, dan jika mereka bertengkar maka penguasa dapat menjadi wali bagi wanita yang tidak mempunyai wali." Dikeluarkan oleh Imam Empat kecuali Nasa'i. Hadits shahih menurut Ibnu Uwanah, Ibnu Hibban, dan Hakim.

b. Perwalian Menurut Kompilasi Hukum Islam

23. Kadar M. Yusuf, Tafsir Ayat Ahkam (Tafsir Tematik Ayat-Ayat Hukum), Penerbit Hamzah, Cet 1, hlm. 221.

24. Chairul Fahmi, Perwalian, <http://www.idlo.int/DOCNews/24DOCF1.pdf>.

Perwalian bagi orang-orang beragama Islam di Indonesia diatur dalam Kompilasi Hukum Islam di Indonesia Pasal 107-111. Dan dalam Pasal 107 mengatur bahwa perwalian hanya dapat dilakukan terhadap anak yang belum mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun dan atau belum pernah melangsungkan perkawinan. Dari ketentuan tersebut, dapat dipahami usia dewasa menurut Kompilasi Hukum Islam di Indonesia adalah 21 (dua puluh satu) tahun dan atau belum pernah kawin.

Perwalian menurut Hukum Islam meliputi perwalian terhadap diri dan harta kekayaan. Apabila wali tidak mampu berbuat atau lalai melaksanakan tugas perwaliannya, maka pengadilan agama dapat menunjuk salah seorang kerabat untuk bertindak sebagai wali. Pembatalan perwalian lama dan penunjukan perwalian baru ini adalah atas permohonan kerabat tersebut. Untuk menjadi wali sedapat-dapatnya diambil dari keluarga anak tersebut, atau orang lain. Syarat menjadi wali adalah harus sudah dewasa, berpikiran sehat, adil, jujur dan berkelakuan baik. Disamping orang perorangan, Badan Hukum juga dapat menjadi wali.²⁵

Menurut Kompilasi Hukum Islam di Indonesia, pengangkatan wali dapat juga terjadi karena adanya wasiat dari orang tua si anak, yang mewasiatkan kepada seseorang atau Badan Hukum tertentu untuk melakukan perwalian atas diri dan kekayaan anak atau anak-anaknya sesudah ia meninggal dunia.²⁶

25. Darwan Prinst, Hukum Anak Indonesia, Cetakan II, PT. Citra Aditya Bakti, Malang, Tahun 2003, hlm. 122.

26. Pasal 108 Kompilasi Hukum Islam.

Selanjutnya pasal 109 Kompilasi Hukum Islam menentukan, bahwa Pengadilan Agama dapat mencabut hak perwalian seseorang atau Badan Hukum dan memindahkannya kepada Pihak lain, dan Permohonannya diajukan oleh kerabatnya, dengan alasan wali tersebut: pemabuk, penjudi, pemboros, gila, dan atau melalaikan atau menyalahgunakan hak dan wewenangnya sebagai wali demi kepentingan yang berada di bawah perwaliannya. Pasal 110 Kompilasi Hukum Islam mengatur kewajiban wali untuk mengurus diri dan harta orang yang berada di bawah perwaliannya, wali wajib memberikan bimbingan agama, pendidikan dan keterampilan lainnya kepada anak yang berada di bawah perwaliannya, kecuali bila perbuatan tersebut menguntungkan bagi orang yang berada di bawah perwaliannya atau merupakan suatu kenyataan yang tidak dapat dihindarkan. Untuk itu wali bertanggung jawab terhadap harta orang yang berada di bawah perwaliannya dan mengganti kerugian yang timbul sebagai akibat kesalahan atau kelalaiannya.

Dalam menjalankan tugasnya wali wajib membuat daftar harta benda anak yang berada di bawah perwaliannya pada waktu memulai jabatannya dan mencatat semua perubahan-perubahan harta benda anak.

Apabila anak yang berada di bawah perwalian telah mencapai usia 21 (dua puluh satu) tahun, maka wali berkewajiban menyerahkan seluruh hartanya kepadanya, yaitu dalam Pasal 111 Kompilasi Hukum Islam. Dan setelah masa perwalian ini berakhir, Pengadilan Agama berwenang mengadili perselisihan antara wali dan anak yang berada di bawah

perwaliannya, tentang harta yang diserahkan kepadanya. Namun, wali dapat mempergunakan harta orang yang berada di bawah perwaliannya, sepanjang diperlukan untuk kepentingannya menurut kepatutan atau bil ma'ruf kalau wali itu fakir.²⁷

c. Perwalian Menurut Hukum Adat

Adat merupakan pencerminan daripada kepribadian suatu bangsa, salah satu penjelmaan daripada jiwa bangsa yang bersangkutan dari abad ke abad.²⁸

Adat mengacu pada serangkaian kepercayaan, norma atau kebiasaan yang biasanya di terapkan di komunitas-komunitas penduduk Indonesia. Isinya termasuk deskripsi tentang apa yang dilakukan oleh komunitas, seperti serangkaian perintah tentang apa yang harus dilakukan oleh anggota komunitas tersebut. Oleh karena itu, maka tiap bangsa di dunia ini memiliki adat kebiasaan sendiri yang satu dengan yang lainnya tidak sama. Menyangkut perwalian yang tidak berdasarkan pada hukum formal melainkan berdasarkan kepada kebiasaan masyarakat tertentu yang menunjuk wali berdasarkan komunitas masyarakat setempat sehingga penunjukan wali tidak memiliki kepastian hukum. Menurut hukum adat, perceraian ataupun meninggalnya salah satu dari kedua orang tua tidaklah menimbulkan perwalian. Hal ini disebabkan perceraian, karena anak-anak masih berada pada salah satu dari kedua orang tuanya. Demikian juga pada

27. Lihat Pasal 112 Kompilasi Hukum Islam.

28. Surojo Wignjodipuro, Pengantar Dan Azas – Azas Hukum Adat, Alumni 1973, Bandung, 1973, hlm.1.

situasi meninggalnya salah satu dari kedua orang tuanya. Dengan demikian, yang lebih memungkinkan terjadinya perwalian, adalah apabila kedua orang tua dari anak tersebut meninggal dunia, dan anak yang ditinggalkan itu belum dewasa. Dengan meninggalnya kedua orang tua, anak-anak menjadi yatim piatu dan mereka semuanya tidak berada di bawah kekuasaan orang tua. Pada masyarakat yang matrilineal, jika bapaknya meninggal dunia, maka ibunya meneruskan kekuasaannya terhadap anak-anaknya yang masih belum dewasa itu. Jika ibunya meninggal dunia, maka anak-anak tersebut berada dalam pengasuhan keluarga ibunya. Sedangkan pada masyarakat yang patrilineal pemeliharaan anak yang ditinggalkan oleh kedua orang tuanya karena meninggal dunia, berada di tangan kerabat dari pihak ayah (laki-laki),²⁹ di Tapanuli misalnya, jika bapaknya meninggal dunia ibunya meneruskan memelihara anak-anaknya dalam lingkungan keluarga bapaknya. Jika janda itu ingin pulang ke lingkungan sendiri ataupun ingin kawin lagi, maka ia dapat meninggalkan lingkungan keluarga almarhum suaminya tetapi anak-anaknya tetap tinggal dalam kekuasaan keluarga almarhum suaminya.³⁰ Pada dasarnya dalam hukum adat Indonesia tidak ada perbedaan dalam hal mengatur pemeliharaan si anak di satu pihak dan hal mengurus barang-barang kekayaan si anak di lain pihak. Pemeliharaan anak tidak hanya sebagai kewajiban si ibu atau si bapak saja, melainkan juga sebagai kewajiban sanak saudaranya yang lebih jauh. Oleh karena itu tidak

29. Soerjono Soekanto, *Hukum Adat Indonesia*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2008, hlm. 257-258.

30. Bushar Muhammad, *Pokok-Pokok Hukum Adat*, Cet Kesepuluh, PT Pradnya Paramita, Jakarta, 2006, hlm. 11.

tampak suatu peraturan hukum adat tertentu siapa yang menggantikan orang tua si anak dalam hal memelihara anak tersebut apabila orang tuanya telah tiada ataupun bercerai.

Menurut R. Wirjono Prodjodikoro penyelesaian soal-soal pemeliharaan anak pada umumnya erat hubungannya dengan tiga macam corak kekeluargaan dan perkawinan yang ada di Indonesia. Corak keibuan, garis kekeluargaan si ibu dan dalam corak kebapaan garis kekeluargaan si bapak, yang ada peranan penting dalam hal memelihara si anak, sedang dalam corak keibu bapaan garis kekeluargaan si ibu dan si bapak keduanya pada hakikatnya ada peranan yang sama kuatnya.³¹

d. Perwalian Menurut KUH Perdata

Landasan hukum tentang perwalian dalam KUH Perdata telah disebutkan pada Bab XV dalam Pasal 331 sampai dengan Pasal 418. Dalam KUH Perdata juga mengatur tentang perwalian bagi seorang perempuan. Dalam Pasal 332 b (1) ditentukan bahwa : “perempuan bersuami tidak boleh menerima perwalian tanpa bantuan dan izin tertulis dari suaminya.” Namun jika suami tidak memberikan izin, maka bantuan dari pendamping (bijstand) itu dapat digantikan dengan kekuasaan dari hakim. Hal ini sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 332 b ayat 2 KUH Perdata “Apabila si suami telah memberikan bantuan atau izin atau apabila ia kawin dengan perempuan itu setelah perwalian bermula, sepertipun apabila si perempuan tadi menurut Pasal 112 atau Pasal 114 dengan kuasa dari hakim telah menerima perwalian

31. R. Wirjono Prodjodikoro, Hukum Perkawinan di Indonesia, Sumur Bandung, Jakarta, 1960, hlm. 85.

tersebut, maka si wali perempuan bersuami atau tidak bersuami, berhak melakukan segala tindakan-tindakan perdata berkenaan dengan perwalian tanpa pemberian kuasa atau bantuan ataupun juga dan atau tindakan-tindakan itupun bertanggung jawab pula”.

Selain perwalian dalam bentuk perorangan, KUHPerdata juga mengatur tentang perwalian yang dilakukan oleh badan hukum. Dalam pasal 355 ayat 2 KUH Perdata dinyatakan bahwa badan hukum tidak dapat diangkat menjadi wali. Tetapi berkaitan dengan hal tersebut, sebuah perwalian yang dilaksanakan oleh badan hukum harus diperintahkan oleh pengadilan.³² Hal ini sebagaimana yang dinyatakan dalam pasal 365a (1) KUH Perdata bahwa dalam hal badan hukum disertai perwalian maka panitera pengadilan yang menugaskan perwalian itu memberitahukan putusan pengadilan itu kepada dewan perwalian dan kejaksaan, akan tetapi jika pengurus badan hukum tersebut tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai wali, maka badan tersebut dapat dicabut kewenangannya sebagai wali. Demikian pula dalam pasal 379 KUH Perdata mengatur tentang orang tidak dapat menjadi wali yaitu:

1. Mereka yang sakit ingatan (krankzninngen);
2. Mereka yang belum dewasa (minderjarigen);
3. Mereka yang berada di bawah pengampuan (curatele);
4. Mereka yang telah dipecat, baik dari kekuasaan orang tua, maupun dari perwalian, namun yang demikian hanya anak-anak yang belum dewasa,

32. Chairul Fahmi, Op.Cit, hlm. 5.

yang mana dengan ketetapan hakim mereka telah kehilangan kekuasaan orang tua atau perwalian;

5. Para ketua, ketua pengganti, anggota, panitera, panitera pengganti, bendahara, juru buku dan agen Balai Harta Peninggalan, kecuali terhadap anak-anak atau anak tiri mereka sendiri.

2) Urutan dan Syarat-syarat Wali Nikah

a. Urutan Wali Nikah

Perempuan yang hendak melaksanakan perkawinan harus mempunyai seorang wali (sebagai pemegang kuasa), sebelum diserahkan atau dinikahkan kepada seorang laki-laki, lain halnya dengan seorang suami yang tidak membutuhkan wali. Seseorang yang bisa menjadi wali nikah adalah kerabat dari pengantin perempuan secara berurutan dari yang dekat sampai yang jauh, apabila nomor satu sudah meninggal (atau tidak memenuhi syarat) maka diganti nomor dua, dan seterusnya. Urutan wali nikah adalah sebagai berikut:³³ Ayah kandung, Kakek (dari garis ayah) seterusnya ke atas dalam garis laki-laki, Saudara laki-laki sekandung, Saudara laki-laki seayah, Anak laki-laki saudara laki-laki sekandung, Anak laki-laki saudara laki-laki seayah, Anak laki-laki dari anak laki-laki saudara laki-laki sekandung, Anak laki-laki dari anak laki-laki saudara laki-laki seayah, Saudara laki-laki ayah sekandung (paman), Saudara laki-laki ayah seayah (paman ayah), Anak laki-laki paman sekandung, Anak laki-laki paman seayah, Saudara laki-laki kakek sekandung, Anak laki-laki saudara

33. Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, cet. ke-IV, (Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada, 2000), hlm. 80.

laki-laki kakek sekandung, Anak laki-laki saudara laki-laki kakek seayah, Hakim (Kepala KUA).

Dalam Kompilasi Hukum Islam pada Pasal 21 ayat (1) membagi urutan kedudukan wali nikah dengan empat klompok, klompok yang satu didahulukan dari klompok lainnya, yaitu:³⁴*Pertama*, kelompok kerabat laki-laki garis lurus keatas yakni ayah, kakek dari pihak ayah dan seterusnya.*Kedua*, kelompok kerabat saudara laki-laki kandung atau saudara laki-laki seayah, dan keturunan laki-laki mereka.*Ketiga*, kelompok kerabat paman, yakni saudara laki-laki kandung ayah, saudara seayah dan keturunan laki-laki mereka.*Keempat*, kelompok saudara laki-laki kandung kakek, saudara laki-laki seayah dan keturunan laki-laki mereka.

Sedangkan di Indonesia urutan wali yang sering dianut adalah urutan wali menurut madzhab asy-Syafi'i, adapun urutan wali menurut madzhab asy-Syafi'i ialah:³⁵Ayah, Kakek dan seterusnya ke atas dari garis laki-laki, Saudara laki-laki kandung, Saudara laki-laki seayah, Kemenakan laki-laki kandung, Kemenakan laki-laki seayah, Paman kandung, Paman seayah, Saudara sepupu laki-laki kandung, Saudara sepupu laki-laki seayah, Sulthan atau hakim, Orang yang ditunjuk oleh mempelai yang bersangkutan.

b. Syarat-Syarat Wali Nikah

34. Tim Redaksi Yustisia, *Seri Perundang-Undangan, Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam*, (Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2008), hlm. 57.

35. Soemiyati, *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-Undang No 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan*, (Yogyakarta: Liberty, 2004), hlm. 45.

Orang-orang yang disebutkan di atas tadi baru berhak menjadi wali bila sudah memenuhi syarat-syarat sebagai wali, Karena begitu seriusnya para fuqoha memberikan syarat wali nikah, karena wali nikah adalah orang yang akan bertanggung jawab atas sah atau tidaknya suatu akad pernikahan, oleh karena itu persyaratan menjadi wali harus dipenuhi.³⁶ Adapun beberapa persyaratan tentang wali nikah, diantaranya adalah:³⁷

1. Beragama Islam, tidak sah akad nikah seorang muslim apabila yang wali yang menikahkan bukan beragama Islam, hal ini berdasarkan firman Allah SWT.

Artinya: Janganlah orang-orang mukmin mengambil orang-orang kafir menjadi wali dengan meninggalkan orang-orang mukmin. barang siapa berbuat demikian, niscaya lepaslah ia dari pertolongan Allah, kecuali Karena (siasat) memelihara diri dari sesuatu yang ditakuti dari mereka. dan Allah memperingatkan kamu terhadap diri (siksa)-Nya. dan Hanya kepada Allah kembali (mu).(QS. Ali Imran ayat 28).

2. Baligh atau telah dewasa dan berakal sehat dalam arti anak kecil tidak berhak menjadi wali ini merupakan syarat umum bagi seseorang yang melakukan akad
3. Laki-laki tidak boleh perempuan, laki-laki merupakan syarat wali dalam perkawinan. Demikian merupakan pendapat seluruh ulama karena dianggap lebih sempurna, sedangkan wanita dianggap mempunyai

36. Amir Syarifudin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia Antara Fiqh Munakaha dan Undang-Undang Perkawinan*, Penerbit Kencana Prenamedia Group, Tahun 2006, hlm. 76-77.

37. Ilham Bistri, *Sistem Hukum Indonesia*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004), hlm. 47.

kekurangan wanita dianggap tidak sanggup mewakili dirinya sendiri apalagi orang lain.³⁸

4. Adil, yang dimaksud adil adalah berbuat adil, tidak fasik. Menurut Imam Syafi'i yang dimaksud dengan adil itu adalah cerdas.³⁹ Cerdas yang dimaksud adalah dapat atau mampu menggunakan akal pikirannya dengan sebaik-baiknya atau seadil-adilnya. Jadi seorang durhaka tidak kehilangan hak wali dalam perkawinannya, kecuali kalau kedurhakaannya melampaui batas-batas kesopanan yang berat, karena wali tersebut jelas tidak menentramkan jiwa orang yang diutusnya karena itu hak menjadi wali hilang.⁴⁰

Persyaratan tersebut diatas memberikan pengertian bahwa syarat utama yang harus ada pada wali dalam pernikahan adalah Islam, dewasa, dan laki-laki, adil. Tentang persyaratan lain seperti berakal dan adil dapat diambil pengertian baligh karena baligh menunjukkan bahwa orang tersebut pasti dapat berbuat adil. Dengan demikian tiga persyaratan tersebut pada dasarnya telah mencakup lima persyaratan yang banyak dibahas dalam berbagai fiqih atau hukum Islam.⁴¹

5. Tidak sedang melakukan ihram, untuk haji atau umrah hal ini berdasarkan hadist Nabi dari Usman menurut riwayat muslim yang mengatakan:

38. Syekh Hasan Ayyub, *Fiqih Keluarga*, cet. ke-I, (Jakarta: Pustaka Al-Kautsar, 2001), hlm.50.

39. Kamal Mukhtar, *Azas-Azas Dalam Hukum Islam Tentang Perkawinan*. hlm. 92.

40. Sayyid Sabiq, *Fiqih Sunnah 7*, Perjemahan Mohammad Thalib, hlm.7.

41. Bakri A. Rahman dan Ahmad Sukardja, *Hukum Perkawinan Menurut Islam*, Undang-Undang Perkawinan dan Hukum Perdata, (Jakarta: Hidakarya Agung, 1981), hlm. 28.

لاينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب

Artinya: Orang yang berihram (lelaki dan perempuan) tidak boleh menikah dan tidak boleh menikahkan (perempuan yang berihram ataupun tidak), dan dia tidak boleh meminang. (HR. Imam Muslim).

Persyaratan tentang wali lebih rinci dijelaskan dalam buku Pedoman Pembantu Pencatat Nikah (PPN), yaitu:⁴²Beragama Islam, Baligh, Berakal, Tidak dipaksa, Terang laki-lakinya, Adil (bukan fasik), Tidak sedang ihram, Tidak dicabut haknya dalam menguasai harta bendanya oleh pemerintah, Merdeka.

3) Macam-Macam Wali Dalam Pernikahan

Dalam komunitas masyarakat umum banyak dari mereka hanya mengetahui orang yang berhak menjadi wali nikah hanyalah ayah saja pada hal, pada kenyataannya wali itu bervariasi tergantung bagaimana seorang wali tersebut dekat hubungan nasabnya dengan mempelai wanita yang akan dinikahkannya. Oleh sebab itu melalui media sekripsi ini penulis mencoba untuk menguraikannya. Ada pun pembagian wali menurut klasifikasinya sebagai berikut:

1. Wali Nasab

Wali nasab adalah wali nikah karena ada hubungan nasab atau pertalian darah dengan wanita yang akan melangsungkan pernikahan.⁴³ Menurut Soemiyati wali nasab artinya anggota keluarga laki-laki dari calon mempelai perempuan yang mempunyai hubungan darah

42. Departemen Agama RI, *Pedoman Pembantu Pegawai Pencatat Nikah*, (Jakarta: Proyek Pembinaan Sarana Keagamaan Islam, 1985/1986), hlm. 12.

43. Slamet Abidin dan H. Aminudin, *Fiqih Munakahat*, hlm. 89.

patrilineal dengan calon mempelai perempuan. Jadi termasuk wali nasab ialah ayah, kakek, saudara laki-laki, paman dan seterusnya.⁴⁴ Ada perbedaan pendapat diantara ulama fikih tentang urutan wali nasab. Imam Malik mengatakan bahwa perwalian itu didasarkan atas ‘ashabah, anak laki-laki dan keluarga terdekat lebih berhak untuk menjadi wali sampai ke bawah lebih utama, kemudian ayah sampai ke atas, kemudian saudara-saudara lelaki seayah seibu, kemudian saudara lelaki seayah saja, kemudian anak lelaki dari saudara-saudara lelaki seayah saja, kemudian anak laki-laki dari saudara lelaki seayah, lalu kakek dari pihak ayah, sampai keatas. Wali nasab dibagi menjadi dua, yakni wali aqrob (dekat) dan wali ab’ad (jauh). Dalam urutan diatas yang termasuk wali aqrob adalah wali yang pertama, sedangkan kedua menjadi wali ab’ad. Jika wali pertama tidak ada, maka nomor kedua menjadi wali aqrob dan wali ketiga menjadi wali ab’ad, dan seterusnya.⁴⁵ Adapun wali aqrob menjadi wali ab’ad atau tidak bisa menikahkan apabila wali aqrabnya non-Muslim, wali aqrabnya fasik, wali aqrabnya belum dewasa, wali aqrabnya gila, wali aqrabnya bisu/tuli.

2. Wali Hakim (Sulthan)

Wali hakim yaitu orang yang diangkat oleh pemerintah atau lembaga masyarakat yang biasa disebut Ahlu al-Hilli Wa al-Aqdi untuk menjadi hakim dan diberi wewenang untuk bertindak sebagai wali dalam suatu pernikahan. Dalam prakteknya wali hakim yang diangkat oleh

44. Soemiyati, Hukum Perkawinan Islam. hlm. 46.

45. H.M.A. Tihami dan Sohari Sahrani, *Fikih Munakahat Kajian Fikih Nikah Lengkap*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2009), hlm. 97.

pemerintah pada saat ini adalah Pegawai Pencatat Nikah (PPN).⁴⁶Pengertian wali hakim menurut Peraturan Menteri Agama Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2005 tentang wali hakim adalah Kepala Kantor Urusan Agama Kecamatan yang ditunjuk oleh Menteri Agama untuk bertindak sebagai wali nikah bagi calon mempelai wanita yang tidak mempunyai wali.⁴⁷Hal diatas menjelaskan bahwa yang dapat bertindak sebagai wali nikah itu adalah wali nasab atau wali hakim. Wali nasab telah dijelaskan pada penjelasan diatas. Wewenang wali nasab berpindah ke tangan wali hakim apabila:

1. Ada pertentangan pada wali itu;
2. Bilamana wali nasab tidak ada atau ada tetapi tidak mungkin menghadirkannya, atau tidak diketahui tempat tinggalnya atau ghaib atau adhal (enggan menikahkan).⁴⁸

Syariat Islam menetapkan adanya wali hakim itu untuk menghindarkan kesukaran pelaksanaan pernikahan, sedangkan itu adalah wajar, karena wanita itu ingin dinikahkan kepada seorang laki-laki yang sepadan dan sanggup membayar mahar mitsil, sedangkan wali nasab tidak mau menunda pernikahannya. Apabila kedua calon mempelai tidak mau menunda pernikahan sampai ada wali nasab, maka hakimlah yang bertindak sebagai wali nikah, sebab ada hadist yang isinya tidak boleh menunda nikah manakala sudah wajar.Di Indonesia wali hakim adalah wali yang ditunjuk

46. A.Zuhdi Muhdlor, *Memahami Hukum Perkawinan*, cet. ke-II (Bandung: al-Bayan 1995), hlm. 62.

47. Peraturan Menteri Agama Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2005 tentang wali hakim, Pasal 1 Ayat 2.

48. Djaman Nur, *Fikih Munakahat*, (Semarang: Dina Utama, 1993), hlm. 73.

oleh Menteri Agama atau pejabat yang ditunjuk olehnya yang diberi hak atau wewenang untuk bertindak sebagai wali nikah. Dalam hal wali ‘adhal, maka wali hakim baru dapat bertindak sebagai wali nikah setelah ada keputusan dari yang berwenang tentang hal itu.⁴⁹ Untuk dapat menggunakan wali hakim, diperlukan alasan-alasan kuat bagi calon pengantin perempuan, yaitu: Tidak ada wali nasab, syarat-syarat wali aqrob atau wali ab’ad tidak terpenuhi, Wali aqrob gaib atau pergi dalam perjalanan sejauh 92.5 km atau dua hari perjalanan, Wali aqrob-nya dipenjara dan tidak diketahui, Wali aqrob-nya ‘adhal, Wali aqrob-nya berbelit-belit, Wali aqrob-nya sedang ihram, Wali aqrob-nya sendiri akan menikah, Wanita yang akan dinikahkan gila, tetapi sudah dewasa dan wali mujbir tidak ada.

Wali hakim tidak berhak menikahkan apabila: Wanita yang belum baligh, Kedua belah pihak (calon wanita dari pria) tidak sekuat, Tanpa seizin wali yang akan menikahkan. Dalam keadaan tertentu, apabila wali nasab tidak dapat bertindak sebagai wali karena tidak memenuhi syarat atau menolak, dan wali hakim pun tidak dapat bertindak sebagai wali karena berbagai macam sebab, mempelai yang bersangkutan dapat mengangkat seseorang menjadi walinya untuk memenuhi syarat sahnya nikah bagi yang mengharuskan adanya wali. Wali yang diangkat oleh mempelai ini disebut wali muhakkam atau tahkim.⁵⁰ Jadi, wali tahkim adalah wali yang diangkat oleh calon suami dan atau calon istri, adapun cara pengangkatannya (cara

49. Slamet Abidin dan Aminuddin, *Fiqih Munakahat I*, (Bandung: Pustaka Setia, 1999), hlm.92.

50. Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Perkawinan Islam*, (Yogyakarta: UII Press, 1999), hlm. 45.

tahkim) adalah: calon suami mengucapkan tahkim kepada seseorang dengan kalimat, “Saya angkat bapak/saudara untuk menikahkan saya dengan si.... (calon istri) dengan mahar...dan putusan bapak/saudara saya terima dengan senang.” Setelah itu juga mengucapkan hal yang sama. Kemudian calon hakim itu menjawab, “saya terima tahkim ini”.

Wali Hakim terjadi apabila:⁵¹Wali nasab tidak ada, Wali nasab ghaib, atau berpergian sejauh dua hari perjalanan, serta tidak ada wakilnya dan Tidak ada hakim atau Pegawai Pencatat Nikah, talak, dan rujuk (NTR), Wali Maula.

Wali maula adalah wali yang menikahkan budaknya. Artinya, majikannya sendiri, laki-laki boleh menikahkan perempuan yang berada dalam perwaliannya bilamana perempuan itu rela menerimanya, maksud perempuan di sini terutama adalah hamba sahaya yang berada di bawah kekuasaannya.⁵²Allah SWT berfirman dalam surat An-Nur (24) ayat 32:

Artinya: Dan kawinkanlah orang-orang yang sedirian diantara kamu, dan orang-orang yang layak (berkawin) dari hamba-hamba sahayamu yang lelaki dan hamba-hamba sahayamu yang perempuan. jika mereka miskin Allah akan memampukan mereka dengan kurnia-Nya. dan Allah Maha luas (pemberian-Nya) lagi Maha Mengetahui.(QS. An-Nur ayat 32).

Adapun hadist yang menjadi dalil tentang diperbolehkannya menikahi budak perempuan untuk dirinya sendiri, yaitu:

ان رسول الله ﷺ اعتق صفيية وتزوجها وخل عتقها صداقها واولم عليها بحبس

51. H.M.A. Tihami dan Sohari Sahrani, *Fikih Munakahat Kajian Fikih Nikah Lengkap*, hlm.98.

52. Ibid. hlm. 99.

Artinya: Membebaskan Shafiyya lalu beliau menikahnya, dan beliau menjadikan pembebasannya itu sebagai maharnya. Kemudian beliau mengadakan walimah dengan Hais sejenis makann dengan bahan kurma, tepung dan samin).

Dengan demikian, Allah tidak melarang mereka yang menikahkan budak perempuan untuk dirinya sendiri atas dasar suka sama suka dan saling rela diantara keduanya.

3.Wali Mujbir

Dalam wacana yang berkembang secara umum, istilah wali mujbir dimaknai sebagai orang tua yang memaksa anaknya untuk kawin atau menikah dengan pilihannya, bukan pilihan anaknya.⁵³Selain itu wali mujbir yaitu seseorang atau wali yang berhak meng akad-nikahkan orang yang diwakilkan tanpa menanyakan pendapat mereka terlebih dahulu, dan akadnya berlaku juga bagi orang yang diwakilkan tanpa melihat ridho tidaknya. Bagi orang yang kehilangan kemampuannya, seperti orang gila, anak-anak yang masih belum mencapai umur tamyiz boleh dilakukan wali mujbir atas dirinya, sebagaimana dengan orang-orang yang kurang kemampuannya, seperti anak-anak dan orang yang akalnya belum sempurna, tetapi belum tamyiz (abnormal).⁵⁴Agama mengakui wali mujbir ini karena memperhatikan kepentingan yang diwakilinya. Sebab orang yang kehilangan kemampuan atau kurang kemampuannya tentu ia tidak dapat memikirkan kemaslahatan dirinya. Disamping itu ia belum mempunyai akal yang dapat digunakan untuk

53. Husein Muhammad, *Fiqih Perempuan Refleksi Kia Atas Wacana Agama dan Gender*,(Yogyakarta: Lkis, 2001), hlm. 107.

54. Sayyid Sabiq, *Fiqih Sunnah 7*, Penerjemah Mahyuddin Syaf, hlm. 21.

mengetahui kemaslahatan ‘akad yang dihadapinya. Sehingga segala tindakan yang dilakukan oleh anak kecil, orang gila atau orang yang kurang akalnya, maka bagi mereka yang mengalami hal tersebut, segala persoalan dirinya harus dikembalikan kepada walinya. Dan jika orang yang sudah kehilangan kemampuan untuk melakukan akad nikah, maka hukumnya batal karena pernyataannya di dalam mengadakan akad dan segala tindakannya tidak dianggap sempurna, sebab mereka belum tamyiz.

Ulama yang membolehkan Wali (ayah dan kakek) menikahkan tanpa izin ini menggantungkan bolehnya dengan syarat-syarat sebagai berikut:⁵⁵ Tidak ada rasa permusuhan antara bapak dan anak, laki-laki pilihan wali harus kufu (seimbang) dengan gadis yang akan dinikahkan, calon suami sanggup mampu membayar mahar mitsil, antara gadis dan calon suami tidak ada permusuhan, laki-laki pilihan wali akan dapat memenuhi kewajiban- kewajibannya sebagai suami yang baik dan tidak terbayang akan berbuat yang mengakibatkan kesengsaraan isteri. Wali Mujbir dapat dengan mudah menggunakan hak ijbarnya (untuk memaksa), namun tidak boleh dikesampingkan bahwa salah satu prinsip pernikahan dalam Islam adalah persetujuan masing-masing pihak dan didasarkan atas perasaan suka rela.

4) Kedudukan Wali Dalam Pernikahan

55. Sahal Mahfud, *Dialog dengan Kiai Sahal Mahfud Solusi Problematika Umat*, (Surabaya: Ampel Suci, 2003), hlm. 10.

Keberadaan seorang wali dalam akad nikah adalah suatu yang harus/wajib, karena tidak sah akad perkawinan yang tidak dilakukan oleh wali, wali itu ditempatkan sebagai rukun dalam perkawinan menurut kesepakatan ulama secara prinsip. Dalam akad perkawinan itu sendiri wali dapat berkedudukan sebagai orang yang bertindak atas nama mempelai perempuan dan dapat pula sebagai orang yang diminta persetujuannya untuk kelangsungan perkawinan tersebut.⁵⁶ Dalam kedudukannya sebagai orang yang bertindak atas nama mempelai perempuan dalam melakukan akad, terdapat perbedaan pendapat di kalangan para ulama terhadap mempelai yang masih kecil, baik laki-laki maupun perempuan ulama sepakat dalam mendudukannya sebagai rukun atau syarat dalam akad perkawinan. Alasannya ialah bahwa mempelai yang masih kecil tidak dapat melakukan akad dengan sendirinya dan oleh karenanya akad tersebut dilakukan oleh walinya. Namun terhadap perempuan yang telah dewasa baik yang sudah janda atau masih perawan, ulama berbeda pendapat. Beda pendapat itu disebabkan oleh karena tidak adanya dalil yang pasti yang dapat dijadikan rujukan. Seseorang wali nikah harus mempunyai hubungan darah dengan pengantin, kedudukan itu tidak dapat dilimpahkan kepada orang yang tidak memiliki hubungan darah secara sah. Sejumlah ulama berpendapat, bahwa perkawinan seorang perempuan yang gadis maupun janda akan sah jika ada walinya. Menurut mereka, keharusan itu justru untuk melindungi kepentingan pihak perempuan itu sendiri. Namun demikian, seorang wali juga tidak boleh menikahkan perempuan yang berada

56. Amir Syarifudin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia*, hlm. 69.

di bawah perwaliannya tanpa persetujuan perempuan itu. Logikanya, seorang wali tidak boleh memaksakan kehendaknya, sementara seorang perempuan harus sadar akan kedudukannya dalam sebuah susunan keluarga.⁵⁷

1. Wali Dalam Fikih

Wali nikah dalam pernikahan merupakan rukun yang harus di penuhi bagi mempelai wanita yang bertindak untuk menikahnya, dalam hal ini ada perbedaan pendapat tentang keharusan adanya wali dalam pernikahan, Dalam Fiqih Tujuh Madzhab yang dikarang oleh Mahmud Syalthut diungkapkan bahwa terdapat perbedaan pendapat nikah tanpa wali. Ada yang menyatakan boleh secara mutlak, tidak boleh secara mutlak, bergantung secara mutlak, dan ada lagi pendapat yang menyatakan boleh dalam satu hal dan tidak boleh dalam hal lainnya.⁵⁸ Dalam kitab *Bidāyat al-Mujtahid wa Nihāyat al-Muqtasid*, Ibnu Rusyd menerangkan:

اختلف العلماء هل الوولاية شرط صحة النكاح ام ليست بشرط؟ فذهب مالك الى انه لا يكون نكاح الا بولي وانها شرط الصحة في رواية ائهب عنه, وبه قال الشافعي

Artinya: Ulama berselisih pendapat apakah Wali menjadi syarat sahnya nikah atau tidak. Berdasarkan riwayat Asyhab, Malik berpendapat tidak ada nikah tanpa wali, dan wali menjadi syarat sahnya nikah. Pendapat yang sama dikemukakan pula oleh Imam Syafi'i.⁵⁹

Menurut jumhur ulama, wali nikah adalah sangat penting dan menentukan sah tidaknya sebuah perkawinan, begitu juga pendapat Imam Syafi'i, Hanbali, dan Malik berpendapat jika perempuan yang baligh dan

57. Ibid. hlm. 74.

58. Mahmud Syalthut, *Fiqih Tujuh Madzhab*, Penerjemah Abdullah Zakiy al-Kaaf, (Bandung: CV Pustaka Setia, 2000), hlm. 121.

59. Abul Walid Muhammad Ibn Ahmad Ibn Muhammad Ibnu Rusyd, *Bidayat al-Mujtahidwa Nihayat al-Muqtasid*, juz II, (Beirut: Dār al-Fikr, t.t), hlm. 6.

berakal sehat itu masih gadis, maka hak mengawinkan dirinya ada pada wali, akan tetapi jika ia janda maka hak itu pada keduanya.⁶⁰ Di dalam al-Qur'an tidak ada satu ayat al-Qur'an pun yang jelas secara ibarat al-nash yang menghendaki keberadaan wali dalam akad perkawinan. Namun dalam al-Qur'an terdapat pentunjuk nash yang ibrat-nya tidak menunjuk kepada keharusan adanya wali, tetapi dari ayat tersebut secara isyarat nash dapat dipahami menghendaki adanya wali. Di antara ayat al-Qur'an yang mengisyaratkan adanya wali adalah sebagai berikut:

Artinya: Dan apabila diantara kamu mentalak istri-istrimu, lalu habis masa Iddahnya, maka janganlah anda (para Wali) menghalangi mereka kawin dengan calon suaminya. (QS. Al- Baqarah: 232).

Artinya: Dan janganlah kamu menikahkan orang-orang Musyrik (dengan wanita-wanita mukmin) hingga mereka beriman. (QS. al-Baqarah: 221).

Menurut ulama yang mengharuskan adanya wali dalam pernikahan memahami khithab ayat al-Qur'an di atas ditujukan kepada para wali anak perempuan, sehingga seorang wali mempunyai otoritas penuh atas anak perempuannya untuk menikahkan. Jumhur ulama di samping menggunakan ayat-ayat al-Quran tersebut di atas sebagai dalil yang mewajibkan wali dalam pernikahan, untuk menguatkan pendapatnya itu ditambah dengan serangkaian hadist-hadist Nabi diantaranya adalah sebagai berikut:

عن أبي بردة عن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لانكاح إلابولي (رواهابو داود)

60. Muhammad Jawad Mughniyah, *Fikih Lima Mazhab Ja'fari, Hanafi, Maliki, Syafi'I, Hanbali*, hlm. 346.

Artinya: Dari Abu Burdah R.A dari Abi Musa R.A, Rasulullah SAW Bersabda: Tidak ada nikah melainkan dengan wali". (HR Abu Daud, Ahmad, Tirmidzi, Ibnu Hibban, dan Hakim).⁶¹

Pernyataan pada hadist ini maksudnya tidak sah, yang merupakan arti yang terdekat dari pokok persoalan ini. Jadi nikah tanpa wali adalah batal. Dan juga hadist Aisyah yang dikeluarkan oleh empat perawi hadist selain an-Nasa'i ialah sebagai berikut:

وَعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ (أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا, فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ, فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا, فَإِنْ اسْتَجْرُوا فَالْسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ) أَخْرَجَهُ الْأَرْبَعَةُ إِلَّا النَّسَائِيَّ, وَصَحَّحَهُ أَبُو عَوَانَةَ, وَابْنُ جِبَّانَ وَالْحَاكِمُ

*Dari 'Aisyah Radliyallaahu 'anhu bahwa Rasulullah Shallallaahu 'alaihi wa Sallam bersabda: "Perempuan yang nikah tanpa izin walinya, maka nikahnya batil. Jika sang laki-laki telah mencampurinya, maka ia wajib membayar maskawin untuk kehormatan yang telah dihalalkan darinya, dan jika mereka bertengkar maka penguasa dapat menjadi wali bagi wanita yang tidak mempunyai wali." Dikeluarkan oleh Imam Empat kecuali Nasa'i. Hadits shahih menurut Ibnu Uwanah, Ibnu Hibban, dan Hakim.*⁶²

Jumhur ulama berpendapat bahwa kaum wanita tidak boleh mengawinkan dirinya sendiri atau orang lain. Jadi perkawinan yang diwalikan oleh wanita sendiri adalah tidak sah. Karena wali menjadi syarat sahnya 'aqad, sedangkan yang menjadi 'aqid adalah wali itu sendiri. Di kalangan ulama terdapat perbedaan pendapat di dalam harus atau tidak adanya wali dalam nikah, Imam Abu Hanifah dan ulama Syi'ah Imamiyah berpendapat bahwa sah nikah wanita dewasa yang berakal tanpa adanya wali, wanita dewasa dapat menjadi wali dalam nikahnya juga nikah wanita lain, dengan syarat calon suaminya sekufu, dan maharnya tidak kurang dari

61. Imam Abu Daud Sulaiman Al-Ass'ats As-Sajastami, *Sunan Abi Daud*, juz II, (Beirut: Dār al-Fikr, t.t), hlm. 193.

62. Ibnu Majah, *Sunan Ibn Majah*, jilid I (Beirut: Dār al-Fikr, t.t), 596. hadis nomor 1846, hadis ini diriwayatkan oleh Ibn Majah dari 'Aisyah.

mahar yang berlaku pada masyarakat sekitar. Apabila wanita itu menikah dengan orang yang tidak sekufu dengannya maka walinya. Yang menjadi alasan Abu Hanifah membolehkan wanita gadis menikah tanpa wali adalah dengan mengemukakan alasan dari Al-Qur'an surat Al-Baqarah ayat 232 yang berbunyi:

Artinya: kemudian apabila telah habis iddahnya), maka tiada dosa bagimu membiarkan mereka berbuat terhadap diri mereka menurut yang patut.(QS. Al-Baqara: 232).

Sedangkan dari hadis, mereka beralasan dari Hadits Ibnu Abbas r.a. yang telah disepakai sahihnya, yaitu sabda Nabi SAW:

وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ (التَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا , وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ , وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا) رَوَاهُ مُسْلِمٌ . وَفِي لَفْظٍ : (لَيْسَ لِلْوَالِي مَعَ التَّيِّبِ أَمْرٌ , وَالتَّيِّمَةُ تُسْتَأْمَرُ) رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ , وَالتِّرْمِذِيُّ , وَصَحَّحَهُ ابْنُ حِبَّانَ

Dari Ibnu Abbas bahwa Nabi Shallallaahu 'alaihi wa Sallam bersabda: "Seorang janda lebih berhak menentukan (pilihan) dirinya daripada walinya dan seorang gadis diajak berembuk, dan tanda izinnya adalah diamnya." Riwayat Imam Muslim. Dalam lafaz lain disebutkan, "Tidak ada perintah bagi wali terhadap janda, dan anak yatim harus diajak berembuk." Riwayat Abu Dawud dan Nasa'i. Hadits shahih menurut Ibnu Hibban..⁶³

Imam Abu Hanifah ulama mengatakan bahwa wanita yang telah baligh dan berakal sehat boleh memilih sendiri suaminya dan boleh menikahkan dirinya sendiri, baik dia perawan atau janda, dengan syarat orang yang dipilih itu sekufu dengannya, dan maharnya tidak kurang dari mahar mitsil. Tetapi, bila dia memilih seorang laki-laki yang tidak sekufu,

63. Imam Muslim, *shahih Muslim*, juz V, hlm. 220.

maka walinya boleh menentanginya, dan meminta kepada hakim untuk membatalkan ‘akadnya.⁶⁴

2. Wali Dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan

Di dalam UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tidak ada pasal yang menjelaskan secara khusus mengenai wali nikah, hanya saja pada bab II tentang syarat-syarat perkawinan dalam Pasal 6 diatur sebagai berikut:

(ayat 2) Untuk melangsungkan perkawinan seorang yang belum mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun harus mendapat izin kedua orang tua.(ayat

3) Dalam hal seorang dari kedua orang tua meninggal dunia atau dalam keadaan tidak mampu menyatakan kehendaknya, maka izin yang dimaksud ayat (2) pasal ini cukup diperoleh dari orang tua yang masih hidup atau dari orang tua yang mampu menyatakan kehendaknya.(ayat 4) Dalam hal kedua orang tua telah meninggal dunia atau dalam keadaan tidak mampu untuk menyatakan kehendaknya, maka izin diperoleh dari wali orang yang memelihara atau keluarga yang mempunyai hubungan darah dalam garis keturunan lurus ke atas selama mereka masih hidup dan dalam keadaan menyatakan kehendaknya.

Melihat dalam Pasal 6 UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan di atas, dapat ditarik kesimpulan bahwa UU No. 1 Tahun 1974 ini menganggap bahwa wali bukan merupakan syarat sahnya sebuah perkawinan, yang diperlukan hanyalah izin dari kedua orang tua, itupun

64. Muhammad Jawad Mughniyah, *Fikih Lima Mazhab*, hlm.345.

bila kedua mempelai belum mencapai umur 21 (duapuluh satu) tahun, jika sudah berumur lebih dari 21 (duapuluh satu) tahun maka tidak lagi diperlukan izin dari kedua orang tua. Tetapi dalam Pasal 26 ayat (1) disebutkan bahwa Perkawinan yang dilangsungkan dimuka pegawai pencatat perkawinan yang tidak berwenang, wali nikah yang tidak sah atau yang dilangsungkan tanpa dihadiri oleh 2 (dua) orang saksi dapat dimintakan pembatalannya oleh keluarga dalam garis keturunan lurus ke atas dari suami atau isteri.

3. Wali Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI)

Pembahasan wali dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) diatur pada Pasal 19, 20, 21, 22, dan 23. Karena begitu pentingnya posisi wali dalam suatu perkawinan, maka KHI menjelaskan dalam Pasal 19 bahwa wali nikah merupakan rukun yang harus dipenuhi bagi calon mempelai wanita yang bertindak untuk menikahkannya. Dalam Pasal 20 dijelaskan bahwa yang bertindak sebagai wali nikah ialah seorang laki-laki yang memenuhi syarat Hukum Islam yakni muslim, aqil dan baligh. Dan wali nikah itu terdiri dari wali nasab dan wali hakim yang dijelaskan terperinci dalam Pasal 21, 22, 23. Pasal 21 ini menjelaskan tentang urutan wali nasab, yaitu:

(Ayat 1) Wali nasab terdiri dari empat kelompok dalam urutan kedudukan, kelompok yang satu didahulukan dan kelompok yang lain sesuai erat tidaknya susunan kekerabatan dengan calon mempelai wanita. *Pertama*, kelompok kerabat laki-laki garis lurus keatas yakni

ayah, kakek dari pihak ayah dan seterusnya. *Kedua*, kelompok kerabat saudara laki-laki kandung atau saudara laki-laki seayah, dan keturunan laki-laki mereka. *Ketiga*, kelompok kerabat paman, yakni saudara laki-laki kandung ayah, saudara seayah dan keturunan laki-laki mereka. *Keempat*, kelompok saudara laki-laki kandung kakek, saudara laki-laki seayah dan keturunan laki-laki mereka.

(Ayat 2) Apabila dalam satu kelompok wali nikah terdapat beberapa orang yang sama-sama berhak menjadi wali, maka yang paling berhak menjadi wali ialah yang lebih dekat derajat kekerabatannya dengan calon mempelai wanita.

(ayat 3) Apabila dalam satu kelompok sama derajat kekerabatan aka yang paling berhak menjadi wali nikah ialah kerabat kandung dari kerabat yang seayah.

(ayat 4) Apabila dalam satu kelompok, derajat kekerabatannya sama yakni sama-sama derajat kandung atau sama-sama dengan kerabat seayah, mereka sama-sama berhak menjadi wali nikah, dengan mengutamakan yang lebih tua dan memenuhi syarat-syarat wali.

Dalam Pasal 22 dijelaskan bahwa apabila wali nikah yang paling berhak urutannya tidak memenuhi syarat sebagai wali nikah atau oleh karena wali nikah itu menderita tuna wicara, tuna rungu atau sudah udzbur, maka hak menjadi wali bergeser kepada wali nikah yang lain menurut derajat berikut.

Apabila wali-wali tersebut dalam Pasal 21 ayat (1) tidak ada atau enggan atau ‘adhal, maka hak perwalian berpindah kepada Kepala Negara atau pejabat pemerintah yang di sini disebut sebagai wali hakim, dalam KHI dijelaskan dalam Pasal 23, yaitu:

(Ayat 1) Wali hakim baru dapat bertindak sebagai wali nikah apabila wali nasab tidak ada atau tidak mungkin menghadirkannya atau tidak diketahui tempat tinggalnya atau gaib atau ‘adhal atau enggan.

(Ayat2) Dalam hal wali adhal atau enggan maka wali hakim baru dapat bertindak sebagai wali nikah setelah ada putusan pengadilan Agama tentang wali tersebut.

5) Pengertian dan Kedudukan Wali Adhal

Kata ‘adhal menurut bahasa (etimologi) berasal dari Bahasa Arab yaitu:

عضل-يعضل-عضلا

Wali ‘adhal adalah wali yang tidak biasa menikahkan wanita yang telah baligh dan berakal dengan seorang laki-laki pilihannya, sedangkan masing-masing pihak menginginkan pernikahan itu dilaksanakan.⁶⁵ Dalam Peraturan Menteri Agama disebutkan bahwa wali ‘adhal ialah wali nasab yang mempunyai kekuasaan untuk menikahkan mempelai wanita yang berada dibawah perwaliannya, tetapi tidak biasa atau tidak mau menikahkan sebagai layaknya seorang wali tersebut. Pada dasarnya hak untuk menjadi wali dalam perkawinan ada di tangan wali aqrab, atau orang

65. Abdul Aziz Dahlan, *Ensiklopedia Hukum Islam*, cet. ke I, (Jakarta: PT. Ichtiar Baru Van Hoeve, 1993), hlm. 1339.

yang mewakili wali aqrab atau orang yang diberi wasiat untuk menjadi wali. Hanya wali aqrab saja yang berhak menikahkan perempuan yang dalam perwaliannya dengan orang lain. Demikian pula ia berhak melarangnya kawin dengan seseorang apabila ada sebab yang dapat diterima, misalnya suami tidak sekufu atau karena si perempuan sudah dipinang orang lain lebih dulu, atau jelek akhlaknya, atau cacat badan yang menyebabkan perkawinannya dapat di fasakhkan. Dalam hal-hal semacam ini wali aqrob adalah yang berhak menjadi wali dan haknya tidak dapat berpindah kepada orang lain, hingga kepada hakim sekalipun.⁶⁶ Tetapi apabila wali tidak bersedia menikahkan tanpa alasan yang dapat diterima padahal si perempuan sudah mencintai bakal suaminya karena telah mengenal kafa'ah-Nya baik agama, budi pekertinya, wali yang enggan menikahkan ini dinamakan wali 'adhal yang zalim. Jika wali tidak mau menikahkan, harus dilihat dulu alasannya apakah alasan syar'i atau alasan tidak syar'i. Alasan syar'i adalah alasan yang dibenarkan oleh hukum syara, misalnya anak gadis wali tersebut dilamar orang lain dan lamaran ini belum dibatalkan, atau calon suaminya adalah kafir, atau orang fasik misalnya pezina dan suka mabuk-mabukan. Jika wali menolak menikahkan anak gadisnya berdasarkan alasan syar'i seperti ini, maka wali wajib ditaati dan kewaliannya tidak berpindah kepada pihak lain (wali hakim).⁶⁷ Seorang wali dapat dikatakan 'adhal apabila:

66. Al Hamdani, *Risalah Nikah Hukum Perkawinan Islam*, (Jakarta: Pustaka Amani, 2002), hlm.120.

67. [http://kukalideres.blogspot.com/2009/12/pernikahan Tanpa Restu Wali](http://kukalideres.blogspot.com/2009/12/pernikahan-Tanpa-Restu-Wali). (artikel diakses pada tanggal, 10 Desember 2016).

- a. Wali tidak mau menikahkan wanita itu dengan laki-laki yang telah sekufu dengannya, padahal wanita itu menerima lamaran calon suaminya, baik penerimaan itu disertai tuntunan supaya mengawinkan kepada walinya maupun tidak;
- b. Wali ingin menikahkan wanita itu dengan lelaki pilihannya yang sepadam dengan wanita itu, sedang wanita yang bersangkutan meminta walinya supaya menikahkan dengan lelaki pilihannya yang sepadam dengannya.

M. Thalib mengemukakan ada beberapa alasan mengapa orang tua berusaha menghalangi perkawinan anaknya yaitu:⁶⁸

1. Orang tua melihat calon menantunya orang miskin, karena kemiskinannya orang tua khawatir anaknya hidup dalam kesengsaraan;
2. Orang tua mendapat calon menantu dari kalangan rendahan atau kalangan orang tuanya tidak terpelajar. Orang tua merasa khawatir kelak keturunannya menjadi orang bodoh atau tidak memiliki sopan santun dalam tata pergaulan keluarga Bangsawan.
3. Orang tua melihat calon menantunya dari keluarga yang dahulunya pernah bermusuhan dengan dirinya, karena itu merasa malu dan direndahkan harga dirinya oleh anaknya yang kini hendak menjalin ikatan suami istri dengan keluarga semacam ini.

Memang tidak diragukan lagi bahwa pangkat, status sosial, kedudukan yang tinggi dan beberapa pertimbangan lainnya merupakan hal-

68. M. Thalib, *20 Prilaku Durhaka Orang Tua Terhadap Anak*, cet. ke-12 (Bandung: Irsyad Baitus Salam, 1996), hlm. 90.

hal yang dituntut dan tidak dikesampingkan dalam mencari dan memelihara pasangan untuk wanita, maka adanya berbagai pertimbangan bukanlah perbuatan yang tercela. Jika seluruh pertimbangan diatas sudah dijadikan prioritas utama didalam menjatuhkan pilihan, tanpa melihat pertimbangan Agama dan akhlak, maka perbuatan tersebut merupakan perbuatan tercela. Sehingga apabila terdapat orang tua yang menolak menikahkan anaknya yang disebabkan oleh hal-hal yang tidak syar'i yaitu alasan yang tidak dibenarkan hukum syara, maka wali tersebut disebut wali adhal.

6) Latar Belakang Wali Adhal

Peristiwa wali adhal dalam perkawinan tercatat dalam sejarah perkembangan fiqih Islam bermula dari kasus atau peristiwa yang di alami oleh seorang sahabat Nabi Muhammad SAW, yang bernama Ma'qil Ibnu Yasar. Dari kasus yang mengenai dirinya inilah kemudian turun satu ayat yang memberikan keterangan dan ketentuan hukum atas kasus yang mengenai dirinya tersebut, maka turunlah ayat yaitu:

Artinya: Apabila kamu mentalak isteri-isterimu, lalu habis masa iddahnya, Maka janganlah kamu (para wali) menghalangi mereka kawin lagi dengan bakal suaminya, apabila Telah terdapat kerelaan di antara mereka dengan cara yang ma'ruf. Itulah yang dinasehatkan kepada orang-orang yang beriman di antara kamu kepada Allah dan hari ke'mudian. itu lebih baik bagimu dan lebih suci. Allah mengetahui, sedang kamu tidak Mengetahui.(QS.sl-Baqarah 232).⁶⁹

69. Al-Majid, *Al-Qur'an Terjemah dan Tajwid berwarna*, Beras, Jakarta, tanpa Tahun, hlm.37.

Ayat ini diturunkan berkaitan dengan kasus seseorang sahabat Nabi SAW yang bernama Ma'qil bin Yasar⁷⁰ Untuk bisa memperoleh pemahaman yang jelas dan dapat dipertanggung jawabkan dalam arti atau kehendak ayat tersebut, kirannya perlu dikutip jalan cerita dari peristiwa yang melatar belakanginya diturunkan ayat tersebut, Imam Syafi'i di dalam kitabnya Ahkamul Qur'an dan Imam Bukhari meriwayatkan hadits Ma'qil, yang bermula dari al Hasan dari Ashabul hikayahnya sendiri, yaitu Ma'qil Ibnu Yasar:⁷¹

و حَدَّثَنِي مُحَمَّدُ بْنُ الْمُثَنَّى حَدَّثَنَا عَبْدُ الْأَعْلَى حَدَّثَنَا سَعِيدٌ عَنْ قَتَادَةَ حَدَّثَنَا الْحَسَنُ أَنَّ مَعْقِلَ بْنَ يَسَارٍ كَانَتْ كَانَتْ تَحْتَ رَجُلٍ فَطَلَّقَهَا ثُمَّ خَلَى عَلَيْهَا حَتَّى انْفَضَّتْ عِدَّتَهَا ثُمَّ خَطَبَهَا فَحَمِيَ مَعْقِلٌ مِنْ ذَلِكَ أَنْفًا فَقَالَ خَلَى عَلَيْهَا وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَيْهَا ثُمَّ يَخْطُبُهَا فَحَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا فَأَنْزَلَ اللَّهُ { وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ } إِلَى آخِرِ الْآيَةِ فَدَعَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَرَأَ عَلَيْهِ فَتَرَكَ الْحَمِيَّةَ وَاسْتَقَادَ لِأَمْرِ اللَّهِ

Dan Telah menceritakan kepadaku Muhammad bin Al Mutsanna Telah menceritakan kepada kami Abdul A'la Telah menceritakan kepada kami Sa'id dari Qatadah Telah menceritakan kepada kami Al Hasan bahwa saudara perempuan Ma'qil bin Yasar berada di bawah seorang laki-laki, lalu laki-laki itu pun menceraikannya dan berpisah dengannya hingga masa iddahnya habis. Kemudian laki-laki itu meminangnya kembali. Maka Ma'qil pun marah dan menolak pinangan itu dan berkata, "Ia menceraikannya padahal ia mampu. Lalu ia mengkhithbahnya kembali." Akhirnya ia menghalangi ruju' antara keduanya. Maka Allah menurunkan ayat: "WA IDZAA THALLAQTUMUN NISAA` FABALAGHNA AJALAHUNNA FALAA TA'DLULUHHUNNA.." (QS. Albaqarah 232), hingga akhir ayat. Lalu Rasulullah shallallahu 'alaihi wasallam pun memanggilnya dan membacakan ayat itu kepadanya. Akhirnya ia pun meninggalkan keangkuhannya dan menerima ketentuan Allah.

70. Prof Hamka, *Tafsir Al-Azhar*, jilid I, cet. Ke-V, (Singapura: Kerjaya Pustaka Nasional PTE LTD Singapura), hlm 554.

71. Shahih Bukhari, Kitab Talaq – Nomor Hadits: 4915.

Dalam riwayat lain menyebutkan, Ali bin Abi Thalhah meriwayatkan dari Ibnu Abbas, “Ayat ini diturunkan berkenaan dengan seseorang yang menalak istrinya dengan talak satu atau dua, kemudian istrinya menjalani iddahnya hingga selesai. Setelah itu terfikir olehnya keinginan untuk menikahi dan merujuknya kembali. Maka si wanita itu pun mau menerima, tetapi walinya melarang hal itu. Lalu Allah Ta’ala melarang mereka menghalang-halangnya. Hal yang sama juga diriwayatkan al-Aufi, dari Ali bin Abi Thalhah, dari Ibnu Abbas pula.

Demikian juga yang dikatakan Masruq, Ibrahim an-Nakha’i, az-Zuhri, dan adh-Dhahhak, bahwa ayat tersebut diturunkan berkenaan dengan peristiwa tersebut. Dan mereka pun berkata: “Inilah dhahir (makna yang tampak jelas) dari ayat tersebut.”

Dalam ayat tersebut terdapat dalil yang menunjukkan bahwa, seorang wanita tidak mempunyai kekuasaan untuk menikahkan dirinya sendiri, tetapi harus ada wali baginya dalam pernikahan. Sebagaimana yang dikatakan at-Tirmidzi dan Ibnu Jarir berkenaan dengan ayat ini. Seperti yang terkandung dalam hadits berikut ini: “Seseorang wanita tidak dapat menikahkan wanita lain, dan tidak pula menikahkan dirinya sendiri. Sesungguhnya wanita pezinalah yang menikahkan dirinya sendiri. (Diriwayatkan Imam Ibnu Majah dan Daruquthni dengan syarat Syaikhani (Al-Bukharidan Muslim)).

Dalam hadits yang lain juga disebutkan: “Tidak ada nikah melainkan dengan seorang wali, yang dapat memberi petunjuk, dan dua

saksi yang adil.” (Diriwayatkan Imam Abu Daud dan Imam Tirmidzi dengan sanad Hasan. Juga diriwayatkan Imam Ahmad dan Syaikhani dengan lafadz keduanya).

Demikian kisah wali adhal yang termuat di dalam sejarah Islam namun demikian hal yang perlu di perhatikan dan dilindungi oleh hukum yaitu hak dan kewajiban antara pihak wali dan pihak yang walikan manakala di langgar atau di abaikan akan menimbulkan kekeliruan atau bahkan ketidakadilan. Berdasarkan penjelasan tersebut diatas kiranya menjadi penting dan perlu kiranya untuk di ungkapkan seberapa hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang di miliki kedua belah pihak antara wali dan anak perempuan yang mau di nikahkannya. Sehingga dari sini akan nampak jelas hak mana bila di cegah akan di nilai suatu pelanggaran ketidakadilan. Pada dasarnya seorang wali mempunyai hak-hak di samping mempunyai kewajiban-kewajiban terutama yang menyangkut hal-hal mengatur, menjaga, mengusahakan sampai pada pelaksanaan perkawinan atas anak perempuan yang mau di nikahkannya, namun di samping hak-hak dan kewajiban-kewajiban bagi wali, anak perempuan yang di mau dinikahkan pun sama mempunyai hak dan kewajiban yang di milikinya, seorang anak perempuan memang sudah menjadi kewajibannya untuk patuh kepada aturan dan kehendak walinya, yang menjadi hak waliterhadap anak perempuan yang mau di nikahkannya sebagai berikut:

1. Pelarangan wali atas perempuan yang di walinya kawin dengan :

Laki-laki yang berbeda agama (musyrik) hal ini telah di jelaskan pelarangannya dalam nash al-Qur'an:

Artinya: Dan janganlah kamu menikahi wanita-wanita musyrik, sebelum mereka beriman. (QS. Al-Baqarah : 122).

2. Laki-laki yang tidak sejdoh (sekufu), sebagaimana Hadits yang diriwayatkan oleh al-Baihaqi dan al-Daruquthni, dari Jabir bin Abdillah Al-Anshori bersabda Rasulullah saw :

... لا تتكحوا النساء الا الاكفاء ولايزوجهن الا الاولياء

Artinya: 'Janganlah engkau menikahkan wanita kecuali dengan yang sekufu' dan janganlah engkau mengawinkannya kecuali dengan izin walinya ...'.

3. Pelarangan atau pencegahan wali karena menurut pengetahuan ada rintangan syar'i seperti:Harus melalui kawin muhallil, karena baginya telah terkena talak tiga (ba'in kubro), atau laki-laki yang meminangnya ada hubungan sesusuan atau yang ada larangan dalam Pasal 39 sampai Pasa 44 Kompilasi Hukum Islam.Adapun hak-hak perempuan yang diwali diantaranya:

1. Hak untuk mengatur dirinya sendiri, termasuk menentukan jodoh yang melamarnya. Hal ini terlihat pada perempuan yang menjanda. Hal ini diterangkan oleh Imam Muslim abu hurairah ra. Bahwa nabi pernah bersabda :

وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : (لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ , وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ قَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ , وَكَيْفَ إِذْنُهَا ؟ قَالَ : أَنْ تَسْكُتَ) مُنْفَقٌ عَلَيْهِ

Dari Abu Hurairah Radliyallaahu 'anhu bahwa Rasulullah Shallallaahu 'alaihi wa Sallam bersabda: "Seorang janda tidak boleh

dinikahkan kecuali setelah diajak berembuk dan seorang gadis tidak boleh dinikahkan kecuali setelah diminta izinnya." Mereka bertanya: Wahai Rasulullah, bagaimana izinnya? Beliau bersabda: "Ia diam." Muttafaq Alaihi..⁷²

Dan juga di temui pada hadits yang lain yang berbunyi:

وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ (أَلْتَيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا , وَالْيَكْرُ تُسْتَأْمَرُ , وَإِذْنُهَا سُكُونُهَا) رَوَاهُ مُسْلِمٌ . وَفِي لَفْظٍ : (لَيْسَ لِلْوَالِيِّ مَعَ الْتَيْبِ أَمْرٌ , وَالْيَتِيمَةُ تُسْتَأْمَرُ) رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ , وَالتَّسَائِيُّ , وَصَحَّحَهُ ابْنُ جِبَانَ

Dari Ibnu Abbas bahwa Nabi Shallallaahu 'alaihi wa Sallam bersabda: "Seorang janda lebih berhak menentukan (pilihan) dirinya daripada walinya dan seorang gadis diajak berembuk, dan tanda izinnya adalah diamnya." Riwayat Imam Muslim. Dalam lafaz lain disebutkan, "Tidak ada perintah bagi wali terhadap janda, dan anak yatim harus diajak berembuk." Riwayat Abu Dawud dan Nasa'i. Hadits shahih menurut Ibnu Hibban.⁷³

2. Hak untuk menerima atau mengambil, mencegah mahar dari pihak calon suaminya perkara besar kecil mahar, atau maharnya di tangguhkan hal itu tidak mempengaruhi akan haknya.
3. Hak untuk menaruh kasih sayang terhadap calon suami yang lazimnya di lambangkan dengan bentuk kerelaan kepadanya.
4. Hak mengenai cacat badan yang mengenai diri calon suami ini juga termasuk hak perempuan, untuk meneruskan atau membatalkan.

Demikian contoh hak-hak baik bagi wali maupun bagi perempuan di wali dengan hak yang di milikinya, seorang wali yang melakukan pencegahan terhadap perempuan yang di walinya, bila atas dasar-dasar hak yang di milikinya untuk melakukan hal tersebut memang di benarkan, karena mempunyai hak yang di benarkan syara. Maka dari itu pelanggaran

72. Imam Muslim, *shahih Muslim*, juz V, hlm. 220.

73. Ibid, hlm. 120.

tadi tidaklah sebagai tindakan ‘adhal akan tetapi tindakan yang atas dasar apa yang sebenarnya.

Dalam kenyataan di masyarakat terjadi, bahwa seorang wanita atau bakal calon mempelai wanita berhadapan dengan kehendak orang tuanya atau walinya yang berbeda, termasuk soal pilihan laki-laki yang hendak dijadikan menantu (suami), ada yang sama-sama setuju, mengizinkannya, atau sebaliknya atau menolak kehadiran calon menantunya yang telah menjadi pilihannya, mungkin karena orang tua telah mempunyai pilihan lain atau karena alasan lain yang prinsip. Perlu disadari bahwa orang tua dan anak sama-sama mempunyai tanggung jawab, bagaimana menentukan jodoh, yang sesuai dengan harapan dan cita-citanya, walaupun harus berhadapan dengan kenyataan dimana orang tua dan anak berbeda pandangan satu sama lain. Bahkan dalam kenyataannya ada seseorang anak yang melarikan diri dengan laki-laki pilihannya ke tempat lain dengan tujuan hendak menikah tanpa prosedur hukum yang berlaku, hal seperti ini bukan yang diinginkan hukum dan perlu dihindari. Apabila terjadi hal yang demikian maka pihak calon mempelai perempuan berhak mengajukan kepada Pengadilan Agama, agar pengadilan memeriksa dan menetapkan adhal-Nya wali. Jika ada wali adhal, maka wali hakim baru dapat bertindak melaksanakan tugas sebagai wali nikah setelah ada putusan Pengadilan Agama tentang wali tersebut.⁷⁴Pindahannya kewalian pada wali hakim atau sultan bila seluruh

74. Seri Perundang-Undangan, Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam, cet. Ke-I, (Jakarta: Pustaka Yustisia, 2008), hlm. 58.

wali tidak ada atau bila wali qorib dalam keadaan enggan menikahkan, hal ini menjadi kesepakatan ulama dasarnya adalah hadits Nabi dari Aisyah menurut riwayat empat hadis selain al-Nasai, yang mengatakan:

Artinya: Maka apabila terjadi sengketa, hakim adalah wali bagi seorang yang baginya tidak punya wali. (HR Abu Daud, At-Tirmidzi dan Ibnu Majah).⁷⁵

Sedangkan yang menjadi dasar perpindahan kewalian kepada wali hakim pada saat wali qorib berada di tempat lain menurut pendapat jumur ulama adalah disamakan kepada wali yang tidak ada.⁷⁶ Dengan demikian dapat di peroleh gambaran bahwa latar belakang wali ‘adl adalah terpenuhinya hak-hak wali atas perkawinan yang seharusnya dilangsungkannya perkawinan. Pencegahan inilah yang oleh fiqih sebagai pencegahan yang tidak beralasan atau tidak ada sebab syar’i dan ini pula yang di kenal sebagai wali ‘adl dalam perkawinan.

7) Dasar-Dasar Penetapan Wali Adhal

Perwalian dalam perkawinan adalah suatu kekuasaan atau wewenang syar’i atas segolongan manusia, yang dilimpahkan kepada orang yang sempurna, karena kekurangan tertentu pada orang yang dikuasai itu, demikemaslahatannya sendiri.⁷⁷ Dalam agama Islam perhubungan antara anak dengan orang tua harus terjaga dengan baik, oleh sebab itu bila seorang anak perempuan hendak kawin dengan seorang laki-laki, haruslah dengan perantara orang tuanya (walinya) dan dengan persetujuan keduanya, supaya

75. At-Tirmidzi, *Sunan At-Tirmidzi, jilid II*, (Beirut : Dār al-Fikr, t.t), hlm. 352, hadis ini diceritakan dari Abi Umar kemudian diceritakan oleh Syofyan Ibnu ‘Uyainah dari Ibnu Juraij dari Sulaiman Zuhri dari Urwah dari ‘Aisyah r.a.

76. Amir Syarifudin, *Hukum Perkawinan Islam*, hlm. 79.

77. Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Mazhab*, hlm. 345.

rumah tangga yang didirikan oleh anaknya dengan suaminya, berhubungan baik dengan rumah tangga orangtuanya.⁷⁸ Apabila seorang wali tidak mau menikahkan wanita yang sudah baligh yang akan menikah dengan seorang pria kufu, maka wali tersebut dinamakan wali adhal, karena jika terjadi hal seperti ini, maka perwalian langsung pindah kepada hakim bukan pindah kepada wali ab'ad, karena adhal adalah zalim, sedangkan yang menghilangkan sesuatu yang zalim adalah hakim.⁷⁹ Wali adhal merupakan wali nikah yang enggan menjadi wali karena tidak menyukai calon menantunya dan sebagainya, perbuatan tersebut termasuk dosa apabila tidak sesuai dengan hukum syara'.⁸⁰ Adapun dasar hukum Islam yang melarang wali menghalangi anak yang di bawah kekuasaannya kawin dengan calon suaminya adalah Firman Allah swt Surat Al-Baqarah ayat 232 yang berbunyi:

وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرْضَوْنَ بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَرْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرَ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ٢٣٢

Artinya : Apabila kamu mentalak isteri-isterimu, lalu habis masa iddahnya, maka janganlah kamu (para wali) menghalangi mereka kawin lagi dengan bakal suaminya, apabila telah terdapat kerelaan di antara mereka dengan cara yang ma'ruf. Itulah yang dinasehatkan kepada orang-orang yang beriman di antara kamu kepada Allah dan hari kemudian. Itu lebih baik bagimu dan lebih suci. Allah mengetahui, sedang kamu tidak mengetahui.⁸¹

Ini sesuai dengan Kompilasi Hukum Islam pasal 23, yaitu :⁸²

78. Mahmud Yunus, Hukum Perkawinan Dalam Islam, hlm. 24.

79. Slamet Abidin Dan Aminuddin, Fiqih Munahat 1, hlm. 24.

80. Moch. Anwar, Dasar-Dasar Hukum Islam Dalam Menetapkan Keputusan Di Pengadilan Agama, hlm. 30.

81. Departemen Agama RI, Al-Qur'an Dan Terjemahnya, hlm. 67.

82. Departemen Agama RI, Kompilasi Hukum Islam, hlm. 186.

1. Wali hakim baru dapat bertindak sebagai wali nikah apabila walinasab tidak ada atau tidak mungkin menghadirkannya atau tidakdiketahui tempat tinggalnya atau ghaib atau adhalatau enggan.
2. Dalam hal wali adhalatau enggan atau wali hakim baru dapat sebagaiwali nikah setelah ada putusan dari Pengadilan Agama tentang walitersebut.

Di negara Indonesiatentang penetapan wali adhal, tercantum dalamPeraturan Menteri Agama Nomor30Tahun 2005 tentang wali hakim yaitu Bab II,Pasal 2 :

1. Bagi calon mempelai wanita yang akan menikah di wilayah Indonesia atau di luar negeri/di luar wilayah teritorial Indonesia, tidak mempunyai wali nasab yang berhak atau wali nasabnya tidak memenuhi syarat, atau mafqud, atau berhalangan, atau adhal, maka pernikahannya dilangsungkan oleh wali hakim.
2. Khusus untuk menyatakan adhalnya wali sebagaimana tersebut pada ayat (1) pasal ini ditetapkan dengan keputusan Pengadilan Agama/Mahkamah Syar'iyah yang mewilayahi tempat tinggal calon mempelai wanita

Sedangkan dalam perwujudan wali hakim terdapat dalam Bab III, pasal 3yaitu :

1. Kepala Kantor Urusan Agama Kecamatan (KUA) dalam wilayah kecamatan yang bersangkutan ditunjuk menjadi wali hakim untuk menikahkan mempelai wanita sebagaimana dimaksud dalam pasal 2 ayat (1) Peraturan ini.

2. Apabila Kepala KUA Kecamatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berhalangan atau tidak ada, maka Kepala Seksi yang membidangi tugas Urusan Agama Islam atas nama Kepala Kantor Departemen Agama kabupaten/kota diberi kuasa untuk atas nama Menteri Agama menunjuk salah satu Penghulu pada kecamatan tersebut atau terdekat untuk sementaramenjadi wali hakim dalam wilayahnya.
3. Bagi daerah terpencil atau sulit dijangkau oleh transportasi, maka Kepala Seksi yang membidangi tugas Urusan Agama Islam atas nama Kepala Departemen Agama menunjuk pembantu penghulu pada kecamatan tersebut untuk sementara menjadi wali hakim dalam wilayahnya.

Berdasarkan Peraturan Menteri Nomor 30 tahun 2005 tersebut, penetapan wali adhal harus lewat sidang Pengadilan Agama, karena adhalnya wali tidak sah dan tidak diakui sebagai wali adhal jika tidak melalui sidang Pengadilan Agama.⁸³

2. Mekanisme Wali Adhal

Menurut pasal 24 UUD 1945, kekuasaan kehakiman adalah merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam Lingkungan Peradilan Umum, Lingkungan Peradilan Agama, Lingkungan Peradilan Militer, Lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

83. Moch. Anwar, Dasar-Dasar Hukum Islam Dalam Menetapkan Keputusan Di Pengadilan Agama, hlm. 29-30.

Menurut Pasal 1 UU No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia. Peradilan Agama/ Mahkamah Syar'iyah sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman dalam melaksanakan fungsi dan kewenangannya selalu berpegang pada asas-asas yang telah ditentukan.⁸⁴

Peradilan Agama pada awalnya diatur dengan beberapa peraturan perundang-undangan yang tersebar di berbagai peraturan, yaitu Peraturan tentang Peradilan Agama di Jawa dan Madura (Staatsblad Tahun 1882 Nomor 152 dan Staatsblad Tahun 1937 Nomor 116 dan 610), Peraturan tentang Kerapatan Qadi dan Kerapatan Qadi Besar untuk sebagian Residensi Kalimantan Selatan dan Timur (Staatsblad Tahun 1937 Nomor 638 dan 639), dan Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 1957 tentang Pembentukan Pengadilan Agama/ Mahkamah Syari'ah di Luar Jawa dan Madura.

Kemudian baru pada tahun 1989 Peradilan Agama diatur dalam satu peraturan perundang-undangan, yaitu Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Dalam perkembangannya undang-undang ini mengalami beberapa kali perubahan sebagai akibat adanya perubahan atau amandeman Undang-Undang Dasar 1945 dan undang-undang yang mengatur tentang kekuasaan kehakiman.

84. Ahmad Mujahidin, *Pembaharuan Hukum Acara Peradilan Agama*, Ghalia Indonesia, Tahun 2012, hlm. 31.

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dirubah sebanyak dua kali, yaitu dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang Peradilan Agama. Dengan adanya perubahan tersebut Peradilan Agama mengalami pula perubahan tentang kekuasaan atau kewenangan mengadili di pengadilan pada lingkungan Peradilan Agama.

Peradilan dalam istilah Inggris di sebut *Judiciary*, sedangkan dalam bahasa Belanda disebut *Rechtspraak*. Keduanya mengandung maksud ‘segala sesuatu yang berhubungan dengan tugas negara dalam menegakkan hukum dan keadilan’. Pengadilan dalam istilah Inggris *curt*, sedangkan dalam istilah bahasa Belanda *rechbank*. Keduanya memiliki maksud sebagai “badan yang melakukan peradilan berupa memeriksa, mengadili, dan memutus perkara”.⁸⁵ Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama menyatakan bahwa yang dimaksud Peradilan Agama dalam undang-undang ini adalah peradilan bagi orang-orang yang beragama Islam. Sedangkan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama menyatakan bahwa Peradilan Agama adalah salah satu pelaksana kekuasaan⁸⁶ kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara tertentu

85. Ibid, hlm. 2..

86. Kata ‘kekuasaan’ sering disebut ‘kompetensi’ yang berasal dari bahasa Belanda ‘competentie’, yang kadang-kadang diterjemahkan dengan ‘kewenangan’ dan kadang dengan ‘kekuasaan’. Kekuasaan atau kewenangan peradilan ini kaitannya adalah dengan hukum acara. Lihat M. Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Perdata Agama*, (Jakarta: Pustaka Kartini), 1993, hlm. 133.

sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini. Kekuasaan Mutlak Peradilan Agama di lingkungan Peradilan Agama terdapat dua tingkat Pengadilan, yaitu Pengadilan Agama sebagai pengadilan tingkat pertama dan Pengadilan Tinggi Agama sebagai Pengadilan Tingkat Banding.⁸⁷

Peradilan Agama merupakan salah satu badan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung yang melaksanakan kekuasaan kehakiman di Indonesia. Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang dilakukan oleh Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya. Badan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung adalah badan peradilan dalam lingkungan Peradilan Umum, lingkungan Peradilan Agama, lingkungan Peradilan Militer dan lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara.

Kewenangan Peradilan Agama disebut juga kekuasaan atau kompetensi, kompetensi berasal dari bahasa Latin *competo*, kewenangan yang diberikan undang-undang mengenai batas untuk melaksanakan sesuatu tugas, wewenang mengadili. Kompetensi dalam bahasa Belanda disebut *competentie*, kekuasaan (akan) mengadili, kompetensi. Kompetensi disebut juga kekuasaan atau kewenangan mengadili yang berkaitan dengan perkara yang diperiksa di pengadilan atau pengadilan mana yang berhak memeriksa perkara tersebut. Ada dua macam kompetensi atau kekuasaan/kewenangan mengadili, yaitu kewenangan relatif dan kewenangan absolut. Wewenang relatif Peradilan Agama merujuk pada pasal 118 HIR atau Pasal 142 RB.g.

87. M. Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Perdata Agama*, (Jakarta: Pustaka Kartini), 1993, hlm. 134.

jo. Pasal 66 dan pasal 73 UU No.7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama, sedang wewenang absolut berdasarkan pasal 49 UU No. 7 tahun 1989.⁸⁸

Kewenangan Relatif mengatur pembagian kekuasaan mengadili antara pengadilan yang serupa tergantung pada tempat tinggalnya tergugat. Kekuasaan relative (*distributie van rechtsmacht*),⁸⁹ asasnya adalah yang berwenang pada pengadilan dimana tergugat bertempat tinggal (*actor sequator forum rei*) dimaksud dengan kekuasaan relatif (*relative competentie*), khusus perkara cerai gugat pada lingkungan peradilan agama yang diajukan oleh pihak istri, maka gugatan tersebut diajukan ditempat tinggal Penggugat (istri).⁹⁰

Menurut hukum acara perdata umum yang diatur dalam HIR Pasal 118 dan Rbg. Pasal 142, kompetensi relative titik tekannya adalah berkaitan dengan wilayah hukum suatu pengadilan, apabila suatu gugatan atau permohonan diajukan bukan pada tempat tinggal tergugat, maka pengadilan tanpa harus menunggu eksepsi dari tergugat, karena pengadilan berwenang untuk tidak dapat menerima gugatan/permohonan tersebut. Hukum acaraperdata khusus yang berlaku di Pengadilan Agama bertujuan untuk melindungi kaum wanita pada umumnya dan istri pada khususnya.⁹¹

1. Kewenangan Relatif Perkara Gugatan

88. Ibid. hlm. 134.

89. HIR, Pasal 118.

90. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, Pasal 73 Ayat 1 (Pasal ini tidak diubah dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006).

91. Ahmad Mujahidin, *Pembaharuan Hukum Acra Perdata Peradilan Agama dan Mahkamah Syar'iyah di Indonesia*, cet I, Tahun 2008, hlm. 125.

Pada dasarnya setiap gugatan diajukan ke Pengadilan yang wilayah hukumnya meliputi:

- a. Gugatan diajukan kepada pengadilan yang wilayah hukumnya meliputi wilayah kediaman tergugat. Apabila tidak diketahui tempat kediamannya maka pengadilan di mana tergugat bertempat tinggal.
- b. Apabila tergugat lebih dari satu orang maka gugatan dapat diajukan kepada pengadilan yang wilayah hukumnya meliputi wilayah salah satu kediaman tergugat;
- c. Apabila tempat kediaman tergugat tidak diketahui atau tempat tinggalnya tidak diketahui atau jika tergugat tidak dikenal (tidak diketahui) maka gugatan diajukan ke pengadilan yang wilayah hukumnya meliputi tempat tinggal penggugat;
- d. Apabila objek perkara adalah benda tidak bergerak, gugatan dapat diajukan ke pengadilan yang wilayah hukumnya meliputi letak benda tidak bergerak.
- e. Apabila dalam suatu akta tertulis ditentukan domisili pilihan, gugatan diajukan kepada pengadilan yang domisilinya dipilih.

Kewenangan relatif perkara gugatan pada Pengadilan Agama terdapat beberapa pengecualian sebagai berikut.

- a. Permohonan Cerai Talak

Permohonan cerai talak diatur dalam pasal 66 ayat (2) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang

Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagai berikut:

- Apabila suami/pemohon yang mengajukan permohonan cerai talak maka yang berhak memeriksa perkara adalah Pengadilan Agama yang wilayah hukumnya meliputi kediaman istri/termohon.
- Suami/pemohon dapat mengajukan permohonan cerai talak ke Pengadilan Agama yang wilayah hukumnya meliputi kediaman suami/pemohon apabila istri/termohon secara sengaja meninggalkan tempat kediaman tanpa izin suami.
- Apabila istri/termohon bertempat kediaman di luar negeri maka yang berwenang adalah Pengadilan Agama yang meliputi kediaman suami/pemohon.
- Apabila keduanya keduanya (suami istri) bertempat kediaman di luar negeri, yang berhak adalah Pengadilan Agama yang wilayah hukumnya meliputi tempat pelaksanaan perkawinan atau Pengadilan Agama Jakarta Pusat.

b. Perkara Gugat Cerai

Perkara gugat cerai diatur dalam pasal 73 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan

Agama Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagai berikut.

- Pengadilan Agama yang berwenang memeriksa perkara cerai gugat adalah Pengadilan Agama yang wilayah hukumnya meliputi kediaman istri/penggugat.
- Apabila istri/penggugat secara sengaja meninggalkan tempat kediaman tanpa izin suami maka perkara gugat cerai diajukan ke Pengadilan Agama yang wilayah hukumnya meliputi kediaman suami/tergugat.
- Apabila istri/penggugat bertempat kediaman di luar negeri maka yang berwenang adalah Pengadilan Agama yang meliputi kediaman suami/tergugat.
- Apabila keduanya (suami istri) bertempat kediaman di luar negeri, yang berhak adalah Pengadilan Agama yang wilayah hukumnya meliputi tempat pelaksanaan perkawinan atau Pengadilan Agama Jakarta Pusat.

2. Kewenangan Relatif Perkara Permohonan

Untuk menentukan kekuasaan relatif Pengadilan Agama dalam perkara permohonan adalah diajukan ke pengadilan yang wilayah hukumnya meliputi kediaman pemohon, namun dalam Pengadilan Agama telah ditentukan mengenai kewenangan relatif dalam perkara-perkara tertentu, perkara-perkara tersebut adalah sebagai berikut:

- Permohonan ijin poligami diajukan ke Pengadilan Agama yang wilayah hukumnya meliputi kediaman pemohon.
- Permohonan dispensasi perkawinan bagi calon suami atau istri yang belum mencapai umur perkawinan (19 tahun bagi laki-laki dan 16 tahun bagi perempuan) diajukan oleh orang tuanya yang bersangkutan kepada Pengadilan Agama yang wilayah hukumnya meliputi kediaman pemohon.
- Permohonan pencegahan perkawinan diajukan ke Pengadilan Agama yang wilayah hukumnya meliputi tempat pelaksanaan perkawinan.
- Permohonan pembatalan perkawinan diajukan kepada Pengadilan Agama yang wilayah hukumnya meliputi tempat dilangsungkannya pernikahan atau tempat tinggal suami atau istri.
- Permohonan wali adhal.⁹²

Kewenangan absolut adalah kekuasaan yang berhubungan dengan jenis perkara dan sengketa kekuasaan pengadilan, dalam Bahasa Belanda di sebut "*attributie van rechtsmacht*" sesuai dengan peran fungsi Pengadilan, dalam peradilan agama harus menyatakan tidak berwenang untuk memeriksa dan mengadili perkara yang bukan menjadi kewenangannya, tidak tergantung pada ada atau tidak adanya eksepsi dari Tergugat, dan hal ini dapat dilaksanakan pada awal pemeriksaan.⁹³ Kekuasaan pengadilan di lingkungan Peradilan Agama adalah memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara

92. Lihat Kompilasi Hukum Islam Pasal 23 Ayat 2 dan Peraturan Menteri Agama nomor 30 Tahun 2005 BAB II, Pasal 2 Ayat 2.

93. Ahmad Mujahidin, *Pembaharuan Hukum Acra Perdata Peradilan Agama dan Mahkamah Syar'iyah di Indonesia*, cet I, Tahun 2008, hlm. 116.

perdata tertentu di kalangan golongan rakyat tertentu, yaitu orang-orang yang beragama Islam. Kekuasaan absolut Pengadilan Agama diatur dalam pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, yaitu Pengadilan Agama berwenang untuk memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, shadaqah, dan ekonomi syari'ah.

Dalam penjelasan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006, yang dimaksud dengan "perkawinan" adalah hal-hal yang diatur dalam atau berdasarkan undang-undang mengenai perkawinan yang berlaku yang dilakukan menurut syari'ah, antara lain:

1. izin beristri lebih dari seorang;
2. izin melangsungkan perkawinan bagi orang yang belum berusia 21 (dua puluh satu) tahun dalam hal orang tua atau wali atau keluarga dalam garis lurus ada perbedaan pendapat;
3. dispensasi kawin;
4. pencegahan perkawinan;
5. penolakan perkawinan oleh Pegawai Pencatat Nikah;
6. pembatalan perkawinan;
7. gugatan kelalaian atas kewajiban suami atau istri;
8. perceraian karena talak;
9. gugatan perceraian;

10. penyelesaian harta bersama;
11. penguasaan anak-anak;
12. ibu dapat memikul biaya pemeliharaan dan pendidikan bilamana bapak yang seharusnya bertanggung jawab tidak memenuhinya;
13. penentuan kewajiban memberi biaya penghidupan oleh suami kepada bekas istri atau penentuan suatu kewajiban bagi bekas istri;
14. putusan tentang sah atau tidaknya seorang anak;
15. putusan tentang pencabutan kekuasaan orang tua;
16. pencabutan kekuasaan wali;
17. penunjukkan orang lain sebagai wali oleh pengadilan dalam hal kekuasaan seorang wali dicabut;
18. menunjuk seorang wali dalam hal seorang anak yang belum cukup umur 18 (delapan belas) tahun yang ditinggal kedua orang tuanya padahal tidak ada penunjukkan wali oleh orang tuanya;
19. pembebanan kewajiban ganti kerugian terhadap wali yang telah menyebabkan kerugian atas harta benda anak yang ada di bawah kekuasaannya;
20. penetapan asal usul seorang anak;
21. putusan tentang hal penolakan pemberian keterangan untuk melakukan perkawinan campuran;
22. pernyataan tentang sahnya perkawinan yang terjadi sebelum Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan dijalankan menurut peraturan yang lain.

23. Syiqoq.⁹⁴

24. Li'an.⁹⁵

Dalam Kompilasi Hukum Islam juga ada pasal-pasal memberikan kewenangan Peradilan Agama untuk memeriksa perkara perkawinan, yaitu:

25. Penetapan Wali Adlal;

26. Perselisihan penggantian mahar yang hilang sebelum diserahkan.

Mekanisme perkara wali adhal harus dilakukan secara sistematis, dan melalui tahapan-tahapan yaitu melalui mekanisme penerimaan perkara dan mekanisme pemeriksaan perkara dalam persidangan.

Mekanisme penerimaan perkara dilalui beberapa tahapan yaitu: 1. Tahap pengajuan perkara, 2. Tahap pembayaran panjar biaya perkara, 3. Tahap pendaftaran perkara, 4. Tahap Penetapan Majelis Hakim (PMH), 5. Tahap Penunjukan Panitera Sidang (PPS), 6. Tahap Penetapan Hari Sidang (PHS) 7. Tahap Pemanggilan Para Pihak.⁹⁶ Adapun mekanisme penerimaan perkara wali adhal adalah: Calon mempelai wanita yang akan melangsungkan perkawinan yang wali nikahnya tidak mau menjadi wali dalam perkawinan tersebut dapat mengajukan permohonan penetapan wali adhal kepada Pengadilan Agama/Mahkamah Syar'iyah. Berikut ini adalah tata cara pengajuan wali adhal:

94. Lihat Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Pasal 76 Ayat 2 (tidak di ubah dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006).

95. Ibit. Pasal 87 dan 88 (tidak di ubah dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006).

96. Ahmad Mujahidin, *Pembaharuan Hukum Acra Perdata Peradilan Agama dan Mahkamah Syar'iyah di Indonesia*, cet I, Tahun 2008, hlm. 148-153.

- 1) Permohonan penetapan wali adhal diajukan oleh calon mempelai wanita yang wali nikahnya tidak mau melaksanakan pernikahan kepada Pengadilan Agama / Mahkamah Syar'iyah dalam wilayah hukum dimana calon mempelai wanita tersebut bertempat tinggal.
- 2) Permohonan wali adhal yang diajukan oleh calon mempelai wanita dapat dilakukan secara kumulatif dengan izin kawin kepada pengadilan agama / Mahkamah Syar'iyah dalam wilayah hukum dimana calon mempelai wanita tersebut bertempat tinggal.
- 3) Pengadilan Agama/Mahkamah Syar'iyah dapat mengabulkan permohonan penetapan wali adhal setelah mendengar keterangan orang tua dan saksi-saksi dalam persidangan.
- 4) Permohonan wali adhal bersifat voluntair, produknya berbentuk penetapan. Jika pemohon tidak puas dengan penetapan tersebut dapat mengajukan upaya kasasi.
- 5) Adapun upaya hukum yang dapat ditempuh wali nikah pemohon adalah :
 - a. Pencegahan perkawinan, jika perkawinan belum dilangsungkan
 - b. Pembatalan perkawinan, jika perkawinan telah dilangsungkan.
 - c. Permohonan pencegahan perkawinan diajukan kepada Pengadilan Agama/Mahkamah Syar'iyah dalam wilayah hukum dimana perkawinan akan dilangsungkan (pasal 17 UU no 1 tahun 1974).
 - d. Permohonan pembatalan nikah diajukan ke Pengadilan Agama/ mahkamah Syar'iyah dalam wilayah hukum perkawinan tersebut

dilaksanakan atau di tempat tinggal kedua suami isteri, suami atau isteri.⁹⁷

Mekanisme pemeriksaan perkara dalam persidang secara umum harus dilalui yaitu: Sidang pertama, Upaya perdamaian, Penundaan harisidang, Hak ingkar (warking) terhadap Hakim, Perubahan gugatan, jawaban Tergugat, Replik Penggugat, Duplik Tergugat, Pembuktian, Kesimpulan, Putusan/Penetapan Hakim.

Perkara yang diperiksa Pengadilan di lingkungan Peradilan Agama ada dua macam, yaitu permohonan (voluntaire) dan gugatan (contentieus).Perbedaan antara Voluntaire dengan Contentieus yaitu mengandung sengketa dan ada pihak lawan,⁹⁸ sedangkan Voluntaire tidak ada jawab menjawab dan tidak mengandung sengketa.

Pemohonan adalah mengenai suatu perkara yang tidak ada pihak-pihak lain yang saling bersengketa. Gugatan adalah suatu perkara yang terdapat sengketa antara dua belah pihak.Perbedaan antara permohonan dan gugatan adalah dalam permohonan hanya ada satu pihak saja sedangkan dalam gugatan terdapat dua pihak yang bersengketa.Dalam permohonan tidak terdapat sengketa sedangkan perkara gugatan terdapat sengketa antara kedua belah pihak.Dalam permohonan hakim hanya menjalankan fungsi executive power atau administratif saja sehingga permohonan disebut *jurisdictio voluntaria* atau peradilan yang bukan sebenarnya. Sedangkan

97. Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Peradilan Agama, Buku II, Mahkamah Agung RI, Dirjen Badan Peradilan Agama, Tahun 2013, hlm, 139.

98. Ahmad Mujahidin, *Pembaharuan Hukum Acra Perdata Peradilan Agama dan Mahkamah Syar'iyah di Indonesia*, cet I, Tahun 2008, hlm. 161-182.

dalam gugatan hakim berfungsi sebagai hakim yang mengadili dan memutus pihak yang benar dan yang tidak benar. Gugatan disebut juga *Jurisdictio contentieux* atau peradilan yang sesungguhnya.

Produk pengadilan dalam perkara permohonan berupa penetapan atau *beschikking*, disebut juga putusan *declaratoir* yaitu putusan yang sifatnya menerangkan atau menetapkan suatu keadaan atau status tertentu. Produk pengadilan dalam perkara gugatan berupa putusan atau *vonnis*, yang putusan dapat berupa putusan *condemnatoir* yaitu putusan yang bersifat menghukum kepada para pihak yang bersengketa. Penetapan hanya mengikat pada pemohon saja sehingga tidak mempunyai kekuatan eksekutorial atau penetapan tidak dapat dilaksanakan/eksekusi. Sedangkan putusan gugatan mengikat kepada kedua belah pihak sehingga mempunyai kekuatan eksekutorial.

3. Perkembangan Hukum Islam di Indonesia

Istilah hukum Islam merupakan istilah khas Indonesia sebagai terjemahan *al-fiqh al-islami* atau dalam konteks tertentu dari *al-syari'ah al-islami*. Istilah ini dalam wacana ahli hukum barat digunakan *Islamic Law*

.⁹⁹Hasbi Ash-Shiddieqi mendefinisikan hukum Islam adalah koleksi daya upaya para ahli hukum untuk menerapkan *syari'at* atas kebutuhan masyarakat. Dalam khazanah ilmu hukum Indonesia, istilah hukum Islam dikenal sebagai penggabungan dua kata, hukum dan Islam. Hukum adalah seperangkat peraturan tentang tindak tanduk atau tingkah laku yang diakui

99. Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta : PT Raja Grafindo Persada, 2003), hlm.3.

oleh suatu negara atau masyarakat yang berlaku dan mengikat untuk seluruh anggotanya. Kemudian kata hukum disandarkan kepada kata Islam. Jadi dapat dipahami bahwa hukum Islam adalah peraturan yang dirumuskan berdasarkan wahyu Allah dan sunnah Rasul tentang tingkah laku mukallaf yang diakui dan diyakini berlaku dan mengikat bagi semua pemeluk Islam.¹⁰⁰

Selain perkembangan hukum Islam melalui perundang-undangan, terdapat juga perkembangan ijtihad, ijma' para ulama mengenai sistem kewarisan bilateral menurut Qur'an dan Hadis, kedudukan ahli waris pengganti (mawali) dalam kewarisan Islam dan lahirnya kaidah hukum perkawinan Islam, hukum kewarisan Islam, dan hukum wakaf Islam.

Perjuangan untuk melegal-positifkan hukum Islam mulai menampakkan hasilnya ketika akhirnya hukum Islam mendapat pengakuan secara konstitusional juridis, berbagai peraturan perundang-undangan yang sebagian besar materinya diambil dari kitab fikih yang dianggap representatif telah disahkan oleh pemerintah Indonesia, diantaranya adalah Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1977 tentang Perwakafan Tanah Milik yang merupakan tindak lanjut dari Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Pokok-Pokok Agraria. Oleh karenanya, adalah wajar jika pada tahun 1991 Presiden RI mengeluarkan Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang sosialisasi Kompilasi Hukum Islam (KHI).¹⁰¹ Selain beberapa legislasi di atas masih ada beberapa peraturan

100. Ibid., hlm. 7-8.

101. Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia Dari Nalar Partisipatoris Hingga Emansipatoris* (Yogyakarta : LkiS, 2005), hlm. 56-57.

perundang-undangan lain yang mendukung terlaksananya hukum Islam di Indonesia, diantaranya UU Nomor 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat dan Undang-Undang Nomor 17 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Haji.¹⁰²

Dengan diraihnya kemerdekaan dan mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam, maka bangsa Indonesia perlu untuk memberlakukan hukum Islam sebagai hukum positif bagi umat Islam yang dilandasi oleh nilai filosofis, yuridis, dan sosiologis bagi umat Islam Indonesia, hal ini tercermin dengan terumuskannya Undang-undang Nomor 32 tahun 1954 tentang Penetapan berlakunya Undang-undang Republik Indonesia tanggal 21 November 1946 No. 22 tahun 1946 tentang Pencatatan Nikah, Talak, dan Rujuk diseluruh daerah luar Jawa dan Madura, Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, Peraturan Pemerintah No.9 tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, dan pada puncaknya pemerintah Indonesia, dengan mengejutkan banyak kalangan pemerhati, pada tanggal 29 Desember 1989, mengesahkan Undang-undang Nomor 7 tentang Pengadilan Agama yang memunculkan perubahan paling baru tentang pengadilan agama sebagai institusi.¹⁰³

Reformasi telah membawa angin perubahan dengan berdasarkan pada Pasal 13 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004, di masa pemerintahan Reformasi Pembangunan sekarang ini, pembinaan dan pengawasan yang dilakukan Yudikatif dan Eksekutif tersebut sudah dianggap

102. Ibid., h. 57.

103. Ratno Lukito, *Pergumulan Antara Hukum Islam dan Adat di Indonesia*, (Jakarta: INIS, 1998), hlm. 73

tidak layak lagi, karena jelas mempengaruhi kemandirian Badan Peradilan Agama. Eksekutif tidak bisa lagi mencampuri Yudikatif berdasarkan peraturan yang diterbitkan pada tanggal 30 Juli 1999 disahkan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman. Undang-undang tersebut kemudian diubah kembali melalui ketetapan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 13 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman berbunyi: Organisasi, administrasi, dan finansial Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya, berada di bawah kekuasaan Mahkamah Agung. Disahkannya undang-undang tersebut menjadi peristiwa yang amat bersejarah bagi Lembaga Kekuasaan Kehakiman, karena menjadi tonggak sejarah bagi terwujudnya kemerdekaan dan kemandirian dari Kekuasaan Kehakiman secara utuh di bawah Mahkamah Agung, setelah sekian lama pembinaan atasnya dilakukan oleh dua lembaga kekuasaan: Eksekutif (Departemen yang bersangkutan) dan Yudikatif (Mahkamah Agung). Tujuan pemisahan kekuasaan antara Eksekutif dan Yudikatif yang dikehendaki dan diaturoleh Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman tersebut adalah memantapkan proses Lembaga Peradilan Agama dalam segi-segi hukum formal dan teknis peradilan, sehingga dapat terwujud Kekuasaan Kehakiman yang merdeka dengan terselenggaranya peradilan yang bebas dari pengaruh dan intervensi kekuasaan Eksekutif dan benar-benar mandiri. Namun, ternyata realisasi kehendak Undang-Undang tersebut bukan hal yang mudah, yang

langsung bisa dilaksanakan dengan disahkannya Undang-Undang tersebut. Dari sisi kewenangan, perubahan akibat reformasi sangat positif. Untuk merespon dinamika dan kebutuhan masyarakat, Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama memberikan perluasan kewenangan. Pengadilan Agama bertugas dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, shadaqah, dan ekonomi syariah. Dalam bidang perkawinan Pengadilan Agama mempunyai kewenangan absolut dalam mengadili dan menyelesaikan masalah penetapan wali adhal yang berdasarkan hukum Islam.¹⁰⁴

F. Kerangka Teori

Kerangka teori yang akan digunakan untuk menjawab permasalahan disertasi ini menggunakan formulasi JE. Dougherty, dan RL. Pfaltzgraff,¹⁰⁵ yaitu *Grand theory*, *Middle Range Theory*, dan *Applied Theory*. *Grand Theory* atau teori makro merupakan dasar mula teori-teori lain dalam berbagai level. *Middle Range Theory* atau (teori menengah) adalah teori yang fokus kajiannya makro dan mikro sekaligus. Adapun *Applied Theory* atau teori mikro (*Small Range Theory*) merupakan teori yang berada di level mikro dan siap diaplikasikan dalam konseptualisasi. Penelitian ini menggunakan jenis

104. Dawi Ahsan Mansur, Paradigma Baru Peradilan Agama, <http://www.pawonosari.net/asset/paradigma-baru-pa.pdf>.

105 James E. Dougherty, and Robert L. Pfaltzgraff, *Contending Theories of International Relations: A Comprehensive Survey*, 3rd Edition. Harper & Rows, New York, 1990, hlm. 9-13.

penelitian kualitatif dengan pendekatan sosio-legal. Teori yang digunakan adalah teori-teori yang relevan dengan topik penelitian, baik dilihat dari substansi maupun konteksnya. Dilihat dari substansi materi meliputi: (i) Grand Theory: Negara Hukum, Sistem Hukum, dan Teori Double Movement (ii) Middle Range Theory: Teori Bekerjanya Hukum, Teori Hukum Progresif, Teori Hukum Responsif dan Teori Budaya Hukum (iii) Applied Theory: Teori Maqasid Al-Syari'ah, Teori Masalah dan Teori Keadilan.

1. Grand Theory (Negara Hukum, Sistem Hukum dan Double Movement)

Konsep negara hukum modern¹⁰⁶ mengalami pertumbuhan menjelang abad ke XXI, yang ditandai dengan lahirnya *welfare state* (tugas negara berubah dari penjaga malam dan keamanan menjadi pemerintah harus bertanggungjawab atas kesejahteraan rakyat), akibat banyaknya kecaman terhadap ekseseks dalam industrialisasi dan sistem kapitalisme, serta tersebarnya paham sosialisme yang menginginkan pembagian kekuasaan dan kemenangan partai sosialis di Eropa.¹⁰⁷

106. Friedman membedakan negara hukum dalam pengertian formil (*in the formal sense*), dan pengertian hakiki atau materiil (*ideological sense*). Negara hukum dalam arti formil adalah "*organized public power*" atau kekuasaan umum yang terorganisasikan, sehingga setiap organisasi hukum (termasuk organisasi negara) mempunyai konsep negara hukum, termasuk negara-negara otoriter sekalipun. Adapun negara hukum dalam pengertian hakiki (materiil), adalah "*the rule of just law*" atau hukum berkaitan dengan penegakannya secara hakiki, menyangkut ukuran-ukuran tentang baik-buruknya hukum didasarkan pada masyarakatnya dan "rasa keadilan" di dalamnya. Lihat Friedman, Wolfgang G. *Law in a Changing Society*, Penguin, Harmondsworth, 1964, hlm. 254. Adapun Utrecht membedakan antara negara hukum formil atau negara hukum klasik, dan negara hukum materiil atau negara hukum modern. Negara hukum formil menyangkut pengertian hukum yang bersifat formil dan sempit, yaitu dalam arti peraturan perundang-undangan tertulis. Sedangkan negara hukum materiil yang lebih mutakhir mencakup pula pengertian keadilan di dalamnya. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara*, Ichtiar, Jakarta, 1962, hlm. 9.

107. *Welfare state* adalah suatu bentuk masyarakat yang ditandai dengan suatu sistem kesejahteraan yang demokratis dan ditunjang oleh pemerintah yang ditempatkan atas landasan

Sejalan dengan perubahan konsep negara hukum modern (*welfare state*), maka konsep negara hukum klasik seperti yang diajukan oleh A.V. Dicey dan Stahl ditinjau ulang dan dirumuskan kembali sesuai dengan tuntutan abad ke XXI. Menurut F. Julius Stahl, konsep negara hukum yang disebutnya *Rechtsstaat* itu mencakup empat elemen penting, yaitu: perlindungan hak asasi manusia, pembagian atau pemisahan kekuasaan, pemerintahan berdasarkan undang-undang, dan peradilan tata usaha negara. A.V. Dicey menyetengahkan tiga ciri penting dalam setiap negara hukum yang disebutnya dengan istilah *The Rule of Law* yaitu, supremasi hukum, persamaan di hadapan hukum dan perlindungan HAM.¹⁰⁸

Negara Indonesia merupakan negara hukum yang demokratis, ialah negara yang melembagakan prinsip-prinsip kedaulatan rakyat sekaligus prinsip-prinsip negara hukum dalam segala aspek kehidupan kenegaraan. Negara demokrasi berprinsipkan bahwa sumber legitimasi kekuasaan dalam negara yang dijalankan oleh organ-organnya berasal dari rakyat, sehingga dengan demikian pemerintahan sejatinya berasal dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat.¹⁰⁹ Secara garis besar perwujudan

baru, memberikan satu jaminan perawatan sosial yang kolektif pada warga-warganya. *Welfare state* (negara kesejahteraan) atau *social service state* yaitu negara yang memberikan pelayanan kepada masyarakat. Lihat Budiardjo, Miriam. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1996, hlm. 59.

108. Thoenes, Piet. "The Elite in The Welfare State". Dalam Mustaming Daeng Matutu, "Selayang Pandang tentang Perkembangan Tipe-tipe Negara Modern", (Pidato pada lustrum ke IV Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat Universitas Hassanuddin di Makasar, 3 Maret 1972), Hassanuddin University Press, Ujung Pandang, hlm. 20-23. Lihat juga Husen, La Ode. *Hubungan Fungsi Pengawasan DPR dengan BPK dalam Sitem Ketatanegaraan Indonesia*, CV Utama, Bandung, 2005, hlm. 80.

109. Istilah demokrasi yang dimaknakan sebagai "pemerintahan dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat" diintrodusir oleh Presiden Lincon, seorang Presiden yang menjadi ikon bagi perjuangan demokrasi dan gerakan anti rasialisme dan perbudakan di Amerika Serikat.

kedaulatan rakyat dalam kehidupan bernegara dapat ditunjukkan dalam dua hal, yaitu dalam lembaga perwakilan rakyat atau parlemen, dan dalam bentuk konstitusi sebagai wujud perjanjian masyarakat.¹¹⁰ Sementara negara hukum menghendaki kekuasaan agar kekuasaan tertinggi dalam negara adalah hukum. Hukum adalah panglima, sehingga yang memerintah sejatinya adalah hukum dan bukan manusia (*the rule of law and not of man*). Secara konstitusional, penganutan konsep negara hukum dan negara yang berkedaulatan rakyat tersebut tertuang dalam Pasal 1 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yaitu: “Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar”, dan “Negara Indonesia adalah negara hukum”.¹¹¹

Sistem Hukum merupakan sistem sebagai jenis satuan yang terdiri dari berbagai komponen subsistem yang secara mekanik-fungsional saling berhubungan untuk mencapai suatu tujuan. Sistem hukum terdiri dari

110. Teori Perjanjian Masyarakat sebagaimana dikemukakan oleh John Locke dan Rousseau menjadi landasan teoritik legitimasi produk hukum, apakah itu konstitusi atau produk legislatif lainnya.

111. Syarat-syarat mendasar agar suatu negara dikatakan sebagai negara hukum yang demokratis (negara demokratis dibawah *rule of law*) dapat dilihat rumusannya pada hasil seminar International Commission of Jurists di Bangkok Tahun 1965, yaitu sebagai berikut: (i) perlindungan konstitusional, dalam arti bahwa konstitusi selain menjamin hak-hak individu harus menentukan juga cara prosedural untuk memperoleh perlindungan atas hak-hak yang dijamin itu; (ii) badan kehakiman yang bebas (*independent dan impartial tribunals*); (iii) pemilihan umum yang bebas; (iv) kebebasan untuk menyatakan pendapat; (v) kebebasan untuk berserikat/berorganisasi dan beroposisi; dan (v) pendidikan kewarganegaraan (*civic education*). Lihat Budiardjo, Miriam. *Dasar-Dasar...*, *Op.Cit.*, hlm. 60.

komponen jiwa bangsa, komponen struktural, komponen substansial, dan komponen budaya hukum (Ludwig von Bertalanffy, H. Thierry).¹¹²

Penelitian ini mendasarkan pada pengertian sistem hukum menurut Friedman¹¹³ yang terdiri dari tiga unsur, yaitu unsur substansi (*legal substance*), struktur (*legal structure*), dan kultur (*legal culture*). Ketiga substansi tersebut harus benar-benar menjadi kesatuan, dengan pengertian tidak boleh ada unsur yang saling bertentangan satu dengan yang lainnya. Atau dengan istilah lain bahwa salah satu sifat utama dari sebuah sistem hukum adalah konsistensi. Konsistensi antar sub sistem hukum ini hanya bisa muncul apabila sistem tersebut memiliki sifat *wholism*,¹¹⁴ atau keutuhan, dan hukum dengan perangkatnya yang mampu untuk menciptakan instrumen-instrumen yang secara internal mampu menjaga dan mengawasi agar konsistensi itu terjadi. Jelas bahwa untuk kepentingan analisis teoretik, demi kedayagunaannya yang praktikal, hukum nasional itu, sebagai suatu sistem institusional, mestilah dikenali dalam tiga gatranya.

Negara hukum dan sistem hukum Indonesia yang berlandaskan Pancasila, menempatkan hukum sebagai dasar strategis dan kekuasaan tertinggi dalam mewujudkan masyarakat yang adil dan makmur dan merata, baik materiil maupun spirituil berdasarkan Pancasila dan UUD

112. Mustofa, Bachsan. *Sistem Hukum Indonesia*, Remadja Karya, Bandung, 1984, hlm. 5-7. Lihat juga Mustofa, Bachsan. *Sistem Hukum Indonesia Terpadu*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hlm. 3-5.

113. Friedman, Lawrence M. *The Legal System....*, *Op.Cit.*, hlm. 15-17.

¹¹⁴. Sistem merupakan suatu keseluruhan yang bulat dan utuh, lihat Arifin, Tatang M. *Pokok-Pokok....*, *Op.Cit.*, hlm.1.

1945 secara berkesinambungan berasaskan kekeluargaan dan berakar pada nilai-nilai kebangsaan dan kepentingan nasional. Negara Indonesia tidak hanya bertugas memelihara ketertiban masyarakat saja, akan tetapi lebih luas dari pada itu, negara berkewajiban turut serta dalam hampir semua sektor kehidupan dan penghidupan masyarakat. Oleh karena itu, secara teoritis gagasan kenegaraan Indonesia telah memenuhi persyaratan sebagai negara hukum modern, yaitu negara hukum yang demokratis dan bahkan menganut pula paham negara kesejahteraan (*welfare-state*).¹¹⁵

Negara Hukum dan sistem hukum Pancasila merupakan ideologi prismatik, yang memadukan inti nilai-nilai kebaikan dari berbagai nilai yang saling bertentangan. Pancasila sebagai sebuah nilai prismatik sesungguhnya dikristalisasikan dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat nusantara sejak dahulu. Nilai prismatik ini merajut nilai-nilai baik semua sistem hukum secara eklektis, sehingga menjadi sistem hukum Indonesia.¹¹⁶ Dengan demikian, negara hukum dan sistem hukum

115. Konsep negara hukum Pancasila berakar dan dikembangkan berdasarkan nilai-nilai luhur yang terkandung dalam Pancasila, yang menganut faham integralistik, yang berbeda dengan faham komunisme dan liberalisme-kapitalisme. Unsur-unsur utama negara hukum Pancasila adalah: (i) hukum harus bersumber pada Pancasila, Pancasila adalah sumber segala sumber hukum; (ii) negara berdasarkan atas hukum, bukan atas kekuasaan belaka; (iii) dalam menjalankan kekuasaan pemerintahan harus berdasarkan atas sistem konstitusional; (iv) adanya persamaan kedudukan di dalam hukum (*equality before the law*); dan (v) adanya jaminan kekuasaan kehakiman yang merdeka menjadi persyaratan mutlak yang tidak bisa ditawar-tawar lagi. MD., Moh. Mahfud. "Hukum, Moral dan Politik" (Makalah disampaikan dalam matrikulasi Program Doktor Ilmu Hukum Undip, 23 Agustus 2008), hlm. 7.

116. MD., Moh. Mahfud. "Politik Hukum Menuju Pembangunan...", *Op.Cit.*, hlm 7. Mohammad Tahir Azhary, menelaah ciri-ciri negara hukum ideal yang dirumuskan menjadi sembilan ciri yaitu: (i) kekuasaan sebagai amanah, (ii) musyawarah, (iii) keadilan, (iv) persamaan, (v) hak asasi manusia, (vi) peradilan yang bebas dan mandiri, (vii) perdamaian, (viii) kesejahteraan, dan (ix) tanggungjawab dan ketaatan rakyat. Lihat Azhary, Mohammad Thahir. *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-Unsurnya*, UI Pres Jakarta, 1995, hlm. 73. Adapun ciri-ciri negara hukum menurut Sri Soemantri meliputi: (i) pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasar hukum atau peraturan perundang-

Indonesia tidak dapat begitu saja disamakan dengan *rechtsstaat* maupun *rule of law*.

Menurut Mahfud MD,¹¹⁷ secara yuridis konstitusional negara Indonesia bukanlah negara agama dan bukan pula negara sekuler. Menurutnya Indonesia adalah *religious nation state* atau negara kebangsaan yang beragama. Indonesia adalah negara yang menjadikan ajaran agama sebagai dasar moral, sekaligus sebagai sumber hukum materiil dalam penyelenggaraan kehidupan berbangsa dan bernegara. Karena itu dengan jelas dikatakan bahwa salah satu dasar negara Indonesia adalah “Ketuhanan Yang Maha Esa”. Abdul Ghani Abdullah mengemukakan bahwa berlakunya Hukum Islam di Indonesia telah mendapat tempat konstitusional yang berdasar pada tiga alasan, yaitu: Pertama, alasan filosofis bahwa ajaran Islam merupakan pandangan hidup, cita moral, dan cita hukum mayoritas muslim di Indonesia, dan ini mempunyai peran penting bagi terciptanya norma fundamental negara Pancasila. Kedua, alasan sosiologis bahwa perkembangan sejarah masyarakat Islam Indonesia menunjukkan bahwa cita hukum dan kesadaran hukum bersendikan ajaran Islam memiliki tingkat aktualitas yang berkesinambungan. Ketiga, alasan yuridis yang tertuang dalam Pasal

undangan, (ii) adanya jaminan terhadap hak asasi manusia, (iii) adanya pembagian kekuasaan dalam negara, dan (iv) adanya pengawasan dari badan-badan peradilan (*recterlijke controle*). Martosoewignyo, Sri Soemantri. “Asas Negara Hukum dan Perwujudannya dalam Sistem Hukum Nasional”. Dalam MB. Muqoddas dkk. (Penyunting), *Politik Pembangunan Hukum Nasional*, UII Press, Yogyakarta, 1992, hlm 28.

¹¹⁷. MD., Moh. Mahfud, *Perjuangan Politik Hukum Islam di Indonesia*, makalah disampaikan pada seminar yang diadakan oleh Jurusan Jinayah Siyasa Fakultas Syari’ah UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 25 November 2006, hlm.11.

24, 25 dan 29 UUD 1945 memberi tempat bagi keberlakuan hukum Islam secara yuridis formal.¹¹⁸

Tidaklah berlebihan jika dikatakan bahwa Hukum Islam di Indonesia adalah hukum yang hidup (*the living law*), walaupun secara resmi dalam aspek pengaturan tertentu belum dijadikan kaidah hukum positif oleh negara. Banyaknya pertanyaan dan permasalahan mengenai hukum dalam masyarakat yang diajukan kepada para ulama, mas media dan organisasi sosial keagamaan Islam haruslah dilihat sebagai isyarat bahwa hukum Islam adalah Hukum yang hidup dalam masyarakat. Untuk mewujudkan anggapan tersebut maka dibutuhkan aktualisasi hukum Islam itu sendiri, agar tetap urgen menjadi bagian dan proses hukum nasional. Aktualisasi hukum Islam dapat dibedakan menjadi dua bentuk, yaitu: Pertama, upaya pemberlakuan hukum Islam dengan pembentukan peraturan hukum tertentu yang berlaku khusus bagi ummat Islam. Kedua, upaya menjadikan hukum Islam sebagai sumber hukum bagi penyusunan hukum nasional.¹¹⁹

Berkaitan dengan hal tersebut, dewasa ini mengemuka gagasan-gagasan untuk melakukan rekonstruksi total atas kesejarahan umat Islam. Gagasan ini muncul karena ketidakmampuan kesejarahan klasik tersebut dalam menghadapi tantangan zaman. Sungguhpun demikian, karena corak

¹¹⁸. Abdul Ghani Abdullah, *Peradilan Agama Pasca Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 dan Perkembangan Studi hukum Islam di Indonesia*, dalam *Mimbar Hukum* Nomor 1 Tahun V, 1994, hlm.106.

¹¹⁹. Warnoto, *Politik hukum Islam di Indonesia* (Yogyakarta: Fakultas syari'ah Press UIN Sunan Kalijaga, 2008), hlm.23. *Varia Peradilan* Majalah Hukum Tahun XXXI NO.365 April 2016. Hlm. 16.

dasar peradabannya adalah teks, rekonstruksi yang dimaksud harus berangkat dari teks (al-Qur'an). Untuk memenuhi kebutuhan itu, para pemikir Islam modern membuat perangkat metodologi sesuai dengan basis keilmuan yang dikuasainya. Salah satu di antara mereka pemikir besar dari Pakistan Fazlur Rahman.¹²⁰ Kaum modernis merumuskan Negara Islam dalam bingkai ideologi modern. Kaum tradisional menawarkan konsep Negara Islam tradisional; khilafah dan imamah. Sedangkan kaum fundamentalis mengusung ide, kerajaan Tuhan. Latar belakang ini menjadi pemicu baginya untuk mendalami seluk-beluk keilmuan Islam dan berbagai metodologi pemikiran. Di tengah perdebatan inilah, setelah menyelesaikan studinya di Lahore dan Oxford University, Rahman tampil mengemukakan gagasan pembaharuannya.

Metodologi¹²¹ tafsir al-Qur'an Fazlur Rahman dinisbatkan dengan hermeneutika, bukan tafsir, ta'wil dalam pengertian konvensional sebagaimana yang lazim digunakan oleh para mufasir. Rahman sendiri tidak pernah mengklaim jenis hermeneutika yang dianutnya. Namun karena teori interpretasinya menampakkan kebaruan dan progresivitas, para pengamat menggolongkan dalam kajian hermeneutika. Ada tiga kata

120. Teori ini memang dirumuskan Rahman untuk memaknai Alquran yang berbasis pada anggapannya akan kegagalan dalam memahami Alquran sebagai kesatu paduan. Teori ini erat kaitannya dengan asbab al-nuzul dalam Alquran, atau Rahman sering menyebutnya dengan kajian sosio historis, namun Rahman juga sering menyebut teori ini untuk mendekati dan memahami teks secara utuh. Konsep ijtihad yang dirumuskan Rahman untuk memahami hadis sebenarnya juga tidak jauh dari konsep sosio historis ini, karena pada akhirnya nanti konsep ijtihad yang diusung Rahman akan bermuara pada kajian sosio historisnya. Lihat Rahman, *Islam and Modernity*, hlm. 7.

121. Metodologi adalah ilmu-ilmu/cara yang digunakan untuk memperoleh kebenaran menggunakan penelusuran dengan tata cara tertentu dalam menemukan kebenaran, tergantung dari realitas yang sedang dikaji. Metodologi tersusun dari cara-cara yang terstruktur untuk memperoleh ilmu. Lihat Kamus Bahasa Indonesia...

kunci dalam memahami hermeneutika al-Qur'an Fazlur Rahman, yakni pendekatan sosio-historis, Teori Double Movement, dan pendekatan sitetis-logis.

Pendekatan sosio-historis¹²² yang harus dilakukan adalah melihat kembali sejarah yang melatari turunnya ayat. Ilmu asbabun nuzul sangat penting dalam hal ini. Atas dasar apa dengan motif apa suatu ayat diturunkan akan terjawab lewat pemahaman terhadap sejarah. Pendekatan historis hendaknya dibarengi dengan pendekatan sosiologis, yang khusus memotret kondisi sosial yang terjadi pada masa al-Qur'an diturunkan. Dalam ranah sosiologis ini, pemahaman terhadap al-Qur'an akan senantiasa menunjukkan elastisitas perkembangannya tanpa mencampakkan warisan historisnya. Dengan demikian universalitas dan fleksibilitas al-Qur'an senantiasa terjaga. Di sini perlu dibedakan antara Islam normatif dan Islam historis. Islam normatif adalah sumber norma dan nilai yang mengatur seluruh tata kehidupan. Ia bersifat universal. Sedangkan Islam historis merupakan Islam yang diterjemahkan oleh umat Islam sepanjang sejarah. Meskipun Islam normatif sebagai penilai terhadap Islam historis, yang terakhir ini tidaklah lantas dibuang begitu saja karena diperlukan untuk pengoperasian sosio-historis. Dengan begitu umat Islam akan memiliki landasan untuk membicarakan ajaran agamanya.

122. Fazlur Rahman lahir di Hazara Pakistan 21 September 1919. Ia lahir di tengah suasana perseteruan tiga kubu, kaum modernis, tradisional, dan fundamentalis..

Teori Double Movement penekanan pada pendekatan sosio-historis adalah pentingnya membedakan antara legal spesifik dan ideal moral yang dikenal dengan istilah gerakan ganda (double movement). Ideal moral adalah tujuan dasar moral yang dipesankan al-Qur'an. Sedangkan legal spesifik adalah ketentuan hukum yang ditetapkan secara khusus. Ideal moral al-Qur'an lebih patut diterapkan ketimbang ketentuan legal spesifiknya sebab ideal moral bersifat universal. Dengan ini Rahman berharap agar hukum-hukum yang akan dibentuk dapat mengabdikan pada ideal moral, bukan legal spesifiknya karena al-Qur'an selalu memberi alasan bagi pernyataan legal spesifiknya. Langkah yang dilakukan, pertama memperhatikan konteks mikro dan makro ketika ayat diwahyukan. Kedua, menerapkan nilai dan prinsip umum tersebut pada konteks pembaca al-Qur'an kontemporer. Pendekatan ini oleh Rahman digunakan untuk menafsirkan ayat-ayat hukum dan sosial. Dalam hal ini Rahman memberikan contoh tentang kedaulatan negara, menurut Rahman kedaulatan negara terletak di tangan rakyat, karena baik buruk suatu negara tergantung dengan individu rakyatnya masing-masing, padahal menurut sebagian umat Islam kedaulatan negara terletak di tangan Tuhan. Pendapat Rahman di atas di dasari dengan dalil bahwa nasib suatu kaum itu tergantung dengan kaum itu sendiri.

Pendekatan sitetis-logis, jika dalam memahami ayat-ayat hukum dan sosial Rahman menggunakan pendekatan sosio-historis dan gerakan ganda, tidak demikian halnya ketika Rahman berhadapan dengan ayat-

ayat metafisi-teologis. Untuk wilayah ini, Rahman menggunakan pendekatan sintetis-logis. sintetis-logis adalah pendekatan yang membahas suatu tema dengan cara mengevaluasi ayat-ayat yang berhubungan dengan tema yang dibahas.

Hermeneutika Rahman adalah hermeneutika yang memadukan akar tradisional Muslim dengan temuan hermeneutika Barat modern. Dinamakan hermeneutika al-Qur'an karena hermeneutika difungsikan sebagai alat untuk menafsirkan kitab suci al-Qur'an. Menggeser paradigma dari wilayah metafisik-teologis ke wilayah etis-antropologis. Teori gerakan ganda (double movement) membuat hermeneutika Rahman menebarkan nilai-nilai etis karena ideal moral menjadi tujuan utamanya. Menegakkan etika sosial dalam Islam modern. Pergeseran paradigma dari wilayah metafisik-teologis ke wilayah etis-antropologis merupakan pembaharuan atas tujuan etis tujuan yang akan mengangkat harkat dan martabat manusia sebagai makhluk yang luhur.

Oleh karena itu, Fazlur Rahman mengharuskan ummat Islam untuk mengembangkan pengetahuan dari sumber alam semesta. Pengembangan pengetahuan yang bersumber alam semesta ini dapat dilakukan dengan cara mempelajari fenomena-fenomena alam semesta secara terus menerus, sehingga dapat ditemukan rahasia-rahasianya, dan dapat dirumuskan hukum-hukumnya. Penemuan rahasia-rahasia dan hukum-hukum alam semesta itu digunakan untuk kemamfaatan ummat

manusia.¹²³ Alqur'an betul-betul menekankan pentingnya data-data dari pengetahuan alam semesta untuk kemamfaatan umat manusia yang dapat mengarahkan pengembangan teknologi bagi masyarakat, oleh karena itu pengetahuan harus digunakan untuk memenuhi kebutuhan manusia.

Mengenai hadis, Rahman berpendapat bahwa keberadaannya dapat diterima sebagai sumber otoritatif ajaran Islam di samping Alquran, dengan tetap merujuk pada pengertian hadis pada umumnya, Rahman memperluas makna hadis yang berarti suatu cerita yang biasanya sangat pendek dalam rangka memberikan informasi tentang apa yang dikatakan, dilakukan, disetujui atau yang tidak disetujui Nabi atau informasi serupa mengenai sahabat-sahabat, khususnya para sahabat senior terutama empat khalifah yang pertama. Pada masa Nabi, hadis berkembang sebagai sebuah tradisi informal di kalangan umat muslim, namun pasca wafatnya Nabi hadis bergeser kepada kedudukan semi formal.¹²⁴ Karena itu pada masa-masa awal hadis secara bebas ditafsirkan oleh umat Islam sesuai dengan situasi yang sedang dihadapi, dan dinamakan sebagai "Sunnah yanghidup". Maka, pada fase ketiga dan keempat dari abad pertama melalui prosespenafsiran secara bebas demi praktik yang aktual, "sunnah yang hidup" berkembang dengan pesat di kalangan umat Muslimin dan

123. Sutrisno, *Fazlur Rahman (Kajian terhadap Metode Epistemologi dan sistem Pendidikan)*, Pustaka Pelajar, Tahun 2006, hlm. 107

124. Rahman berpendapat bahwa semasa hidup Nabi orang membicarakan apa yang diucapkan atau yang dikerjakan sebagai suatu sasaran yaitu bahan pembicaraan yang umum disampaikan secara luas kepada seluruh umat muslim ketika salah seorang sahabat mendengar pernyataan yang diungkapkan atau yang dikerjakan oleh Nabi, maka setelah wafat Nabi pembicaraan ini menjadi suatu gejala berhati-hati dan kesadaran sejak muncul suatu generasi baru yang mempertanyakan tindakan Nabi. Rahman, *Islam ...*, 84-85 48

karena perbedaan didalam praktik "sunnah yang hidup", maka hadis pun berkembang menjadi sebuah disiplin yang formal. Pada generasi setelah wafatnya Nabi, hadis menjadi sebuah pembicaraan yang resmi dan pandangan dogmatis.¹²⁵

Fazlur Rahman menyatakan bahwa sunnah adalah sebuah konsep perilaku, baik yang diterapkan kepada aksi-aksi fisik maupun kepada aksi-aksidental. Dengan perkataan lain Sunnah adalah sebuah hukum tingkah laku juga merupakan hukum moral yang bersifat normatif, baik terjadi sekali saja maupun yang terjadi berulang kali. Keharusan moral adalah sebuah unsur yang tak dapat dipisahkan dari pengertian konsep Sunnah. Sunnah adalah sebuah konsep perilaku maka sesuatu yang secara aktual dipraktikkan masyarakat untuk waktu yang cukup lama tidak hanya dipandang sebagai praktek aktual tetapi juga sebagai "praktek yang normatif" dari masyarakat tersebut. Fazlur Rahman menyatakan bahwa dari konsep "tingkah laku normatif" atau teladan tersebut lahirlah konsep tingkah laku standar atau benar sebagai sebuah pelengkap yang perlu. Maka menurutnya unsur yang ada dalam pengertian yang melengkapi "sunnah" tersebut termasuk unsur "kelurusan" dan "kebenaran". Menurut Fazlur Rahman, pada dasarnya sunnah berarti tingkah laku yang merupakan teladan dan bahwa kepatuhan yang aktual kepada teladan tersebut bukanlah bagian integral daripada arti sunnah, walaupun untuk menyempurnakan sunnah tersebut perlu dipatuhi. Tetapi bahwa Sunnah

125. Fazlur Rahman, *Islamic Methodology in History*, (Islamabad: Islamic Research Institute Press, 1946), 32-34.

sesungguhnya berarti memberikan sebuah teladan agar teladan tersebut akan atau harus diikuti oleh orang-orang lain.¹²⁶

Fazlur Rahman membedakan antara Sunnah dan hadis yaitu apabila secara garis besar Sunnah merupakan fenomena praktis yang ditujukan kepada norma-norma behavioral, maka hadis tidak hanya menyampaikan norma-norma hukum tetapi juga keyakinan-keyakinan dan prinsip religius¹²⁷. Kandungan aktual sunnah dari generasi-generasi Muslim di masa lampau secara garis besarnya adalah produk ijtihad apabila ijtihad ini, melalui interaksi pendapat secara terus menerus, akhirnya dapat diterima oleh semua ummat atau disetujui secara konsensus (ijma'). Karena sebagian besar kandungan dari keseluruhan hadits adalah tidak lain dari Sunnah ijtihad dari generasi pertama kaum muslimin.

Dari temuan tersebut, Fazlur Rahman berusaha membangun kembali mekanisme "Sunnah-Ijtihad-Ijma". Sunnah diinterpretasikan dengan Ijtihad, karena ijtihad merupakan sarana untuk meninterpretasi sunnah, sedangkan ijma' merupakan produk ijtihad. Menurut Fazlur Rahman, Ijma' merupakan produk antipasi atau proyeksi ke masa depan, dengan demikian kreatifitas dan orignalitas umat berkembang.¹²⁸

Terkait konsep ijtihad dalam sunnah, Fazlur Rahman menganggap bahwa pintu ijtihad belum benar-benar tertutup. Pernyataan yang menggema di dunia dan kependidikan Islam bahwa pintu ijtihad telah

126. Ibid. 1-2.

127. Hujair AH. Sanaky. 2006. "Al-Mawarid" Edisi XVI. Yogyakarta, 263.

128. Rahman, *Islamic Methodology...*, 15-16.

tertutup, menurut Rahman telah memutuskan hubungan erat antara sunnah dan ijma dengan ijtihad. Hal ini menyebabkan kemandegan berpikir kritis umat Islam dalam menghadapi problema masa kini. Rahman juga tidak menginginkan territorial kebebasan ijtihad menjadi tempat persemaian dan pertumbuhan ijtihad yang sewenang-wenang dan tidak bertanggung jawab, oleh karena itu Rahman mengajukan rumusan metodologi untuk memahami Alquran¹²⁹ dan hadis pada cakupan luasnya. Rahman menamai metodologi ini dengan Double Movement (teori gerakan ganda). Teori ini dirumuskan ketika Rahman menetap di Chicago sebagai puncak pemikiran atas gagasan-gagasan yang telah dikemukakan Rahman pada dekade 1960-an.¹³⁰ Teori ini digunakan Fazlur Rahman karena terilhami dari teori hermeneutika yang biasa digunakan untuk memaknai bible, latar belakang pendidikan dan kehidupannya yang banyak menetap di Barat berpengaruh padarumusan konsep ini. Rahman memang sealiran dengan Emilio Betti¹³¹ yang masih percaya pada makna otentik. Perbedaan konsep antara Betti dan Rahman terletak pada proses pemahaman teks yang melibatkan pencipta teks tersebut. Jika Betti beranggapan bahwa makna asli suatu teks terletak pada akal pengarang, maka Rahman berpendapat makna asli teks tidak dapat dipahami melalui konteks sejarah ketika teks tersebut ditulis dan diturunkan karena seorang mufassir tidak mungkin

129. Ibid. hlm. 149-109.

130. Rahman, *Metode dan Alternatif*, hlm. 22.

131. Terdapat paling tidak dua aliran utama dalam hermeneutika yaitu aliran objektif dan aliran subjektif, dalam hal ini Rahman dapat dikategorikan sebagai pemikir aliran objektif. Pemikiran Rahman terpengaruh oleh hermeneutika model Emilio Betti yang mengakui originalitas meaning (makna otentik) daripada hermeneutika Hans George Gadamer yang tidak mengakui makna otentik. Mustaqim, *Epistemologi Tafsir*, hlm. 175-176.

masuk dalam “pikiran” Tuhan, yang paling mungkin dilakukan adalah memahami konteks saat Alquran diturunkan.¹³²

Langkah pertama dari gerakan tersebut adalah seseorang harus memahami arti atau makna dari suatu pernyataan tertentu dengan mempelajari situasi atau problem historis yang selanjutnya akan mengaji secara umum mengenai situasi makro dalam batasan-batasan masyarakat, agama, adat istiadat, pranata-pranata, bahkan tentang kehidupan secara menyeluruh di Arabia.¹³³ Dengan kata lain langkah pertama dari gerakan ganda adalah upaya sungguh-sungguh memahami konteks mikro dan makro saat Alquran diturunkan, setelah itu itu mufassir berusaha menangkap makna asli dari ayat Alquran dalam konteks sosio historis kenabian, dari hal itulah maka ditemukan ajaran universal Alquran yang melandasi berbagai perintah normatif Alquran.¹³⁴

Langkah kedua dari gerakan ini adalah melakukan generalisasi jawaban-jawaban spesifik dan meyakinkannya sebagai pernyataan-pernyataan yang memiliki tujuan-tujuan moral sosial yang disaring dari ayat-ayat spesifik dalam sinaran latar belakang sosio historis dan rationes legis yang sering dinyatakan. Gerakan kedua ini berusaha menemukan ideal moral setelah adanya kajian sosio historis kemudian ideal moral tersebut menemukan eksistensinya dan menjadi sebuah teks yang hidup dalam pranata umat Islam. Selama proses ini, perhatian harus diberikan

132. Mustaqim, *Epistemologi Tafsir*, hlm. 179.

133. Rahman, *Islam and Modernity*, hlm. 7.

134. Mustaqim, *Epistemologi Tafsir*, hlm. 180.

kepada arah ajaran Alquran¹³⁵ sebagai suatu keseluruhan sehingga setiap arti tentu dipahami serta setiap hukum dan tujuan yang dirumuskan harus koheren dengan lainnya. Metode hermeneutika Double Movement ini sejalan dengan kaidah Alquran yakni al'ibrah bi umum al-lafd labi khushus al-sabab ialah mengambil pelajaran atau hukum dari keumuman lafzh, bukan dari kekhususan sebab. Lebih jelasnya yakni bila sebuah ayat turun karena suatu sebab yang khusus sedangkan lafazhnya umum (general), maka hukum yang terkandung dalam ayat tersebut mencakup sebabnya tersebut dan setiap hal yang dicakup oleh makna lafazhnya, karena al-Qur'an turun sebagai syari'at umum yang menyentuh seluruh umat sehingga yang menjadi tolok ukur/standar adalah keumuman lafazhnya tersebut, bukan kekhususan sebabnya.¹³⁶ Bukan berarti seseorang mengabaikan pendekatan linguistik ketika memaknai dengan metode ini, seperti nahwu sharaf, filologis, dan balaghah. Menurut Rahman, pendekatan linguistik tetap penting digunakan, namun harus menduduki tempat kedua dan ayat-ayat Alquran tetap harus dinilai dengan pemahaman dari Alquran itu sendiri.¹³⁷

Oleh karena itu di hubungkan dengan teori double movement Fazlur Rahman dengan perkara wali adhal, dengan kenyataan yang terjadi di masyarakat, bahwa seorang wanita yang bakal calon mempelai wanita

135. Teori ini memang dirumuskan Rahman untuk memaknai Alquran yang berbasis pada anggapannya akan kegagalan dalam memahami Alquran sebagai kesatuan. Teori ini erat kaitannya dengan asbab al-nuzul dalam Alquran, atau Rahman sering menyebutnya dengan kajian sosio historis, namun Rahman juga sering.

136. Rahman, *Metode dan Alternatif*, hlm. 22.

137. Rahman, *Metode dan Alternatif*, hlm. 22.

berhadapan dengan kehendak orang tuanya atau walinya yang berbeda, termasuk soal pilihan laki-laki yang hendak dijadikan menantu (suami), ada yang sama-sama setuju, mengizinkannya, atau sebaliknya atau menolak kehadiran calon menantunya yang telah menjadi pilihannya, mungkin karena orang tua telah mempunyai pilihan lain atau karena alasan lain yang prinsip. Perlu disadari bahwa orang tua dan anak sama-sama mempunyai tanggung jawab, bagaimana menentukan jodoh, yang sesuai dengan harapan dan cita-citanya, walaupun harus berhadapan dengan kenyataan dimana orang tua dan anak berbeda pandangan satu sama lain. Bahkan dalam kenyataannya ada seseorang anak yang melarikan diri dengan laki-laki pilihannya ke tempat lain dengan tujuan hendak menikah tanpa prosedur hukum yang berlaku, hal seperti ini bukan yang diinginkan hukum dan perlu dihindari. Apabila terjadi hal yang demikian maka pihak calon mempelai perempuan berhak mengajukan kepada Pengadilan Agama, agar pengadilan memeriksa dan menetapkan adhal-Nya wali. Jika ada wali adhal, maka wali hakim baru dapat bertindak melaksanakan tugas sebagai wali nikah setelah ada putusan Pengadilan Agama tentang wali tersebut.

Dengan melihat kembali asbabun nuzul ayat tentang wali adhal dan asbabul Wurud hadis yang berkaitan dengan wali adhal, oleh karenanya ditarik kembali ke masa sekarang, dan tujuan dibuatnya hukum atau aturan adalah untuk kemaslahatan, dan pesan moral yang terkandung dalam ayat dan hadis tentang wali adhal adalah Islam datang membawa

ajaran-ajaran yang mengangkat harkat derajat semua manusia; baik laki-laki, hamba sahaya, anak kecil ataupun seorang wanita tidak ada perbedaan derajat dalam pandangan Islam kecuali mereka yang bertaqwa.

Kedudukan seorang wanita sebelum Islam datang ada dalam posisi yang sangat rendah sekali; dalam setiap ajaran pun posisi wanita direndahkan. Orang-orang Nasrani mempunyai anggapan bahwa seorang wanita dilahirkan ke dunia ini telah membawa dosa turunan, yaitu dosa yang dilakukan oleh Siti Hawa yang telah menyebabkan Adam as dikeluarkan oleh Allah SWT dari syurga. Dengan keyakinan ini baik orang-orang Nasrani atau Yahudi menganggap wanita sebagai sesuatu yang najis, sehingga ketika seorang wanita datang bulan (haidl) maka mereka tidak mau menyentuhnya bahkan lebih jauh ditinggalkannya.

Zaman jahiliyyah kedudukan wanita pun tidak jauh berbeda. Mereka tidak mendapat tempat dalam kehidupan sosial bangsa Arab, bahkan lebih jauh mereka hendak dimusnahkan dari kehidupan, karena satu keluarga akan mempunyai aib kalau dia mempunyai keturunan berjenis kelamin perempuan. Perempuan zaman jahiliyyah tidak berhak mendapatkan warits, karena menurut mereka wanita tidak membarikan peran atau keuntungan dalam keluarga; bahkan seorang wanita bagaikan piala bergilir di antara mereka. Kalau seorang ayah meninggal, maka istrinya menjadi warisan bagi anaknya bisa dinikahi ataupun bisa dijual kepada orang lain. Bagi bangsa Arab, wanita selain sebagai sebuah beban keluarga, tapi juga hanya sebagai alat pemuas nafsu belaka.

Namun dalam tata cara Arab jahiliyyah dalam menyalurkan hawa nafsu mereka terhadap lawan jenis mempunyai beberapa cara, sebagaimana yang telah dijelaskan di atas. Maka ketika Islam datang, ia merombak tata aturan pernikahan yang dilakukan pada zaman jahiliyyah tersebut. Salah satu tata cara pernikahan dalam Islam adalah dengan keharusan hadirnya seorang wali nikah di pihak perempuan; bahkan tidak sah pernikahan seseorang kalau wali dari pihak perempuan tidak memberi restu.

2. Middle Range Theory: Bekerjanya Hukum, Hukum Progresif, Hukum Responsif, dan Budaya Hukum.

Pembahasan mengenai berlakunya kebijakan hukum di Indonesia, penulis mengacu pada teori bekerjanya hukum menurut Robert B. Seidman dan William J. Chambliss.¹³⁸ Menurut teori ini, pembentukan hukum dan implementasinya tidak akan lepas dari pengaruh atau asupan kekuatan-kekuatan sosial dan personal kekuatan sosial politik. Teori bekerjanya hukum ini dapat menjelaskan bagaimana pengaruh dari personal, lingkungan ekonomi, sosial, budaya, serta politik dalam proses pembentukan dan implementasinya. Itulah sebabnya kualitas dan karakter hukum juga tidak lepas dari pengaruh bekerjanya kekuatan-kekuatan sosial dan personal tersebut,¹³⁹ terutama kekuatan-kekuatan politik pada

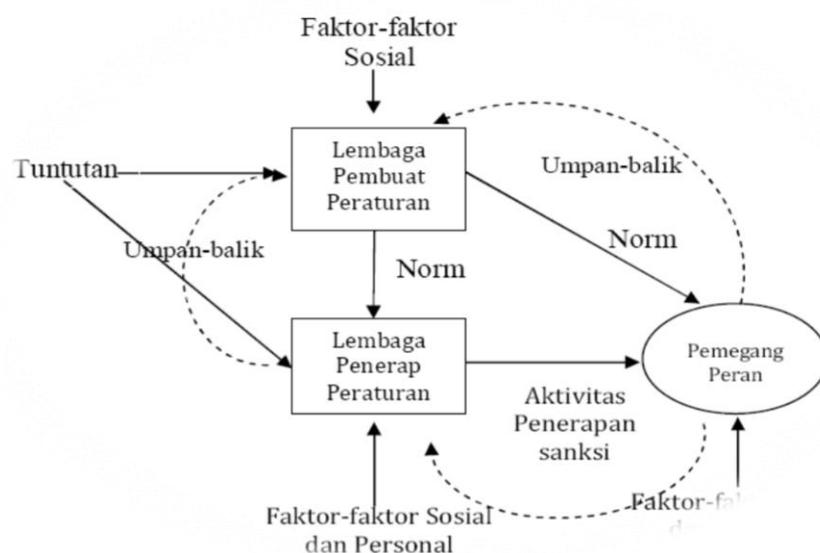
138. Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*. Angkasa, Bandung, 1986, hlm. 26-27.

139. Robert B. Seidman, dan Chambliss, William J. dalam Warassih, Esmi, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, Suryandaru Utama, Semarang, 2005. hlm. 11.

saat hukum itu dibentuk. Hukum atau peraturan yang telah dibentuk tersebut dapat langsung berlaku karena adanya daya dukung, yang berupa kekuatan politik ataupun kekuatan hukum itu sendiri karena di dalamnya adanya daya pemaksa (misalnya sanksi).

Secara konstruktif teori Robert B. Seidman dan William J. Chambliss, tentang bekerjanya hukum dilukiskan oleh Satjipto Rahardjo sebagai berikut.¹⁴⁰

Bagan 1
Bekerjanya hukum



Penyebaran gagasan hukum progresif diawali oleh Satjipto Rahardjo, seorang guru besar Emiritus pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro. Hukum progresif pada prinsipnya bertolak dari dua komponen basis dalam hukum, yaitu peraturan dan perilaku (*rule and*

¹⁴⁰ Lihat Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1980, hlm. 27.

behavior).¹⁴¹ Landasan hukum progresif didasarkan pada dua asumsi pokok. *Pertama*, hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya. Berangkat dari asumsi ini, maka kehadiran hukum bukan untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan besar. Itulah sebabnya ketika terjadi permasalahan di dalam hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki bukan manusianya yang dipaksa untuk dimasukkan ke dalam skema hukum.¹⁴² *Kedua*, hukum bukan institusi yang mutlak serta final, karena hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaan di sini bisa direfleksi ke dalam faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain. Inilah yang oleh Satjipto Rahardjo dikatakan hakikat hukum yang selalu dalam proses menjadi' (*Law as a Process, in the Law Making*).¹⁴³

Menurut teori hukum progresif,¹⁴⁴ manusia berada di atas hukum. Hukum hanya menjadi sarana untuk menjamin dan menjaga berbagai kebutuhan manusia. Hukum tidak lagi dipandang sebagai suatu dokumen yang absolut dan ada secara otonom. Hukum progresif membawa konsekuensi pentingnya kreativitas. Kreativitas dalam konteks penegakan

141 Satjipto Rahardjo, *Menuju Produk Hukum Progresif*. Makalah Diskusi Terbatas pada Fakultas Hukum UNDIP. Semarang, 24 Juni 2004

142 Satjipto Rahardjo, "Hukum Progresif. Hukum yang Membebaskan", *Jurnal Hukum Progresif*, Vol. 1/No. 1/April 2005, PDIH UNDIP, Semarang, hlm 5-14.

143 *Ibid*, hlm. 6.

144 Tabel Identifikasi Hukum Progresif dibuat berdasarkan tulisan di dalam disertasi Yudi Kristiana (2004:24) yang dikutip oleh Suteki dalam Makalah, *The non Enforcement of Law: Strategi Menembus Kebuntuan Legalitas Formal Melalui Partial dan Sporadic Enforcement*. Universitas Diponegoro, Semarang, 2010, hlm. 28.

hukum selain dimaksudkan untuk mengatasi keteringgalan hukum, juga dimaksudkan untuk membuat terobosan-terobosan hukum, bila perlu melakukan *rule breaking*. Terobosan-terobosan ini diharapkan dapat mewujudkan tujuan kemanusiaan melalui bekerjanya hukum, yaitu hukum yang membuat bahagia.

Sebelum muncul gagasan hukum progresif telah ada gagasan tentang hukum responsif yang dikemukakan oleh Menurut Nonet dan Selznick. Hukum responsif menempatkan hukum sebagai sarana respons terhadap ketentuan-ketentuan sosial dan aspirasi publik. Sesuai dengan sifatnya yang terbuka, maka tipe hukum ini mengedepankan akomodasi untuk menerima perubahan-perubahan sosial demi mencapai keadilan dan amansipasi publik.¹⁴⁵ Dalam tipe yang demikian itu, hukum akan selalu dikaitkan pada tujuan-tujuan diluar narasi tekstual hukum itu sendiri. Nonet dan Selznick menyebutnya sebagai “ *The Sovereignty of Purpose* ”. Lebih lanjut ditegaskan, “ *Thus a distinctive feature of responsive law is the search of implicit values in rules and policies....a more 'flexible' interpretation that sees rules as bound to spesific problems a contexts, and undertakes to identify the values at stakes in procedural protections.*” Dengan mengatakan itu mereka sekaligus juga mengkritik doktrin “ *due process of law* ”.¹⁴⁶ Pemikiran Nonet dan Selznick¹⁴⁷ bisa dikembalikan

145 Bernard L. Tanya, dkk. *Teori Hukum. Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, CV. Kita, Surabaya. 2006. hlm. 170.

146 Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif, Penjelajahan Suatu Gagasan*, Makalah disampaikan pada acara Jumpa Alumni Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Tanggal 4 September 2004.

kepada pertentangan antara *analytical jurisprudence* di satu pihak dan *sociological jurisprudence* di lain pihak. *Analytical jurisprudence* berkuat dalam sistem hukum positif yang dekat dengan tipe hukum otonom. Nonet, melalui tipe hukum responsifnya menolak hukum yang bersifat final dan tak dapat digugat. Menurut Fritjof Capra,¹⁴⁸ bahwa saat ini dunia sedang mengalami titik balik peradaban (*the turning point*), transformasi yang dialami lebih dramatis daripada transformasi yang pernah terjadi sebelumnya, karena perubahannya berlangsung lebih cepat, dan dalam skala yang lebih besar yang melibatkan seluruh dunia dan karena beberapa transisi besar terjadi secara bersamaan. Perulangan irama dan pola-pola kebangkitan dan kemunduran yang tampak mendominasi evolusi, budaya telah bersama-sama mencapai titik balik yang sama.

Keikutsertaan masyarakat dalam pembuatan hukum, diharapkan menjadi kekuatan kontrol (*agent of sosial control*) dan kekuatan penyeimbang antara kepentingan pemerintah dan masyarakat. Pada keadaan terdapatnya hukum responsif, kesempatan untuk berpartisipasi dalam pembuatan hukum lebih terbuka. Dalam pengertian ini karena hukum menjadi semacam forum politik, dan partisipasi hukum mengandung dimensi politik. Dengan perkataan lain, aksihukum

147. Nonet, Philip dan Selznick, Philip. *Law and Society in Transition: Toward Responsive, Law*, Harper and Row. Terjemahan Raisul Mutaqien, *Hukum Responsif*, Nusamedia, Bandung, 2008. hlm. 19.

¹⁴⁸. Capra, Fritjof. *The Turning Point*, diterjemahkan oleh M. Toyyibi, Cetakan ke-7, Jejak, Yogyakarta, 2007, hlm. 19.

merupakan wahana bagi kelompok atau organisasi untuk berperan serta dalam menentukan kebijaksanaan umum.¹⁴⁹

Pengakuan normatif dan empirik terhadap prinsip supremasi hukum terwujud dalam pembentukan norma hukum secara hirarkis yang berpuncak pada supremasi konstitusi dan secara empiris terwujud dalam perilaku pemerintahan dan masyarakat yang mendasarkan diri pada aturan hukum.

Konteks mengatur dan mengurus inilah, setiap produk hukum yang dibentuk oleh pemerintahan daerah harus berkarakter responsif. Suatu produk hukum dikatakan responsif, jika proses pembuatan, substansinya, dan manfaatnya searah dengan keharusan-keharusan yang berkembang dalam masyarakat. Dikatakan tidak responsif, jika keadaan sebaliknya, sampai derajat tertentu, konsep responsif yang peneliti gunakan dalam studi ini masih terkait dengan model *responsive law* dari Nonet-Selznick,¹⁵⁰ terutama dalam soal hakikatnya, yakni sebagai fasilitator respons atau sarana tanggapan terhadap kebutuhan dan aspirasi sosial. Sifat instrumental dari hukum sebagai sarana pelayanan kebutuhan dan aspirasi sosial itulah yang menjadi norma konstitutif hukum responsif Nonet-Selznick maupun yang peneliti pakai sebagai tujuan dan titik tolak tatanan hukum responsif.

149 Mulyana W. Kusumah, *Perspektif, Teori dan Kebijakan Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1982. hlm. 18.

150. Nonet, Philipe & Selznick, Philip. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper and Row Publisher, London, 1978, hlm. 17-27.

Dalam UUD 1945 pada pasal 1 Ayat (3) mengatakan: Indonesia adalah negara hukum, Secara teoritis dalam konsepsi Negara Hukum adalah negara berlandaskan atas hukum dan keadilan bagi warganya, dalam arti bahwa segala sikap, tingkah laku dan perbuatan baik dilakukan oleh para penguasa atau aparatur negara maupun dilakukan oleh para warga negara harus berdasarkan atas hukum.¹⁵¹ Indonesia yang merupakan negara hukum sebagaimana disebutkan dengan jelas dalam konstitusi membuat kita melihat bahwa seharusnya kita sebagai warga negara berbudaya hukum.

Budaya masyarakat merupakan perwujudan dari daya tahan (*resilience*) dan daya tumbuh yang dimanifestasikan melalui pandangan hidup, pengetahuan, dan berbagai strategi kehidupan yang berupa aktivitas yang dilakukan oleh masyarakat untuk menjawab berbagai masalah dalam pemenuhan kebutuhan hidupnya, sekaligus memelihara kebudayaannya.¹⁵² Perbincangan mengenai kebudayaan di Indonesia dipengaruhi, khususnya budaya hukum sangat dipengaruhi oleh konsep budaya hukum (*legalculture*) yang diperkenalkan oleh Lawrence M. Friedman di Amerika Serikat. Konsep itu sering menjadi perdebatan seru dan panjang antara penekun hukum tradisi Americanis dengan Europis,

151. Abdul Aziz Hakim, *Negara Hukum dan Demokrasi Indonesia*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2012), hlm.8.

152. Dalam pengertian inilah budaya masyarakat sebagai jawaban untuk bertahan dan menumbuhkan secara berkelanjutan kebudayaan yang didukungnya. Taylor pada tahun 1871, mendefinisikan kebudayaan sebagai keseluruhan kompleks yang memuat pengetahuan kepercayaan, seni, moral, hukum, adat kebiasaan dan segala kemampuan serta kebiasaan yang diperoleh manusia sebagai anggota masyarakat. Lihat dalam bukunya Joseph F. Eilers, *Communicating Between Cultures* (Roma: Gregogianas University, 1987), hlm.16

terutama negeri Jerman. Semula, Friedman memperkenalkan konsep budaya hukum untuk mempertegas pandangan sebelumnya bahwa hukum paling baik dipahami dan digambarkan secara sistemik di mana hukum merupakan salah satu dari unsur-unsur lain yang satu sama lain berfungsi secara fungsional. Sebagaimana layaknya pengertian sistem, sistem hukum dimaksud terdiri dari subsistem-subsistem, baik unsur substansi hukum (*legal substance*), struktur hukum (*legal structure*), dan budaya hukum (*legal culture*).¹⁵³

Budaya hukum¹⁵⁴ memiliki subunsur yang terdiri dari subunsur kekuatan-kekuatan sosial (*social forces*) dan subunsur kekuatan-kekuatan hukum (*legal forces*) itu sendiri. Kedua subunsur budaya hukum itulah kemudian masuk ke dalam proses interaksional pada unsur struktur hukum untuk berinteraksi dengan sub-unsur pada unsur struktur hukum di atas dan akhirnya menghasilkan putusan hukum yang substansinya mengkategorikan suatu tindakan benar atau salah sebagaimana disebut sebelumnya. *Social forces* berupa seperangkat nilai-nilai hukum yang

153. Legal Substance (isi), berupa norma-norma hukum yang digunakan oleh para penegak hukum maupun mereka yang diatur, Legal Structure (Aparat), yaitu berupa kelembagaan yang diciptakan oleh sistem hukum untuk mendukung bekerjanya sistem hukum itu sendiri seperti : pengadilan negeri, pengadilan administrasi, dan sebagainya, Legal Culture (budaya). Yaitu Kultur hukum berupa ide, sikap, harapan, dan pendapat tentang hukum yang secara keseluruhan mempengaruhi seseorang untuk patuh atau tidak patuh terhadap hukum. Lihat Moh. Mahfud Md, Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi. (Jakarta:PT. RajaGarfindo, cetakan Perasada. Cetakan ke-2, 2011). hlm.206, dan Friedman, Lawrence W.*The Legal System: A Social Sciences Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, 1975.

154. Budaya Hukum, merupakan pemikiran manusia dalam usahanya mengatur kehidupannya, dikenal tiga budaya hukm masyarakat, yaitu budaya hukum tertulis, tidak tertulis dan kombinasi antara tertulis dan tidak tertulis. Lihat Mahmutarom, *Rekonstruksi Konsep Keadilan* (Studi Tentang Perlindungan Korban Tindak Pidana Terhadap Nyawa Menurut Hukum Islam, Konstruksi Masyarakat dan Instrumen Internasional) , Universitas Diponegoro Semarang, Tahun 2010, hlm. 292.

hidup di tengah-tengah masyarakat itu yang keduanya peneliti maksud sebagai budaya hukum. Budaya hukum berisikan seperangkat nilai yang diyakini sebagai hal yang benar oleh sebagian besar warga masyarakat dan menjadi pedoman masyarakat. Bentuknya beragam, ungkapan-ungkapan lawas, *pepatah-petitih*, peribahasa, dan lainnya yang masih hidup dan terpelihara dalam masyarakat.

Satu hal yang perlu dicermati adalah tidak semua kebijakan hukum yang disusun berdasarkan prosedur baku dapat dilaksanakan atau dapat diterapkan pada satu persoalan hukum konkret yang terjadi di daerah-daerah yang memang karakter budaya hukum yang sering terjadi di dalam masyarakat. Produk hukum yang disebut terakhir merupakan hasil dari proses interaksional yang mengakomodasi kekuatan-kekuatan sosial, kekuatan-kekuatan hukum yang hidup dalam masyarakat, dan hukum formal terkait itu sendiri itulah yang akan menghasilkan *outcome* berupa ketertiban dan keadilan masyarakat luas.¹⁵⁵

3. Applied Theory :Maqasid Al-Syari'ah, Masalah dan Keadilan.

155. Friedman dalam memahami hukum mengadopsi model sebuah sistem, ada *input*, *process*, *output*, *outcome* dan *impact*. Sebaliknya, jika hukum dipahami secara positivistik sebagai seperangkat aturan atau norma tertulis maupun tidak tertulis yang mengategorikan suatu perilaku benar atau salah, kewajiban dan hak, maka pemahaman demikian ini tergolong merupakan gagasan konvensional yang dikhawatirkan semakin menjauhkan jarak dan melebarkan ruang antara keadilan yang dikehendaki masyarakat dengan isi hukum itu sendiri, bahkan semakin menegaskan pada tidak ada keterkaitannya antara hukum dalam teori dengan hukum dalam praktik. Lihat dalam Friedman, Lawrence W. "Legal Culture and Welfare State". Dalam Gunther Teubner (Penyunting), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, New York, 1986.

Maqasid Al-Syari'ah¹⁵⁶berarti Tujuan Allah dan RasulNya dalam menetapkan hukum-hukum Islam. Tujuan ini dapat ditelusuri dalam Ayat-ayat Al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah sebagai alasan logis bagi rumusan suatu hukum yang berorientasi kepada kemaslahatan ummat manusia.¹⁵⁷ Abu Ishaq al-Syathibi melaporkan hasil penelitian para ulama terhadap ayat-ayat al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah bahwa hukum-hukum di syari'atkan Allah untuk mewujudkan kemaslahatan ummat manusia, baik di dunia maupun di akhirat kelak, kemaslahatan yang akan diwujudkan itu menurut al-Syatibi terbagi kepada tiga tingkatan yaitu:

1. Kebutuhan daruriyah.

Yaitu tingkat kebutuhan yang tidak terpenuhi, akan terancam keselamatan ummat manusia baik di dunia maupun di akhirat kelak, ada lima hal yang termasuk kategori ini, yaitu memelihara agama,

156. Secara etimologi maqâshid syari'ah terdiri dari dua kata yaitu maqâshid dan syari'ah. Maqâshid merupakan bentuk jama' dari maqshad yang berasal dari suku kata qashada-yaqshidu-qashdan/maqshadyang berarti ityân al-syai'(mendatangkan sesuatu), tawajjuh (mengarah), istiqâmah al-tharîq (jalan yang lurus) al-adlu atau al-tawassuth (seimbang). Kata syari'ah secara bahasa berarti al-dîn (agama) dan altharîqah(jalan) dalam bahasa Arab biasa diartikan dengan jalan menuju sumber air. Menurut Ibnu Taimiyah secara istilah syari'ah berarti segala sesuatu yang ditetapkan oleh Allah baik berupa akidah ataupun amaliah. Baca Ahmad Ridha, Mu'jam Matn al-Lughah, (Beirut: Dâr Maktabah al-Hayah, 1960), Juz 4, hlm. 576; Khalîl bin Ahmad al-Farâhidîy, Kitâb al-Ain, (Beirut: Dâr al-Kutub al-Ilmiyah, 2003), Juz 5, hlm. 54. Ibn Manzhûr, Lisân al-'Arab, (Beirut: Dâr Ihyâ' al-Turâts al-'Arabiyy, 1992), Juz 3, hlm. 353; Abd al-Rahman bin Abd al-Qâsim, Majmû' al-Fatâwa Syaikh al-Islâm Ahmad Ibn Taimiyah, (Madinah al-Munawwarah: Majma' al-Malik Fahd Li Thibâ'at al-Mushhaf al-Syarîf, 2004), Juz 19, hlm. 306

Secara terminologi maqâshid al-syarî'ah adalah tahqîq al-maslahah li al-nâs (mewujudkan kemaslahatan manusia) dengan jalb al-manfa'ah (menggambil manfaat) dan daf'u al-mafsadah (menghindari kerusakan). Baca Muhammad Thâhir ibn Asyûr, Maqâshid al-Syarî'ah al-Islâmiyah, (t.tp: Dar al-Basha'ir liintajy 'ilmy), 1988, hlm. 171; 'Allâl al-Fâsi, Maqâshid al-Syarî'ah wa Makârimuhu, (Beirut: Dâr al-Gharb al-Islâmy, 1993), hlm. 7; Wahbah al-Zuhailî, Ushûl al-Fiqh al-Islâmy, Juz II, (Beirut: Dâr al-Fikr, 1986), hlm. 1017; Al-Raisûni, Nazhariyyat Al-Maqâshid 'inda Al-Imâm Asy-Syâthibi, (Beirut, Al-Muassasah Al-Jami'iyyah Li Al-dirâsat wa Al-Nasyr wa Al-Tawzî', 1995), hlm. 19.

157. A. Kihisni, *Perkembangan Pemikiran Hukum Islam*, Unissula Press Semarang, Tahun 2014, hlm. 37.

memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara kehormatan, dan memelihara harta.

2. Kebutuhan hajiyah.

Yaitu kebutuhan-kebutuhan sekunderdimana bilamana tidak diwujudkan tidak sampai mengancam kemaslahatannya, namun akan mengalami kesulitan syari'at Islam menghilangkan segala kesulitan itu, adanya hukum rukhshakh (keringanan) adalah sebagai contoh dari kepedulian syari'at Islam terhadap kebutuhan ini.

3. Kebutuhan Tahsiniyah.

Yaitu tingkat kebutuhan yang apabila tidak dipenuhi tidak mengancam eksistensi salah satu lima pokok yang telah di uraikan di atas, dan tidak pula menimbulkan kesulitan. Tingkat kebutuhan ini berupa kebutuhan pelengkap, yaitu seperti berupa hal-hal yang merupakan kepatutan menurut adat istiadat, menghindarkan hal-hal yang tidak enak dipandang mata dan berhias dengan keindahan yang sesuai dengan tuntutan norma dan akhlak.¹⁵⁸

Maqasid Al-Syari'ah (tujuan hukum), apabila dikaji secara filsafat hukum Islam tidak bisa dipisahkan dari aspek aksiologi. Hukum syara' yang ditetapkan Allah pasti mempunyai tujuan, secara umum tujuan hukum Islam yaitu "jalbu al-mashalih wa dar'u al-mafasid" (mendatangkan kebaikan dan menolak keburukan), maka untuk mengaplikasikan dan menjawab masalah hukum dalam praktek diperlukan

158. Ibid, hlm. 38-39.

ijtihad, makna ijtihad disini mengarahkan kesungguhan dengan upaya yang optimal dalam menggali hukum syara', menurut Al-Syatibi ijtihad dari segi proses kerjanya dapat dibagi kepada dua kategori yaitu:

1. Ijtihad istimbati.

Yaitu upaya untuk meneliti 'illat yang terkandung oleh nas, yaitu seorang mujtahid memfokuskan perhatiannya pada upaya menggali ide-ide yang terkandung oleh nasyang abstrak.

2. Ijtihad tatbiqi.

Yaitu upaya untuk meneliti suatu masalah dimana hukum hendak diidentifikasi dan ditetapkan sesuai sesuai dengan ide yang terkandung oleh nas, yaitu seorang mujtahid berupaya untuk menerapkan ide-ide yang abstrak kepada permasalahan-permasalahan hukum yang kongkrit.¹⁵⁹

Dalam menerapkan Maqashid Al-Syari'ah dari objek ijtihadnya ada dua bentuk penalaran yang perlu dikembangkan yaitu:

1. Penalaran ta'lili.

Adalah upaya Penggalian hukum yang bertumpu pada penemuan 'illah- 'illah hukum yang terdapat dalam suatu nash, contoh penalaran ta'lili adalah dalam bentuk metode qiyas dan istihsan.

2. Penalaran Istislai.

Adalah berkaitan dengan metode al-masalih al-mursalah dan al-zari'ah. Dalam penggalian hukum melalui penalaran ta'lili dengan metode

159. Ibid, hlm. 41.

istihsan, dalam kaitan dengan ini pemaknaan istihsan adalah menganggap baik terhadap sesuatu.¹⁶⁰ Menurut Abdul Wahab Khalil, istihsan adalah pindahnya pemikiran seorang mujtahid dari ketentuan qiyas jali (jelas) kepada qiyas khafi (kurang jelas) atau dalil kullī (umum) kepada ketentuan hukum takhsis (khusus) atas dasar adanya dalil yang memungkinkan perpindahan itu. Dalam kenyataannya ketentuan yang berlaku umum sering sulit untuk diterapkan sepenuhnya, berbenturan antara penerapan ketentuan umum dengan upaya menghilangkan kesulitan, mengharuskan upaya menghilangkan kesulitan lebih diutamakan karena merupakan prinsip-prinsip syari'ah sekaligus merupakan dalil yang lebih kuat apabila dibandingkan dengan keharusan mengikuti persyaratan dan ketentuan umum. Penalaran istislahi mengadung dua (2) metode penalaran yaitu: pertama masalah al-mursalah dan kedua al-zari'ah sebagai metode ijtihad dalam upaya mengungkap maqashid al-syari'ah.¹⁶¹

Untuk mencapai maqashid al-syariah dalam penelitian ini metode ijtihad yang digunakan yakni teori masalah dalam pengertian istilah adalah mamfaat yang dikemukakan oleh syari' (Allah) dalam menetapkan hukum untuk hambanya dalam usaha memelihara agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta (al-ashalih al-khamsah), untuk itu hukum Islam terdapat keistimewaan yaitu: Pertama pengaruh kemaslahatan hukum Islam tidak terbatas waktu di dunia, tetapi juga memberi pengaruh pada

160. Ibid, hlm. 43.

161. Ibid, hlm. 43-44.

kehidupan akhirat. Kedua kemaslahatan yang dikandung dalam hukum Islam tidak saja berdimensi maddi (materi), akan tetapi juga ruh (immateri) terhadap manusia. Ketiga kemaslahatan agama merupakan dasar bagi kemaslahatan-kemaslahatan yang lain, mengandung arti apabila terjadi pertentangan antara kemaslahatan yang lain dengan kemaslahatan agama, maka kemaslahatan agama tidak boleh dikorbankan.¹⁶²

Imam Ghazaly berpendapat masalah pada dasarnya upaya untuk mendatangkan manfaat dan menolak mudharat, tapi bukan pengertian itu yang dimaksud, sebab mendatangkan manfaat dan menolak mudharat itu sudah menjadi tujuan dan kebaikan bagi manusia secara umum, akan yang dimaksud dengan masalah adalah memelihara tujuan syara' dan tujuan syara' dari manusia meliputi lima perkara, yaitu memelihara keutuhan agama, jiwa, akal, keturunan dan harta kekayaan, maka segala sesuatu yang mengandung upaya memelihara kelima pokok itu adalah masalah, dan hal-hal yang bisa meniadakan kelimanya adalah termasuk mudharat, sedangkan menolak kemudharatan adalah masalah.¹⁶³

Menurut Abu Zahroh maslahat yang mu'tabaroh (dapat diterima) ialah maslahat-maslahat yang hakiki, yaitu meliputi lima jaminan dasar yaitu:

1. Keselamatan keyakinan agama.
2. Keselamatan jiwa.

162. Ibid, hlm. 44.

163. Al-Ghazali, *Al-Musthafa min Ilm al-Ushul*, (Mesir, Syirkah at-Taba'ah al-Fanniyah al-Muttahidah, 1971 M/1391H), hlm. 251.

3. Keselamatan akal.
4. Keselamatan keluarga dan keturunan.
5. Keselamatan harta benda

Kelima jaminan dasar itu merupakan tiang penyangga kehidupan dunia agar umat manusia dapat hidup aman dan sejahtera. Jaminan keselamatan jiwa (*al-Muhafadzah ala an-nafs*) ialah jaminan keselamatan atas hak hidup yang terhormat dan mulia, termasuk dalam cakupan pengertian umum dari jaminan ini ialah: jaminan keselamatan nyawa, anggota badan terjaminnya kehormatan kemanusiaan meliputi kebebasan memilih profesi, kebebasan berfikir/mengeluarkan berpendapat, kebebasan berbicara, kebebasan memilih tempat tinggal dan lain sebagainya.¹⁶⁴

Jaminan keselamatan akal (*al-muhafazhah alal-aql*) ialah terjaminnya akal fikiran dari kerusakan yang menyebabkan orang yang bersangkutan tidak berguna di masyarakat, sumber kejahatan atau bahkan menjadi sampah masyarakat. Upaya pencegahan yang bersifat preventif yang dilakukan syari'at Islam sesungguhnya di tujukan untuk meningkatkan kemampuan akal fikiran dan menjaganya dari berbagai hal yang membahayakan. Diharamkannya meminum arak dan segala sesuatu yang memabukkan/menghilangkan daya ingatan adalah dimaksudkan untuk menjamin keselamatan akal.

Jaminan keselamatan keluarga dan keturunan (*al-Muhafazhah alan-Nasl*) ialah jaminan kelestarian populasi umat manusia agar tetap hidup

164. Muhammad Abu Zahroh, *UshulFiqih*, PT Pustaka Pustaka Firdaus dengan Perhimpunan Pengembangan Pesantren dan Masyarakat (P3M), Jakarta, Tahun 1994, hlm 425.

dan berkembang sehat dan kokoh, baik pekerti serta agamanya. Hal ini dapat dilakukan melalui penataan kehidupan rumah tangga dengan memberikan pendidikan dan kasih sayang kepada anak-anak agar memiliki kehalusan budi pekerti dan tingkat kecerdasan yang memadai.

Jaminan keselamatan harta benda (*al-Muhafazhah alal-Mal*), ialah dengan meningkatkan kekayaan secara proporsional melalui cara-cara yang halal, bukan mendominasi kehidupan perekonomian yang zalim dan curang.

Jaminan keselamatan agama/kepercayaan (*al-muhafazhah alad-Din*), ialah dengan menghindari timbulnya fitnah dan keselamatan dalam agama serta mengantisipasi dorongan hawa nafsudan perbuatan-perbuatan yang mengarah kepada kerusakan secara penuh.¹⁶⁵

Wahbah al-Zuhaili mengatakan bahwa *maqasid al syariah* adalah nilai-nilai dan sasaran syara' yang tersirat dalam segenap atau bagian terbesar dari hukum-hukumnya. Nilai-nilai dan sasaran-sasaran itu dipandang sebagai tujuan dan rahasia syariah, yang ditetapkan oleh al-syari' dalam setiap ketentuan hokum. Yusuf Al-Qardhawi mendefenisikan *maqashid al-alsyari'ah* sebagai tujuan yang menjadi target teks dan hukum-hukum partikular untuk direalisasikan dalam kehidupan manusia. Baik berupa perintah, larangan, dan mubah. Untuk individu, keluarga, jamaah, dan umat. Atau juga disebut dengan hikmat-hikmat yang menjadi tujuan ditetapkannya hukum, baik yang diharuskan ataupun tidak. Karena

165. *ibid*, hlm 426.

dalam setiap hukum yang disyari'atkan Allah kepada hambanya pasti terdapat hikmat, yaitu tujuan luhur yang ada di balik hukum.

Ulama Ushul Fiqih mendefinisikan maqashid al-syari'ah dengan makna dan tujuan yang dikehendaki syara' dalam mensyari'atkan suatu hukum bagi kemashlahatan umat manusia. Maqashid al-syari'ah di kalangan ulama ushul fiqih disebut juga asrar al-syari'ah, yaitu rahasia-rahasia yang terdapat di balik hukum yang ditetapkan oleh syara', berupa kemashlahatan bagi manusia, baik di dunia maupun di akhirat. Misalnya, syara' mewajibkan berbagai macam ibadah dengan tujuan untuk menegakkan agama Allah SWT. Kemudian dalam perkembangan berikutnya, istilah maqashid al-syari'ah ini diidentik dengan filsafat hukum islam.

Pemahaman seorang mujtahid tentang maqashid al-syari'ah sangat penting. Karena hal ini akan membantunya ketika berijtihad yang akan membangun hukum-hukum syari'ah serta menjelaskan aspek-aspek hukum tersebut. Ibnu Asyur mengatakan sebagaimana yang dikutip oleh Ahsan Lihasanah, bahwa wajib bagi para ulama untuk mengetahui 'illat-'illat tasyri' serta tujuannya secara tersurat (zahir) maupun tersirat (bathin). Jika ditemukan sebagian hukum yang tersembunyi, karena mereka sudah mengetahui tujuannya, baik itu secara tersurat maupun tersirat, niscaya mereka mengerti dalam memberikan fatwa-fatwa hukum. Pemahaman-pemahaman tersebut meliputi: pertama, mengetahui perkataan-perkataan dan faedah dalil-dalil dalam bentuk lughawi dan

kaidah-kaidah lafziyah untuk menemukan hukum-hukum fiqh; kedua, membahas dalil-dalil yang bertentangan dari yang sudah dinashahkan, atau mengaitkan tujuan pengamalannya, atau menjelaskan hubungan dalil yang satu dengan dalil yang lain; ketiga, Qiyas digunakan jika aqwal syara' (perkataan-perkataan syara') belum ditemukan hukumnya; keempat, memberikan suatu hukum yang tidak ada nash dan qiyas didalamnya; kelima, menemukan hukum-hukum syari'ah yang bersifat ta'abbudi jika sekiranya tidak ada pembahasan tentang illat-illat hukum.

Dengan demikian, maqashid al-syari'ah ini akan membantu para mujtahid dalam menentukan kedhabitan aturan-aturan hukum serta mashlahah dan mafsadah, pengetahuan tentang maqashid al-syari'ah, dan pengetahuan tentang illat-illat hukum.

Dalam upaya mengembangkan pemikiran hukum Islam, terutama dalam memberikan pemahaman dan kejelasan terhadap berbagai persoalan hukum kontemporer, para mujtahid perlu mengetahui tujuan pensyari'atan hukum Islam. Selain itu, tujuan hukum perlu diketahui dalam rangka mengenal pasti, apakah suatu ketentuan hukum masih dapat diterapkan terhadap suatu kasus tertentu atau karena adanya perubahan struktur sosial, hukum tersebut tidak dapat lagi dipertahankan. Dengan demikian, pengetahuan mengenai maqashid al-syari'ah menjadi kunci bagi keberhasilan mujtahid dalam ijtihadnya. Karena mengingat, hukum itu selalu berkembang sesuai dengan perkembangan tempat, zaman, dan keadaan. Seperti hukum perempuan yang keluar dalam perjalanan

(musafir) tanpa disertai muhrimnya dan perjalanan tersebut bukanlah perjalanan dalam bermaksiat kepada Allah. Hal ini pada zaman Rasulullah, beliau sangat melarangnya karena takut akan timbul fitnah dan keselamatan perempuan tersebut. Namun seiring dengan berkembangnya tempat, zaman, dan keadaan. Para perempuan bisa berjalan dengan sendiri dengan aman dan nyaman tanpa ada merasa takut gangguan, maka hukum ini tentunya juga akan berubah. Atau ada suatu kasus yang dalil untuk menetapkan hukumnya tidak ditemukan dalam al-Qur'an dan al-Sunnah, di sinilah peran maqashid al-syari'ah untuk memecahkan hal-hal tersebut dengan berlandaskan kepada kemashlahatan.

Khusus dalam menghadapi persoalan-persoalan fiqih kontemporer, terlebih dahulu dikaji secara teliti hakikat dari masalah tersebut. Penelitian terhadap suatu kasus yang akan ditetapkan hukumnya sama pentingnya dengan penelitian terhadap sumber hukum yang akan dijadikan dalilnya. Dengan kata lain, kandungan nash harus diteliti secara cermat, termasuk tujuan pensyari'atan hukum tersebut.

Syariat Islam datang membawa rahmat bagi ummat manusia, sebagaimana Firman Allah SWT: surah al-Anbiya ayat 107.

Artinya : Dan tidaklah kami mengutus kamu, melainkan untuk menjadi rahmat bagi semesta alam.

Oleh karena itu ada tiga sasaran Hukum Islam:

1. Penyucian jiwa, agar setiap ummat muslim bisa menjadi sumber kebaikan, bukan sumber keburukan bagi masyarakat lingkungannya.

2. Menegakkan keadilan dalam masyarakat Islam, adil baik menyangkut urusan di antara sesama kaum muslimin maupun dalam berhubungan dengan pihak lain (non muslim), sebagaimana Firman Allah SWT:

Artinya : Dan janganlah sekali-kali kebencian terhadap suatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil, berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada taqwa. (Surah Al-Maidah ayat 8).

3. Maslahat (kemaslahatan) ini merupakan tujuan puncak yang hendak dicapai yang harus didapat di dalam setiap hukum Islam, tidak sekali-kali suatu perkara disyari'atkan oleh Islam melalui al-Qur'an maupun sunnah melainkan disitu terkandung maslahat yang hakiki, walaupun maslahta itu tersamar pada sebagian orang yang tertutup oleh hawa nafsunya.¹⁶⁶

Hukum Islam bersumber pada al-Qur'an dan Sunnah Rasul atau hadist, disamping ijmak dan qiyas, tetapi yang harus dipahami adalah al-Qur'an merupakan sebuah kitab yang berisis prinsip-prinsip keagamaan, moral, perintah dan larangan, tetapi bukan sebuah dokumen hukum. Oleh karena itu nilai-nilai atau tujuan-tujuan moral al-Qur'an bukan teks harfiahnya semata.¹⁶⁷ Dalam melaksanakan syari'at Islam selalau ada penyamarataan manusia dengan tidak membedakan antara suatu bangsa dengan bangsa lainnya, antara individu yang satu dengan yang lainnya. Semua mendapat kewajiban dan larangan yang sama, dengan mengetahui aneka sumber hukum Islam akan dapat dipahami prinsip-prinsip umum

166. Ibid. Hlm. 543-548.

167. Fazlur Rahman, Islam, Second Edition, (Chicago : The University of Chicago Press, 1979), hlm. 37.

hukum Islam yang dilegitimasi oleh al-Qur'an dan lingkungannya di mana al-Qur'an diturunkan.¹⁶⁸ Prinsip-prinsip itu menurut 'Asmawi antara lain terdiri dari :

Prinsip pertama, syari'ah lebih dari sekedar kumpulan undang-undang dan sanksi. Syari'ah adalah pandangan hidup dan menganggap bahwa kehidupan masyarakat itu penuh kedermawanan dan sangat kasih sayang. **Prinsip kedua**, membuka jalan, yaitu yang dianggap sebagai interpretasi yang benar terhadap syari'ah yang diwahyukan karena alasan-alasan khusus untuk dilaksanakan bersama realitas manusia. Oleh karena itu, hubungan antara wahyu sebagai teks dan realitas kemanusiaan sangat diperlukan untuk interpretasi yang tepat terhadap al-Qur'an. **Prinsip ketiga** yaitu syari'ah dipandang sebagai upaya untuk melayani kepentingan umum dan penglihatan terhadap salah satu ayat oleh ayat yang lain tidak memiliki fungsi untuk melayani kepentingan itu. **Prinsip keempat** adalah perubahan ayat al-Qur'an yang pembahasannya mempunyai arti universal dan peruntukannya buat seluruh manusia

Kesadaran hukum pemerintah dan masyarakat akan melahirkan keyakinan untuk menerapkan hukum Allah SWT, bila menginginkan terwujudnya kemaslahatan bagi kehidupan manusia.¹⁶⁹

168. Mahmutarom, *Rekonstruksi Konsep Keadilan*, (Studi Tentang Perlindungan Korban Tindak Pidana Terhadap Nyawa Menurut Hukum Islam, Konstruksi Masyarakat Dan Instruksi Masyarakat Dan Instrumen Internasional), Penerbit Universitas Diponegoro Semarang, Tahun 2010, hlm. 97.

169. Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, Tahun 2009, hlm. 86.

Peranan wali nikah ini berkaitan dengan salah satu tujuan untuk mewujudkan kemaslahatan dalam hukum Islam yaitu untuk memelihara keturunan, dengan terpeliharanya keturunan, maka kemurnian darah dapat dijaga dan kelanjutan umat manusia dapat diteruskan dengan sebaik-baiknya.

Hukum selalu dalam proses terus menerus melakukan perubahan dan pembaharuan agar dapat selalu menyesuaikan diri dengan masyarakat. Jadi hukum itu akan eksis dilaksanakan oleh masyarakat apabila hukum tersebut sesuai dengan harapan, struktur sosial dan budaya masyarakat yang bermuara pada pemenuhan “rasa keadilan”. Pengertian keadilan dapat dilihat dalam dua arti pokok, yaitu keadilan dalam arti formal dan keadilan dalam arti materiil. Keadilan dalam arti “formal “ adalah keadilan dalam arti bahwa hukum itu berlaku secara umum, sedangkan keadilan dalam arti materiil adalah keadilan dalam arti bahwa setiap hukum harus sesuai dengan cita-cita keadilan masyarakat.¹⁷⁰ Secara garis besar ada dua arus pemikiran keadilan. Arus pemikiran yang pertama, adalah keadilan metafisik, sedangkan yang kedua adalah keadilan rasional. Keadilan metafisik diwakili oleh plato sedangkan keadilan rasional diwakili oleh Aristoteles. Selanjutnya ditegaskan oleh John Rawls, perihal aliran pemikiran dalam tema keadilan juga terbagi atas dua arus utama, yakni yang pertama adalah aliran etis, dan yang kedua adalah aliran

170. Magnis-Suseno, Franz. *Etika Dasar Masalah-Masalah Filsafat Moral*, Kanisius, Yogyakarta, 1991, hlm. 81.

institutif.¹⁷¹ Aliran etis menghendaki keadilan yang mengutamakan pada hak dari pada manfaat, sementara aliran institusi lebih mengutamakan manfaat dari pada haknya.

Keadilan substantif yaitu keadilan yang substansial, hakiki dan dirasakan oleh publik sebagai keadilan sesungguhnya. Rasa keadilan yang diakui dan “hidup” di dalam masyarakat.¹⁷² Ragam pengertian keadilan yang demikian banyak merupakan konsekwensi dari substansi teori keadilan yang dikembangkan oleh para pemikir. Tiap pemikir pasti mempunyai substansi yang berbeda dengan pemikir yang lain tergantung dari pendekatan yang digunakan. John Rawls misalnya, membangun teorinya secara teliti mengenal keadilan itu tidak saja meliputi konsep moral tetapi juga mempersoalkan mekanisme dalam pencapaian keadilan itu sendiri, termasuk bagaimana hukum turut serta mendukung.

Tujuan ditegakkannya keadilan dalam Islam amatlah luhur, menyangkut berbagai aspek kehidupan, adil dibidang hukum, peradilan dan persaksian serta adil dalam bermuamalah (bergaul) dengan pihak lain, bahwa setiap orang mempunyai hak-hak yang sama dengan dirinya. Islam mengacu kepada keadilan sosial, setiap orang mempunyai kedudukan yang sama di depan Undang-Undang dan Pengadilan, tidak dibedakan antara sikaya dengan simiskin. Islam tidak mengenal stratifikasi sosial (kasta) dengan memberikan privelege kepada satu kelas tertentu,

171. Manullang, E. Fernando. M., *Menggapai Hukum Berkeadilan (Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomy Nilai)*, Kompas, Jakarta, 2007, hlm. 97.

172. Mahkamah Konstitusi, *Mengawal Demokrasi dan Menegakkan Keadilan Substantif*, Laporan Tahunan 2009, Setjen dan Kepaniteraan MK, Jakarta, 2010, hlm. 10.

bahkan orang yang kuat adalah lemah, sehingga dapat diambil suatu hak darinya, dan orang yang lemah adalah kuat, sehingga dapat mengambil haknya, tidak bisa dibeda-bedakan oleh warna kulit atau jenis/kebangsaannya, mereka sama di depan hukum Islam.¹⁷³

Keadilan hukum tidak terwujud kecuali melalui lembaga penegakan hukum di antaranya pengadilan, sesuai dengan adagium “Fiat Yustitia Ruat Coelum” yang pengertiannya tegakkanlah keadilan walaupun langit akan runtuh. Hal ini berarti keadilan menjadi bagian yang tak terpisahkan dari tatanan kehidupan manusia, oleh karena itu untuk memberi rasa keadilan bagi seorang wali, maka penelitian perwalian melalui mekanisme wali ahdol, wali dijadikan sebagai pihak dalam berperkara, yang awalnya tidak dijadikan sebagai pihak, karena perkara wali adhal adalah perkara volunteir, dengan begitu perkara tersebut dijadikan perkara contensius.

G. Kerangka Pemikiran

Dalam pasal 29 ayat (2) UUD 1945 disebutkan bahwa negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agama dan kepercayaannya itu. Kata “menjamin” sebagaimana termaktub dalam pasal tersebut bersifat imperatif, artinya, negara berkewajiban secara aktif melakukan upaya-upaya

173. Muhammad Abu Zahroh, *UshulFiqih*, PT Pustaka Pustaka Firdaus dengan Perhimpunan Pengembangan Pesantren dan Masyarakat (P3M), Jakarta, Tahun 1994, hlm 544-545.

agar tiap-tiap penduduk dapat memeluk agama dan beribadat menurut agama dan kepercayaannya itu. Hal ini juga didukung oleh pendapat Hazairin yang menyatakan bahwa negara wajib menjalankan syari'at agama yang dipeluk oleh bangsa Indonesia, bagi kepentingan mereka, termasuk menjalankan syar'at islam bagi kepentingan orang Islam. Lebih lanjut Hazairin sebagaimana dikutip Suparman usman menegaskan bahwa negara tidak boleh membuat peraturan (hukum) yang bertentangan dengan syari'at suatu agama bagi pemeluknya.¹⁷⁴

Oleh karena itu hukum Indonesia menghendaki berkembangnya kehidupan beragama dan hukum agama dalam kehidupan hukum nasional. Hukum Nasional yang dikehendaki oleh negara adalah hukum yang menampung dan memasukkan hukum agama dan tidak memuat noerma hukum yang bertentangan dengan hukum agama.¹⁷⁵ Melihat peranan hukum Islam dalam pembangunan hukum nasional ada beberapa fenomena yang bisa dijumpai dalam praktik. *Pertama*, Hukum Islam berperan dalam mengisi kekosongan hukum dalam hukum positif. Hal ini hukum Islam diberlakukan oleh negara sebagai hukum positif bagi ummat Islam. *Kedua*, hukum Islam berperan sebagai sumber nilai yang memberikan kontribusi terhadap aturan hukum yang dibuat. Oleh karena aturan hukum tersebut bersifat umum, tidak memandang perbedaan agama, maka nilai-nilai hukum Islam dapat berlaku

174. Suparman Usman, *Hukum Islam, Asas-Asas dan Pengantar Studi Hukum Islam dalam tata Hukum Indonesia* (Jakarta: Gaya Media Pratama, Tahun 2002), hlm. 6. Dan Varia Peradilan Majalah Hukum Tahun XXXI No. 365, hlm. 14.

175. Ichijanto, *Prospek Peradilan Agama sebagai Peradilan Negara dalam Sistim Politik Hukum di Indonesia*, dalam Amrullah Ahmad, et al. (Ed.), *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional: Mengenang 65 th.* Prof, Dr. H. Bustanul Arifin, S.H. (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hlm. 178-179.

pula bagi seluruh warga negara.¹⁷⁶ Ismail sunny, mengulustrasikan politik hukum sebagai suatu proses penerimaan hukum Islam digambarkan kedudukannya menjadi dua periode yakni: *Pertama*, periode *persuasive sourcedi* mana setiap orang Islam diyakini mau menerima keberlakuan Hukum Islam itu. *Kedua*, periode *authority sourcedi* mana setiap orang Islam meyakini bahwa hukum Islam memiliki kekuatan yang harus dilaksanakan. Dengan kata lain, hukum Islam dapat berlaku secara yuridis formal apabila dikodifikasikan dalam perundang-undangan.¹⁷⁷

Menurut Bagir Manan, rumusan undang-undang yang bersifat umum tidak pernah menampung secara pasti setiap peristiwa hukum. Hakimlah yang berperan menghubungkan atau menyambungkan peristiwa hukum yang konkret dengan ketentuan hukum yang abstrak. Sudah menjadi pekerjaan sehari-hari hakim memberikan penafsiran atau konstruksi hukum suatu ketentuan hukum dengan peristiwa konkret.¹⁷⁸

Oleh karena itu hakim dalam menjalankan tugas dan wewenangnya dalam memeriksa, mengadili, dan kemudian menjatuhkan putusan harus didasarkan pada hukum yang berlaku dan juga berdasarkan keyakinannya, bukan hanya berdasarkan pada logika hukum semata, karenanya hakim dalam melaksanakan tugasnya, bukan hanya sebagai corong undang-undang,

176. Padmo Wahjono, *Budaya Hukum Islam dalam Perspektif Pembentukan Hukum di Masa Datang*, dalam Amrullah Ahmad, et al. (Ed.), *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional: Mengenang 65 th.* Prof. Dr. H. Bustanul Arifin, S.H. (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hlm. 178-179.

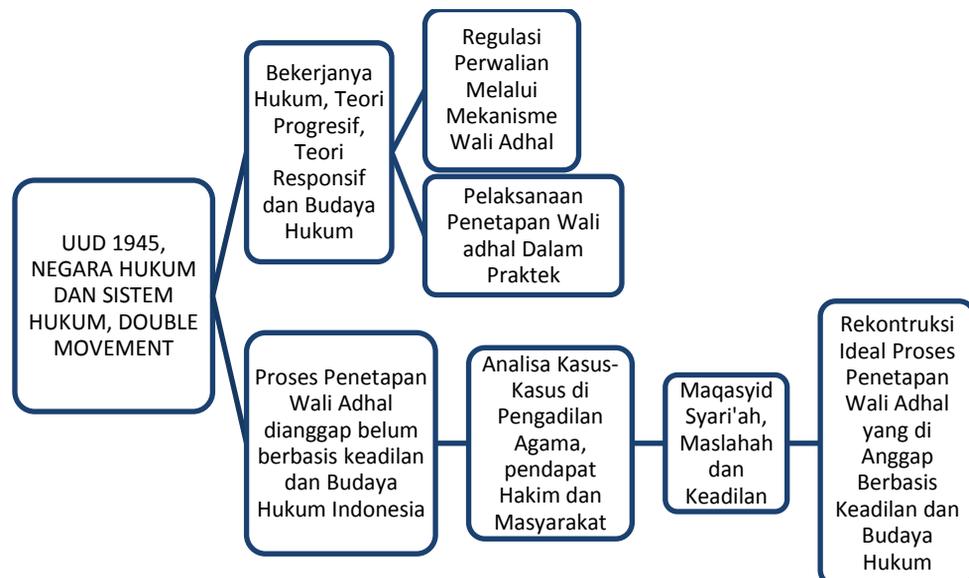
177. Ismail Sunny, *Tradisi dan Inovasi Keislaman di Indonesia dalam Bidang Hukum Islam*, sebagaimana dikutip *Bunga Rampai Peradilan Islam di Indonesia* (Bandung: ulul Albab Press, 1997), hlm. 40-43.

178. Bagir Manan, *Suatu tinjauan terhadap Kekuasaan Kehakiman dalam undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004*, hlm. 40-43.

melainkan selalu berusaha untuk menegakkan hukum dengan menciptakan keadilan, dan keadilan tercipta bukan hanya keadilan yang bersifat prosedural, akan tetapi keadilan yang bersifat substantif. Untuk itu secara keseluruhan skema krangka pemikiran penulis dapat digambarkan sebagai berikut:

Bagan 2

Skema Krangka Pemikiran



H. Metode Penelitian Disertasi

1. Paradigma Penelitian Diseratsi.

Paradigma¹⁷⁹ yang digunakan penelitian ini adalah paradigma *constructivism* atau *legal constructivism*.¹⁸⁰ Paradigma ini tergolong dalam kelompok paradigma non-positivistik.¹⁸¹ Paradigma merupakan suatu sistem filsafat yang mencakupi ontologi, epistemologi, dan aksiologi. Posisi peneliti berperan sebagai fasilitator.¹⁸²

Menurut E.G.Guba dan Y.S.Lincoln, sebagaimana dikutip oleh Erlyn Indarti,¹⁸³ ontologi ialah pemahaman tentang bentuk-sifat-ciri realitas dari *constructivism* yakni realitas majemuk dan beragam serta bersifat relativisme. Ontologi penelitian ini mengasumsikan hukum sebagai alat untuk mewujudkan keadilan substantive. Epistemologi yaitu pemahaman keterkaitan antara individu dan lingkungan atau “yang bukan

179. Paradigma yang dimaksudkan dalam studi ini ialah seperangkat keyakinan dasar sebagai ‘set of believe’ yang mengarahkan semua proses penelitian ini. Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific Revolution* (Terjemahan), PT. Remaja Rosda Karya, Bandung, 2000, hlm. 47; dan Ignas Kleden, *Sikap Ilmiah dan Kritik Kebudayaan*, LP3ES, Jakarta 1987, hlm. 20.

180. Guba dan Lincoln menyebutkan bahwa paradigma yang berkembang dalam penelitian dimulai dari *paradigma positivisme, post-positivisme, critical theory* dan *constructivism*. Lihat Soetandyo Wignyoebroto, *Perubahan Paradigma dalam Ilmu Hukum Pada Masa Peralihan Mileniaum (dari abad 20 ke abad 21)*, Makalah Bahan Kuliah Program Doktor Ilmu Hukum, 2003, hlm.13.

181. Paradigma non-positivistik merupakan distingsi dari paradigma positivistik. Paradigma non positivistik dianggap sebagai jalan keluar dari paradig sebelumnya untuk memandang hukum tidak semata-mata *inword looking*, melainkan juga *outword looking*. Hal ini disebabkan karena paradigma positivistik berpengaruh buruk dalam menyumbang adanya krisis multidimensi yang sekarang terjadi. Menurut Alfred Nort Whitehead pengaruh buruk dari dominasi paadigma positivistik berupa: (1) membuat peneliti mengabaikan lingkungannya; (2) memisahkan suatu objek dari unsur-unsur lain yang mempengaruhinya, sehingga memandang suatu sistem bersifat mekanis belaka. Lihat Alfred Nort Whitehead, *Science and The Modern World*, The Free Press, Macmillan Co., New York, 1967.

182. Suteki, *Rekonstruksi Politik Hukum tentang Hak Menguasai Negara Atas Sumber Daya Air Berbasis Nilai Keadilan Sosial (Studi Privatisasi Pengelolaan Sumber Daya Air)*. Disertasi, Undip Semarang, 2008, hlm. 30.

183. Erlyn Indarti, “Selayang Pandang Critical Theory, *Critical Legal Theory, dan Critical Legal Studies*”, *Majalah Masalah-Masalah Hukum*, Fak Hukum Undip, Vol. XXXI No. 3 Juli 2002, Semarang, hlm. 139. Periksa juga Egon G. Guba dan Y. Vonna S. Lincoln, *Handbook of Qualitative Research*, Sage Publication, London, 1994, hlm. 110-111. Baca pula uraian konsturktivisme sebagai paradigma baru oleh Erlyn Indarti dalam I.S. Susanto dan Bernard L. Tanya (Penyunting), *Wajah Hukum di Era Reformasi: Kumpulan Karya Ilmiah Menyambut 70 Tahun Satjpto Rahardjo*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 22-24.

diri”nya, dan *constructivism* yakni transaksional dan subjektifis. Pemahaman tentang suatu realitas atau temuan suatu penelitian merupakan produk atau diperoleh dari interaksi antara peneliti dan yang diteliti, metodologi atau sistem metoda dan prinsip yang diterapkan oleh individu di dalam observasi atau investigasinya dari *constructivism* adalah hermeneutikal dan dialektis. Menekankan empati dan interaksi dialektik antara peneliti dengan responden untuk merekonstruksi realitas yang diteliti melalui metode kualitatif seperti *participant observation*. Aksiologis, yaitu nilai etika dan pilihan moral merupakan bagian tidak terpisahkan dalam suatu penelitian. Peneliti sebagai *partisipant* untuk memahami keragaman subjektivitas pelaku sosial dan politik. Tujuan penelitian adalah melakukan rekonstruksi realitas sosial secara dialektik antara peneliti dengan aktor sosial dan lembaga yang diteliti.

Realitas yang diamati dalam studi ini meliputi ide atau gagasan yang terbatas ruang dan waktu. Cara mendapatkan kebenaran (aspek epistemologi) dari ide atau gagasan tersebut adalah dengan mempelajari ‘proses interaksi’ pelemagaan kebijakan hukum perwalian melalui mekanisme wali adhal dengan berbagai variabel sosial yang ada, khususnya budaya hukum masyarakat.¹⁸⁴ Karena itulah maka pada azas metodologis studi ini berpihak pada pendekatan atau metode *hermeneutics dan dialectics*.¹⁸⁵ Metode *hermeneutics* digunakan untuk mengidentifikasi

184. Pejelasan yang relatif lengkap, baca Agus Salim, *Teori dan Paradigma Penelitian Sosial (dari Denzin Guba dan Penerapannya)*, Tiara Wacana, Yogyakarta, 2001 hlm. 33-61.

185. *Ibid.*, hlm. 59.

kebenaran atau konstruksi pendapat dari orang perorang atau kasus per-kasus, sedangkan metode *dialectics* lebih kepada cara membandingkan pendapat dari orang-orang atau kasus per kasus yang didapat melalui metode *hermeneutics*. Hal ini mutlak, karena menurut paradigma konstruktivis, realitas (tak terkecuali, realitas hukum) merupakan konstruksi sosial yang diciptakan oleh individu ataupun kelompok sosial secara dialektis.¹⁸⁶

Dalam konteks ke-Indonesia-an, konsepsi tentang negara hukum belum dapat dikatakan sebagai bangunan final. Menurut Satjipto Rahardjo, negara hukum Indonesia masih secara terus menerus dibangun sesuai ciri ke-Indonesia-an, yakni negara hukum Pancasila yang mengusung nilai dan komitmen moral untuk membangun negara yang membahagiakan rakyatnya. Sekalian hal yang tercantum dalam Pancasila, Pembukaan dan rincian pasal dalam UUD 1945 menunjukkan arah moral yang demikian itu.¹⁸⁷

Dari perspektif *moral reading* ala Ronald Dworkin, Satjipto Rahardjo mengkonstatasi bahwa negara hukum Indonesia adalah negara hukum yang bernurani atau Negara yang memiliki kepedulian (*a state with conscience and compassion*). Indonesia bukan negara yang hanya berhenti pada tugasnya menyelenggarakan berbagai fungsi publik, bukan

186. Menurut Berger, momen dialektis bergerak dalam 3 (tiga) momentum, yakni momen internalisasi, momen eksternalisasi, dan momen objektivasi. Peter L. Berger, *Pyramids of Sacrifice: Political Ethic and Social Change*. Terjemahan, A. Rahman Tolleng, LP3ES, Jakarta 2004, hlm. 91-201.

187. Satjipto Rahardjo, *Negara Hukum Yang Membahagiakan Rakyatnya*, Genta Press, Yogyakarta, 2008, hlm. 17.

pula negara *by job description*, melainkan negara yang ingin mewujudkan komitmen moral untuk mensejahterakan rakyat. Karena itu pula paradigma yang diusung negara hukum Indonesia adalah paradigma hukum untuk manusia. Suatu paradigma yang mensyaratkan agar cara bernegara hukum tidak linier, melainkan progresif karena meninggalkan cara berhukum yang hanya didasarkan pada olah pikir atau logika yang linier dan mengoreksinya dengan cara berhukum yang mengejar makna kemanusiaan dari hukum.¹⁸⁸

Sejauhmanakah pengaturan hukum mengenai regulasi perwalian melalui mekanisme wali adhal di Indonesia yang telah berpihak pada paradigma hukum untuk manusia, mengusung ajaran negara hukum yang mensejahterakan, dan mengusung keadilan substantif? Semua pertanyaan ini hendak dijawab dengan menempatkan cita hukum¹⁸⁹ atau maqasyid syari'ah sebagai pisau analisis, dalam hal ini khususnya tujuan dibuatnya hukum (maqasyid syari'ah) yaitu untuk melindungi kemaslahatan ummat manusia, menjunjung tinggi nilai-nilai social berupa keadilan, persudaraan, solidaritas, kebebasan dan kemuliaan. Dalam hal ini Imam Syatibi¹⁹⁰ membaginya dengan tiga tingkatan pertama yaitu kebutuhan dharuriyat (primer), yaitu segala hal yang menjadi sendi eksistensi

188. *Ibid.*, hlm.17

189. Cita hukum atau *rechtsidee* merupakan konstruksi pikir atau ide-ide yang mengarahkan hukum kepada cita-cita yang diinginkan. Menurut Stammler, *rechtsidee* berfungsi sebagai *leitstern* (bintang pemandu) bagi terwujudnya cita-cita hukum dari suatu entitas masyarakat. A.Hamid Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*, Disertasi FPS UI, Jakarta, 1990, hlm. 308.

190. Abu Ishaq Al Syatibi, *Al Muwafaqot Fii Ushul Al Syari'ah*, Jilid II, Beirut, Daarul al Rasyad al Hadisah, tanpa tahun, hlm. 3-23.

kehidupan manusia yang harus ada demi kemashlahatan manusia. Hal ini dapat disimpulkan kepada lima sendi utama yaitu, agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta. Bila sendi ini tidak terpelihara dengan baik, maka kehidupan manusia akan kacau, kemashlahatan tidak akan terwujud, baik di dunia maupun di akhirat, kedua yaitu kebutuhan hajiyyat (sekunder) yaitu segala sesuatu yang sangat dibutuhkan oleh manusia untuk menghilangkan kesulitan dan menolak segala halangan. Artinya, ketiadaan aspek hajiyyat tidak sampai mengancam eksistensi kehidupan manusia menjadi rusak, melainkan hanya sekedar menimbulkan kesulitan dan kesukaran saja, dan ketiga yaitu kebutuhan tahsiniyah, yaitu tindakan atau sifat-sifat yang pada prinsipnya berhubungan dengan al-Mukarim al-Akhlaq, serta pemeliharaan tindakan-tindakan utama dalam bidang ibadah, adat dan muamalah. Demikian pula Cita hukum Pancasila ada tiga cita hukum pertama menyangkut ketetapan tidak boleh ada hukum yang menyebabkan disintegrasi sosial, politik maupun ekonomi. Cita hukum kedua menyangkut ketetapan bahwa hukum mutlak mengusung 'keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia'. Cita hukum ketiga menyangkut ketetapan untuk membuat hukum melalui partisipasi yang cukup dari semua unsur *nation state* sesuai paham demokrasi dan nomokrasi.

Menggali nilai hukum yang hidup dalam masyarakat demikian itu sesuai dengan ajaran teori-teori hukum yang baik sebagaimana yang dikembangkan oleh Jeremy Bentham, Frederick Karl von Savigny, Sir Henry Maine, Nathan Roscoe Pound, Leopold Pospisil. Kriteria hukum

yang baik menurut pandangan sarjana-sarjana tersebut, misalnya, Leopold Pospisil dalam bukunya *The Anthropological of Law* (1971), mengemukakan bahwa hukum yang baik, materinya harus mencerminkan perilaku pengguna hukum dan memiliki empat elemen yaitu: adanya wewenang, ciri universalitas, kewajiban, dan pemberlakuan sanksi. Dengan demikian, sumber hukum yang paling utama bukan berasal dari negara (positivistik) melainkan dari perilaku masyarakat dan hukum harus mampu mewartakan pluralisme masyarakat. Demikian pula Frederick Karl von Savigny memandang bahwa hukum yang baik harus bersumber dari adat-istiadat, kebiasaan, dan kemauan masyarakat yang diwujudkan melalui lembaga perwakilan sehingga hukum yang dihasilkan dapat memenuhi kehendak masyarakat dalam rangka memenuhi kehidupannya. Sejalan dengan itu, Sir Henry Maine mengemukakan bahwa hukum senantiasa mengikuti perkembangan kehidupan sosial masyarakat. Jeremy Bentham pun mengatakan bahwa hukum yang dibangun harus mampu mewujudkan sistem aturan yang memiliki resiko paling sedikit terhadap kehidupan masyarakat. John Rawls yang mengembangkan pemikiran Jeremy Bentham tersebut, lebih jauh mengemukakan teori keadilan (*theory of justice*) bahwa tujuan hukum yang paling penting adalah mewujudkan dan menjamin keadilan bagi masyarakat.¹⁹¹

191. J. Barnes, *The Complete Works of Aristotle*. Princeton University Press. Princeton, New York, 1984, hlm. 21-41.

Penelitian ini termasuk penelitian kualitatif.¹⁹² Pelaksanaannya sesuai tata aturan paradigma konstruktivis, atau lebih tepatnya dikatakan paradigma *legal constructivism*. Berawal dari pemahaman bahwa *legal constructivism paradigma* sebagai seperangkat keyakinan atas sebuah realitas hukum (kebijakan hukum) sebagai hasil konstruksi yang bersifat relatif/nisbi, spesifik dan kontekstual, posisi relatif (*stand point*) penulis terhadap masalah penelitian pada aras episteme bukanlah partisipan tetapi sebaliknya observer. Sebagai observer, peneliti akan mencari jawab dari setiap masalah yang diajukan dengan mempelajari realitas hukum (hasil konstruksi) yang tersebar dalam peraturan perundangan atau kebijakan terkait. Pemahaman paripurna yang diperoleh merupakan produk interaksi antara peneliti dengan objek yang diteliti. Ada hubungan transaksional yang relatif subjektif antara peneliti dengan subjek penelitian. Peneliti adalah instrumen penelitian, sehingga dengan demikian pada tataran aksiologi kedudukan peneliti adalah sebagai fasilitator yang menjembatani keragaman data dan subjek yang ada.

Sesuai catatan sejarah pemikiran, paradigma konstruktivis antara lainnya merupakan rumpun cara berpikir sosiologi interpretatif yakni interaksi simbolik, fenomenologis dan hermeneutik. Secara umum sosiologi interpretatif menggambarkan manusia sebagai identitas yang melakukan pemaknaan dan membentuk realitas, menyusun institusi dan

¹⁹². Penelitian kualitatif mempunyai empat unsur, yaitu: (1) Pengambilan/penentuan sampel secara purposive; (2) Analisis induktif; (3) *Grounded Theory*; (4) Desain sementara akan berubah sesuai dengan konteksnya. Noeng Muhadjir, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Penerbit Rake Sarasin, Yogyakarta, 2002, hlm. 165-168.

norma yang ada. Manusia menurut sosiologi interpretatif merupakan aktor yang aktif dan kreatif mengembangkan respons terhadap dunia kognitifnya. Dalam proses sosial, manusia dipandang sebagai pencipta realitas sosial yang relatif bebas.

Sosiolog interpretatif seperti Peter L. Berger bersama Thomas Luckman,¹⁹³ juga mengajarkan bahwa manusia dan masyarakat adalah produk yang dialektis, dinamis dan plural secara terus-menerus. Masyarakat adalah produk manusia. Sebaliknya manusia adalah hasil atau produk dari masyarakat. Bagi Berger, realitas itu tidak dibentuk secara alamiah, tidak juga sesuatu yang diturunkan oleh Tuhan. Tetapi sebaliknya dibentuk dan dikonstruksikan. Setiap orang bisa mempunyai konstruksi yang berbeda-beda atas dasar suatu realitas. Konstruktivisme merupakan ajaran tentang sebuah kerja kognitif individu untuk menafsirkan dunia relitas. Karena itulah maka landasan berpikir seorang peneliti yang beranjak dari ajaran konstruktivisme hendaklah memperlakukan pelaku sosial sebagai interpreter-interpreter yang dapat menginterpretasikan segala aktivitasnya melalui simbol-simbol. Aktivitas-aktivitas simbolik yang dimaksud dapat berupa makna konsensual atau kesepakatan kolektif, seperti aturan main bersama berwujud hukum.

2. Jenis Penelitian Disertasi.

193. Margaret M. Poloma, *Sociologi....Op Cit.*, hlm.117

Jenis penelitian ini adalah penelitian hukum non-doktrinal,¹⁹⁴ dalam kategori kualitatif berdasarkan tingkat analisisnya, dan bertipologi deskriptif-analitis berdasarkan tujuan penelitian disertasi.¹⁹⁵ Muara penelitian ini ialah merekonstruksi kebijakan hukum (*legal policy*) perwalian melalui mekanisme wali adhal yang sesuai dengan maqashid syari'ah dan teori keadilan yang mengedepankan keadilan substantif sebagai bentuk rasa keadilan yang diakui dan “hidup” di dalam masyarakat.¹⁹⁶

3. Metode Pendekatan Disertasi.

Memecahkan suatu isu hukum melalui penelitian hukum memerlukan pendekatan-pendekatan tertentu sebagai dasar pijakan untuk menyusun argumen yang tepat. Penelitian ini menggunakan pendekatan *socio-legal research*.¹⁹⁷ Pendekatan ini dilakukan untuk memahami

194. Penelitian hukum non-doktrinal adalah studi empiris untuk menemukan teori mengenai proses terjadinya dan bekerjanya hukum di dalam masyarakat yang dilakukan dengan pendekatan *socio-legal research*. Baca Soetandyo Wignjosebroto, “Hukum dan Metode-Metode Kajiannya”, Makalah disajikan pada Pembinaan Tenaga Peneliti, BPHN, Jakarta, 1980, hlm. 2-3.

195. Penelitian kualitatif adalah penelitian yang menekankan analisis proses berfikir secara deduktif dan induktif dan bersifat deskriptif analitis dengan menggunakan logika ilmiah untuk memahami dinamika hubungan antar fenomena yang diamati. Penelitian kualitatif tidak berarti tanpa menggunakan dukungan dari data kuantitatif, akan tetapi lebih ditekankan pada kedalaman berfikir formal dari peneliti dalam menjawab permasalahan. Penelitian kualitatif bertujuan untuk mengembangkan konsep sensitivitas pada masalah yang dihadapi, menerangkan realitas yang berkaitan dengan penelusuran teori dari bawah (*grounded theory*), dan mengembangkan pemahaman akan satu atau lebih dari fenomena yang dihadapi. Adapun penelitian deskriptif-analitis ditujukan untuk memberikan gambaran yang lebih detail dan mendalam mengenai suatu gejala atau fenomena. Hasil akhirnya biasanya berupa tipologi atau pola-pola mengenai fenomena yang sedang dibahas. Penelitian deskriptif-analitis merupakan kelanjutan dari penelitian eksploratif, yang diidentikkan dengan penelitian yang menggunakan pertanyaan “bagaimana”. Baca dalam Soetandyo Wignjosebroto, “Penelitian Hukum: Sebuah Tipologi”, *Majalah Masyarakat Indonesia*, Tahun ke-I, No.2, 1974, hlm. 15-19.

196. Mahkamah Konstitusi, *Mengawal Demokrasi dan Menegakkan Keadilan Substantif*, Laporan Tahunan 2009, Setjen dan Kepaniteraan MK, Jakarta, 2010, hlm. 10.

197. Pendekatan *socio-legal research* meliputi dua aspek utama yaitu: (i) aspek *legal research*, yakni objek penelitian tetap ada yang berupa hukum dalam arti “norm” peraturan perundang-undangan, asas, prinsip, konsep, teori, dan doktrin hukum; (ii) aspek *socio-research*,

hukum dalam konteks, yaitu masyarakatnya.¹⁹⁸ Sebagaimana *core conception* dari *socio-legal studies* yang memahami hukum tidak sebagai entitas normatif yang normologik dan esoterik semata, maka hukum investasi dalam studi ini dipahami sebagai entitas yang sangat dipengaruhi faktor-faktor non hukum. Formulasi substansi/isi, pilihan tujuan, dan cara yang digunakan untuk mencapai tujuan atau politik hukum investasi diyakni sebagai hasil interaksi dengan faktor-faktor non hukum.

Adapun macam-macam pendekatan dalam penelitian ini, yaitu pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dan pendekatan komparatif (*comparative approach*).

1. Pendekatan Perundang-Undangan (*Statute Approach*) atau pendekatan yuridis yaitu penelitian terhadap produk-produk hukum.¹⁹⁹ Pendekatan ini dilakukan dengan menelaah semua peraturan perundang-undangan ataupun regulasi yang berkaitan dengan permasalahan (isu hukum) yang diteliti. Pendekatan perundang-undangan ini memberi

yaitu penggunaan metode dan teori ilmu-ilmu sosial tentang hukum guna membantu peneliti dalam melakukan analisis. Pendekatan ini menurut penulis tetap berada dalam ranah hukum, hanya perspektifnya yang berbeda. Bandingkan dengan pendapat Terry Hutchinson yang mengakui bahwa *socio-legal research* sebagai bagian dari penelitian hukum dengan istilah "*Fundamental Research*". Lihat Terry Hutchinson, *Researching and Writing in Law*, Pyramont-NSW, 2002, hlm. 9-10. Istilah lainnya adalah pendekatan *Socio-legal studies* yang melihat hukum sebagai salah satu faktor dalam sistem sosial yang dapat menentukan dan ditentukan. Ada sejumlah istilah yang digunakan untuk menggambarkan hal ini, seperti: *apply social science to law*, *social scientific approaches to law*, *disciplines that apply social scientific perspective to study of law*. Rikardo Simarmata, "Socio-Legal Studies dan Gerakan Pembaharuan Hukum", dalam *Digest Law, Society & Development*, Volume I Desember 2006-Maret 2007.

198. Lihat Soekanto, Soerjono, dkk. *Pendekatan Sosiologi terhadap Hukum*, PT Bina Akasara, Jakarta, 1988, hlm. 9.

199. Barder Johan Nasution, *Metode Penelitian Hukum*, Bandung Bandar Maju, Tahun 2008, hlm. 92.

kesempatan bagi peneliti untuk mempelajari konsistensi/kesesuaian antara Undang-Undang yang satu dengan Undang-Undang yang lain.²⁰⁰

2. Pendekatan Kasus (Case Approach) Pendekatan ini dilakukan dengan melakukan telaah pada kasus-kasus yang berkaitan dengan isu hukum yang yang diteliti, dengan melihat kasus perwalian melalui wali adhal yang ditelaah merupakan kasus yang telah memperoleh putusan pengadilan berkekuatan hukum tetap. Hal pokok yang dikaji pada setiap putusan tersebut adalah pertimbangan hakim untuk sampai pada suatu keputusan sehingga dapat digunakan sebagai argumentasi dalam memecahkan isu hukum yang diteliti.
3. Pendekatan Konseptual (Conceptual Approach)²⁰¹ Pendekatan ini beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum. Pendekatan ini menjadi penting sebab pemahaman terhadap pandangan/doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum dapat menjadi pijakan untuk membangun argumentasi hukum ketika menyelesaikan isu hukum yang diteliti. Pandangan/doktrin akan memperjelas ide-ide dengan memberikan pengertian-pengertian hukum, konsep hukum, maupun asas hukum yang relevan dengan permasalahan. Pendekatan ini dilakukan karena ada atau tidak adanya aturan hukum yang mengatur permasalahan perwalian melalui mekanisme wali adhal.

200. Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Tahun 2010, hlm. 93.

201. Johnny Ibrahim, *Teori & Metode Penelitian Hukum Normatif*, Surabaya, Bayumedia, Tahun 2013, hlm. 309.

Pendekatan tersebut dilakukan dengan memperhatikan teori dan metode pemecahan masalah atau penemuan hukum dengan menggunakan norma dan kaidah hukum. Norma dimaksud adalah norma kompetensi absolut dan kaidah syar'i yang harus sejalan seirama melalui penafsiran, penghalusan atau penyimpangan ketentuan peraturan perundang-undangan agar hukum yang berasal dari ketentuan syar'i dan peraturan perundang-undangan tidak saling bertentangan sehingga masyarakat terayomi dari norma itu sendiri. Cara yang dapat ditempuh adalah dengan memahami peran serta hakim dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara dapat melalui pendekatan *hermeneutic*.²⁰²

4. Jenis dan Sumber Data.

Jenis data dalam penelitian ini adalah data kualitatif yang lebih bersifat monografis, atau berwujud kasus-kasus. Sumber data yang diperlukan penelitian ini meliputi sumber data primer dan sumber data sekunder. Data primer merupakan bahan penelitian yang berupa fakta-fakta empiris sebagai perilaku maupun hasil perilaku manusia. Baik dalam bentuk perilaku verbal perilaku nyata, maupun perilaku yang terdorong

202. Hermeneutika hukum merupakan suatu bentuk penemuan hukum yang lebih holistik dan bersifat progresif. Menurut Ahmad Rifai penemuan hukum yang progresif itu mempunyai karakteristik. 1. Penemuan hukum yang didasarkan atas apresiasi hakim sendiri dengan dibimbing oleh pandangan atau pemikirannya secara mandiri, dengan berpijak pada pandangan bahwa hukum itu untuk mengabdikan kepada manusia. 2. Penemuan hukum yang bersandarkan pada nilai-nilai hukum, kebenaran, dan keadilan, serta juga etika dan moralitas. 3. Penemuan hukum yang mampumenciptakan nilai-nilai baru dalam kehidupan masyarakat, atau melakukan rekayasa dalam suatu masyarakat yang sesuai dengan perkembangan zaman dan teknologi serta perkembangan masyarakat. lihat Jean Grondin, Sejarah Hermeneutika dari Plato sampai Gadamer, ArRuzz Media, Yogyakarta, 2007. Hlm. 51

dalam berbagai hasil perilaku atau catatan-catatan/arsip.²⁰³ Adapun data sekunder merupakan bahan hukum dalam penelitian yang di ambil dari studi kepustakaan yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan non hukum (tersier).²⁰⁴

Jenis data primer dalam penelitian ini berupa fakta-fakta empiris mengenairegulasi perwalian dan kebijakan hukum di Pengadilan. Adapun jenis data sekunder penelitian ini adalah data kualitatif berupa material empiris, yaitu bahan-bahan hukum,²⁰⁵ yang terdiri dari: (i) bahan hukum primer yang bersifat *otoritatif*, yaitu dokumen resmi atau *mandatory primary source* dan *persuasive primary source* (peraturan perundangan, risalah dan draft akademik pembuatan regulasi perwalian melalui mekanisme wali adhal dan kebijakan-kebijakan wali adhal (ii) bahan hukum sekunder, yaitu tulisan ilmiah (*treatises*) yang berupa hasil penelitian, referensi ilmiah dan terbitan resmi lainnya seperti: disertasi, tesis, jurnal, buku, majalah, dan data data lain sebagai pendukung; (iii) bahan non hukum (tersier), seperti kamus, ensiklopedi, cuplikan, kutipan, indeks kumulatif dan statistik pendukung yang relevan sebagai pelengkap.

5. Tehnik Pengumpulan Data.

Pengumpulan data primer dilakukan dengan menggunakan teknik

203.Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad Ke-20*, Alumni Bandung, 1994, hlm. 134, 151;

204.Peter Mahmud Marzuki, *Metode Penelitian Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta,hlm. 96, 141-163.

205.Lihat Bagong, Suyanto dan Sutinah (Ed). *Metode Penelitian Sosial Berbagai Alternatif. Pendekatan*, Prenada Media Group, Jakarta, 2006, hlm. 186. Baca juga J. Supranto, *Metode Penelitian Hukum dan Statistik*, PT Rineka Cipta, Jakarta, 2003, hlm. 14; Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996, hlm.14.

wawancara, observasi, dan *personal experience*.²⁰⁶ Sumber primer ini meliputi sejumlah informan pokok dan responden, yakni: Hakim, Panitera, para pihak dan masyarakat maupun berbagai organisasi/lembaga, pakar hukum yang berkaitan dengan persoalan penelitian. Adapun pengumpulan data sekunder dilakukan dengan teknik dokumentasi hukum²⁰⁷ dan studi kepustakaan²⁰⁸ mengenai bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan non hukum (tersier) yang berkaitan dengan kebijakan hukum di bidang wali adhal.

Paradigma yang digunakan penelitian ini adalah *constructivism* dengan pendekatan *socio-legal hermeneutik*, karena itu dalam melakukan observasi peneliti mengambil posisi sebagai fasilitator dengan menggunakan prinsip *participatory*. Wawancara mendalam dilakukan dengan pertanyaan-pertanyaan terbuka dan dimungkinkan angket sebagai alat bantu. Pengumpulan data dilakukan sesuai prinsip *snowballing*, dimulai dari suatu titik, satu jenis data dan lalu menyebar. Data dikumpulkan sebanyak mungkin kemudian dikelompokkan dan dipilah-

206. Bagong, Suyanto dan Sutinah. *Metode Penelitian Sosial Berbagai Alternatif Pendekatan*, Prenada Media Group, Jakarta, 2006, hlm. 186. Lihat Syamsudin Pasamai, *Metodologi Penelitian & Penulisan Karya Ilmiah Hukum*, PT. Umitoha, Makassar, hlm. 66-67. Bandingkan dengan Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum (Normative dan Empiris)*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2010, hlm. 154.

207. Dokumentasi hukum adalah pengumpulan hasil temuan dalam sebuah dokumen-dokumen resmi hukum, baik berbentuk *mandatory primary source* maupun *persuasive primary source* yang berkaitan dengan permasalahan penelitian. Lihat Amirudin dan H. Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 167-168. Lihat juga Suharsimi Arikunto, *Prosedur Penelitian, Suatu Pendekatan Praktek*, Rineka Cipta, Jogjakarta, 1991, hlm. 131.

208. Studi kepustakaan adalah teknik pengumpulan data dengan mengadakan studi penelaahan terhadap buku-buku, literatur-literatur, catatan-catatan, dan laporan-laporan yang ada hubungannya dengan masalah yang dipecahkan. Baca dalam Moh. Nazir, *Metode Penelitian*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2009, hlm. 111.

pilah. Data-data yang tergolong cukup dan memadai menjawab permasalahan penelitian lalu didiskusikan dalam kelompok terfokus (*Focus Group Discussion/FGD*),²⁰⁹ sebagai langkah akhir sebelum data benar-benar dapat dikategorikan sebagai data final.

Dalam wawancara dan observasi dapat dimungkinkan terjadi bias, sehingga diperlukan *filter* dengan cara menggunakan optik pengalaman hidup informan/ responden terkait dengan: bahasa, kelas sosial, keragaman tradisi, etnis, pendidikan, usia dan agama. Teknik pengambilan sampel secara “*purposive sampling*” yaitu memilih informan yang dianggap mengetahui masalah secara mendalam dan dapat dipercaya untuk menjadi sumber data yang mantap. Pilihan informan atau responden dilakukan berdasarkan *criterion-based-selection*. Responden ditentukan secara “*snowball sampling*” maksudnya pilihan informan berkembang sesuai dengan kebutuhan dan kemampuan peneliti, dan seterusnya menemukan informan-informan baru berdasarkan petunjuk informan lama, sampai mendapatkan data yang lengkap dan mantap.

6. Analisis Data.

Analisis data adalah proses berkelanjutan yang membutuhkan refleksi terus-menerus terhadap data, mengajukan pertanyaan-pertanyaan analitis, dan menulis catatan singkat sepanjang penelitian dan melibatkan

209. FGD beranggotakan unsur akademisi dan pemerhati atau ahli yang berkonsentrasi pada masalah regulasi perundang-undangan pada umumnya, dan perundang-undangan yang menjadi objek kajian pada khususnya. Uraian yang relatif lengkap mengenai metode diskusi kelompok terfokus, dapat dibaca dalam Richard A. Krueger, *Focus Groups: A Practical Guide for Applied Research*, Sage Publications, London, 1988; Lihat juga David L. Morgan, *Focus Groups as Qualitative Research*, Sage Publications, London, 1988.

pengumpulan data yang terbuka, yang didasarkan pada pertanyaan-pertanyaan umum, dan analisis informasi dari pada partisipan dan memerlukan pemahaman bagaimana untuk mempertimbangkan dan menggambarkan teks, sehingga kita dapat menjawab bentuk pertanyaan penelitian.²¹⁰

Analisis data dalam penelitian ini dilakukan sejak sebelum memasuki lapangan, selama di lapangan, dan setelah selesai di lapangan. Dalam penelitian kualitatif, analisis data lebih difokuskan selama proses di lapangan bersamaan dengan pengumpulan data. Data penelitian yang telah terkumpul diolah dan dianalisis dengan menggunakan teknik analisis kualitatif model interaktif/mengalir, yang langkah-langkahnya sebagai berikut.

a. Reduksi data

Reduksi data diartikan sebagai proses pemilihan, pemusatan perhatian pada penyederhanaan, pengabstrakan dan transformasi data kasar yang ada dalam catatan yang diperoleh di lapangan.

210. J.W. Craswell, *Educational Research*, Pearson Education, Boston, 2012. Analisis data dalam penelitian kualitatif harus meringkas data kedalam suatu cara yang akurat dan dapat dipertanggungjawabkan. Lihat dalam L.R. Gay, *Educational Research: Competencies for Analysis and Application*, Fifth Edition, Florida International University, United States of America, 1996, hlm. 45. Adapun Bogdan menyatakan bahwa “Data analysis is the process of systematically searching and arranging the interview transcripts, fieldnotes, and others materials that you accumulate to increase your own understanding of them and to enable you to present what you have discovered to others”. Analisis data adalah proses mencari dan menyusun secara sistematis data yang diperoleh dari hasil wawancara, catatan lapangan, dan bahan-bahan lain, sehingga mudah dipahami, dan temuannya dapat diinformasikan kepada orang lain. Analisis data dilakukan dengan mengorganisasikan data, menjabarkannya ke dalam unit-unit, melakukan sintesa, menyusun ke dalam pola, memilih mana yang penting dan yang akan dipelajari, dan membuat kesimpulan yang dapat diceritakannya kepada orang lain. Lihat dalam Robert C. Bogdan, Biklen, Knopp Sari, *Qualitative Research For Education; An Introduction to Theory and Methods*, Allyn and Bacon, Boston London, 1998, hlm. 76

b. Penyajian (*display*) data

Penyajian data berupa sekumpulan informasi yang telah disusun yang memberi kemungkinan adanya penarikan kesimpulan dan pengambilan tindakan.

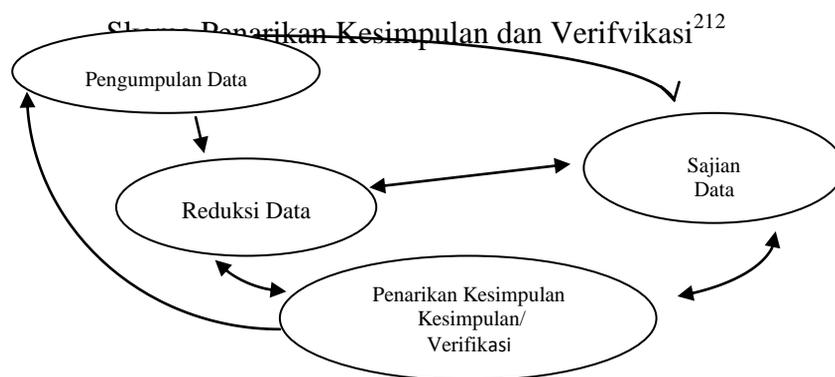
c. Penarikan kesimpulan dan verifikasi

Kesimpulan merupakan langkah akhir dalam analisis data.

Penarikan kesimpulan didasarkan pada reduksi data dan sajian data.²¹¹

Kegiatan analisis data dalam penelitian ini dilakukan secara interaktif bersama-sama dalam aktivitas pengumpulan data. Proses analisis ini mengikuti siklus, peneliti dituntut untuk bergerak bolak-balik selama pengumpulan data antara kegiatan reduksi, penyajian dan penarikan kesimpulan dan verifikasi.

Bagan 3



Berkaitan dengan paradigim ”*legal constructivism*” atau paradigma “*non- sistematik*”, maka diperlukan interpretasi data dalam penelitian ini yaitu suatu upaya untuk memaknakan apa yang telah dipelajari dari data

211. Miles, Mathew B. dan Huberman, A, Michael. *Qualitative Data Analisis*, Terjemahan Tjejep Rohendi Rohidi, Universitas Indonesia, Jakarta, 1992, hlm 16.

212. *Ibid.*, hlm. 17.

lapangan yang telah dikumpulkan dan dianalisis. Serangkaian interpretasi akan diintegrasikan kedalam suatu teori atau set rekomendasi kebijakan untuk dipresentasikan kepada para pembaca. Dengan pilihan paradigma *constructivism*, maka gaya interpretasi penelitian disertasi ini adalah pengungkapan pengalaman yang diungkapkan dengan bahasa ataupun tutur kata ataupun ucapan, maupun dengan bahasa/ekspresi tubuh. Interpretasi data dijabarkan ke dalam: (i) tujuan, (ii) prosedur umum, (iii) peranan hubungan kunci, (iv) peranan introgasi data, dan (v) langkah penafsiran data dengan analisis komparatif untuk menganalisis satuan sosial.²¹³

Metode evaluasi²¹⁴ dalam penelitian ini merupakan penilaian atau pengujian terhadap interpretasi, yakni dengan cara melakukan konfirmasi dan konsistensi seluruh komponen yang membentuk proposal penelitian ini mulai dari judul penelitian, fokus studi, permasalahan, tujuan dan kontribusi penelitian, kerangka pemikiran dan kerangka teoritik, paradigma, jenis penelitian, pendekatan, konsep, metode, instrumen pengumpulan data, dan analisis data. Pada tahap berikutnya juga diuji konsistensinya dengan deskripsi dan presentasi laporan penelitian agar terdapat konsistensi saling hubungan, serta terdapat interaksi logis (terdapat benang merah), antara berbagai komponen proposal penelitian dan laporan hasil penelitian. Komponen evaluasi untuk menguji kualitas

213. Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 2009, hlm. 197-207.

214. *Ibid.*

studi antara lain: (1) masuk akal atau logis, (2) dapat dipercaya (*kredibilitas*), (3) terdapat keterkaitan atau kesesuaian (*relevance*), dan (4) tingkat kecerdasan atau pentingnya (*urgent*).

7. Keabsahan dan Validitas Data.

Pemeriksaan keabsahan atau validitas data dalam penelitian ini menggunakan teknik triangulasi. Triangulasi adalah teknik pemeriksaan keabsahan data yang memanfaatkan sesuatu yang lain di luar data itu untuk keperluan pengecekan atau perbandingan terhadap data itu.²¹⁵

Norman K. Denzin mendefinisikan triangulasi sebagai gabungan atau kombinasi berbagai metode yang dipakai untuk mengkaji fenomena yang saling terkait dari sudut pandang dan perspektif yang berbeda. Menurutnya, triangulasi meliputi empat hal, yaitu: (i) triangulasi metode, (ii) triangulasi antar-peneliti (jika penelitian dilakukan dengan kelompok), (iii) triangulasi sumber data, dan (iv) triangulasi teori.²¹⁶

Penelitian ini menggunakan kombinasi teknik triangulasi sumber²¹⁷ dan triangulasi metode²¹⁸ seperti *circle*, yang diawali dari penemuan data

215. Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 2009, hlm. 330. Baca Suharsimi Arikunto, *Prosedur Penelitian (Suatu Pendekatan Praktik)*, PT. Rineka Cipta, Jakarta, 2002.

216. Norman K. Denzin, and Yvonna S. Lincoln (Eds.), *The SAGE Handbook of Qualitative Research, Terjemahan* Dariyanto, Badrus Samsul Fata, Abi, John Rinaldi, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2009, hlm. 19. Baca juga Michael Quinn Patton, *Qualitative Research & Evaluation Methods*, Terjemahan Budi Puspo Priyadi, cetakan kedua, Pustaka Pelajar, Yogyakarta 2009. Bandingkan dengan Burhan Bungin, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2001.

217. Triangulasi sumber adalah menguji kredibilitas data dengan cara mengecek data yang telah diperoleh melalui beberapa sumber, kemudian dideskripsikan dan dikategorisasikan, kemudian dianalisis oleh peneliti sehingga menghasilkan suatu kesimpulan, selanjutnya dimintakan kesepakatan (*member check*) dengan sumber-sumber data tersebut.

218. Triangulasi metode adalah menguji kredibilitas data dilakukan dengan cara mengecek data kepada sumber yang sama dengan teknik yang berbeda. Misalnya data diperoleh dengan wawancara, lalu dicek dengan observasi, dokumentasi, atau kuesioner. Bila dengan teknik

dari sumber mana saja lalu *dicross-check* pada sumber lain dengan metode lain pula. Sampai data lengkap dan jenuh sekaligus validasi dari berbagai sumber sehingga dapat menjadi dasar untuk penarikan kesimpulan. Dengan teknik ini diharapkan data yang dikumpulkan memenuhi konstruk penarikan kesimpulan. Kombinasi triangulasi ini dilakukan bersamaan dengan kegiatan di lapangan, sehingga peneliti bisa melakukan pencatatan data secara lengkap. Dengan demikian, diharapkan data yang dikumpulkan layak untuk dimanfaatkan.

Triangulasi metode dan sumber dilakukan dengan mengadakan strategi pengecekan melalui teknik pengumpulan data observasi partisipatif dan wawancara mendalam di satu pihak, dan di pihak lain melakukan diskusi terutama dalam memperoleh data dari informan terpilih. Prinsip *diachronic reliability* (ketepatan dengan sejarah) dan *synchronic reliability* (kesesuaian dengan realitas), merupakan 2 (dua) prinsip yang dipegang teguh dalam rangka konsistensi dan mutu data yang dikumpulkan.²¹⁹ Selain itu pengecekan mutu melalui triangulasi juga dilakukan, dalam hal ini triangulasi metode. Data yang dikumpulkan melalui berbagai studi dicek kembali konsistensi dan mutunya melalui *Focus Group Discussion*.

8. Orisinalitas Penelitian Disertasi.

pengujian kredibilitas data tersebut, menghasilkan data yang berbeda-beda, maka peneliti melakukan diskusi lebih lanjut kepada sumber data yang bersangkutan atau yang lain, untuk memastikan data mana yang dianggap benar. Atau mungkin semuanya benar, karena sudut pandangnya berbeda-beda.

219. Mathew B. Miles, dan A. Michael. Huberman, *Qualitative Data Analisis*, Terjemahan Tjejep Rohendi Rohidi, Universitas Indonesia, Jakarta, 1992, hlm 16.

Berdasarkan penelusuran kepustakaan, internet, dan sumber informasi lain, penelitian tentang “Rekonstruksi Perwalian Melalui Mekanisme Wali Adhal”, sampai saat ini belum dijumpai. Namun banyak sekali kajian literatur hasil penelitian akademik mengenai Wali Adhalyang cukup mewakili beragam perspektif, diantaranya: (i) Muchtar, Kamal. 1974. *Azas-azas Hukum Islam Tentang Perkawinan*. Jakarta: Bulan Bintang. (ii) Al-Zuhayli, Wahbah. 1989. *Al-fiqh Al-Islami Wa Adillatuhu*. Damsyiq: Dar Al-Fiqh. (iii) Sabiq, Sayyid. 1982. *Fiqh Sunnah*, Trj. Mohammad Thalib. Bandung: PT. Al Maarif.(iv) Rofiq, Ahmad. 1997. *Hukum Islam di Indonesia*. Jakarta: Rajawali Press. (v) Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam Di Indonesia*, (antara Fiqh Munakahat dan Undang-Undang Perkawinan), Tahun 2006 (vi) Rasjid, Sulaiman. 2004.*Fiqh Islam*. Bandung: Sinar Baru Algesindodan (vii) Soemiyanti. 1986. *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-Undang Perkawinan*. Yogyakarta: Liberty. Tulisan-tulisan tentang Wali Adhaldi atas hanya merupakan sebagian dari sekian banyak tulisan yang membahas tentang wali adhal tersebut.

Keaslian penelitian dapat dikaji dengan menganalisis penelitian serupa yang pernah dilakukan, kemudian membandingkan fokus masalahnya. Penelitian serupa yang mampu ditemukan peneliti untuk menganalisisnya antara lain sebagai berikut:

Tabel 4
Matriks Penelusuran Studi Penelitian Terdahulu

	Peneliti	Judul Penelitian	Fokus Kajian	Unsur Kebaruan
--	----------	------------------	--------------	----------------

1	Edy purwanto Nim. E0005151	Kedudukan wali hakim dalam pelaksanaan akad nikah Menurut peraturan menteri agama nomor 2 tahun 1987 Tentang wali hakim (Studi Terhadap Penetapan Pengadilan Agama Sukoharjo Nomor : 03/Pdt.P/2009/PA.Skh.)	Penyebab terjadinya perkawinan dengan wali hakim.	Ada beberapa penyebab terjadinya perkawinan dengan wali hakim, di dalam Kompilasi Hukum Islam di Indonesia pasal 23 ayat (1) telah memberikan batasan tentang penggunaan wali hakim ini dengan syarat apabila mempelai wanita tidak mempunyai wali <i>nasab</i> sama sekali atau tidak mungkin menghadirkannya atau tidak diketahui tempat tinggalnya atau ghaib atau <i>adhal</i> atau enggan.
2	Jalli sitakar Nim. 1003 s2 1233	Perpindahan wali nasab ke wali hakim Menurut pasal 23 kompilasi hukum islam Ditinjau dari fikih (Studi Kasus di Kabupaten Rokan Hulu)	Perpindahan wali nasab ke wali hakim menurut Pasal 23 Kompilasi Hukum Islam dalam pernikahan ditinjau dari Fikih	Perpindahan wali nasab ke wali hakim menurut pasal 23 Kompilasi Hukum Islam dalam pernikahan ditinjau dari Fikih; Menurut KHI, bahwa Wali hakim baru dapat bertindak sebagai wali nikah apabila wali nasab tidak ada atau tidak mungkin menghadirkannya atau tidak diketahui tempat tinggalnya atau <i>gaib</i> atau <i>adlal</i> atau enggan.

Penelitian disertasi ini bermaksud menyajikan data-data terkini dan kontemporer mengenai Regulasi Wali Adhal, dan sajian fakta mengenai

wali adhal mempunyai hak yang sama di mata hukum (Equality Before the Law).

I. Sistematika Penulisan

Dalam sistematika penulisan disertasi ini, penulis membagi pembahasan penelitian menjadi VI bab yaitu:

BAB I Pendahuluan, membahas tentang Latar Belakang Masalah, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Kegunaan Penelitian, Kerangka Konseptual, Kerangka Teori, Kerangka Pemikiran, Metode Penelitian, Sistematika Penulisan dan Jadwal Penelitian.

BAB II Kajian Pustaka, membahas tentang Perkawinan dan Hubungan Hukum Orang Tua dan Anak dalam Perkawinan, Perwalian, Budaya Hukum Masyarakat, Nilai Keadilan, Studi Pustaka Proventus terhadap beberapa Putusan Pengadilan Agama.

BAB III Pembahasan, Peraturan dan pelaksanaan Penetapan Wali Adhal dalam Praktek di Peradilan Agama, Wewenang Peradilan Agama, Profi Pengadilan Agama Kudus, Pelaksanaan Permohonan Wali Adhal di Pengadilan Agama Kudus, Putusan-Putusan yang berkaitan dengan Wali adhal, Analisis Putusan-Putusan Perkara Wali adhal.

BAB IV Pembahasan, Kelemahan-kelemahan wali adhal di Peradilan Agama..

- BAB V Pembahasan, Rekonstruksi wali adhal yang berbasis budaya hukum dan keadilan, Rekonstruksi Hukum Wali Adhal berdasarkan Sila ke Lima Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 (local wisdom), Rekonstruksi Hukum wali Adhal di negara-negara Islam (Internasional wisdom), Rekonstruksi Hukum wali adhal berbasis budaya hukum dan keadilan.
- BAB VI Penutup, Kesimpulan, Saran-saran dan Implikasi Kajian Disertasi.