

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Penciptaan manusia di dunia ini untuk menjadi *khalifah* di muka bumi dalam rangka untuk menciptakan keharmonisan antara sesama makhluk yang diciptakan oleh Tuhan Yang Maha Esa (Allah SWT), penciptaan manusia pertama yaitu Adam AS, Allah SWT menciptakan pula pasangan Adam AS yaitu Siti Hawa, begitu juga makhluk ciptaan yang lain selalu berpasang-pasangan sebagaimana dalam al-Qur'an ditemukan kata *zawaja* atau *azwaj* yang berarti konsep keserasian pasangan diciptakan Allah SWT, dengan prinsip simetri dan berpasang-pasangan (*principle of symmetry of pairs*), kata *azwaja* terdapat dalam al-Qur'an sebanyak 80 kali.¹

Informasi yang disampaikan Allah SWT dalam al-Qur'an bahwa penciptaan alam semesta ini berpang-pasangan (*azwaj*) diantaranya terdapat dalam Surat Adz-Dzariat ayat 49 :

قَنَا زَوْجِينَ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ (الزاريات :)

“Dan segala sesuatu Kami ciptakan berpasangan supaya kamu mengingat akan besaran Allah”

Begitu juga yang terdapat dalam Surat Yasiin ayat 36 Allah SWT berfirman :

جَ كُلِّهَا مِمَّا تُنْبِتُ الْاَرْضُ وَمِنَ اَنْفُسِهِمْ وَمِمَّا لَا يَعْلَمُونَ

(ياس :)

¹ Nasaruddin Umar, 2014, *Ketika Fikih Membela Perempuan*, PT. Alek Media, Compotindo, hal .85

“Maha suci Tuhan yang telah menciptakan pasang-pasangan semuanya, baik dari apa yang ditumbuhkan oleh bumi dan dari diri mereka maupun dari apa yang tidak mereka ketahui’.

Sejarah manusia mencatat bahwa untuk melegalkan hubungan antara laki-laki dan perempuan diperlukan lembaga yang namanya *nikah* (perkawian), dimana ketika al-Qur’an memberikan ulasan mengenai tujuan-tujuan dalam perkawinan dengan untaian kalimat yang mempesona sebagaimana terukir dalam Surat Ar-Rum ayat 21

أَيَاتِهِ أَنْ جَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ

إِنْ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (:)

“Dan diantara tanda kekuasaan-Nya Dia telah menjadikan dari dirimu sendiri pasangan kamu, agar kamu hidup tenang bersamanya dan Dia jadikan rasa kasih sayang sesama kamu (Mawaddah wa rohmah). Sesungguhnya dalam hal itu menjadi pelajaran bagi kaum yang berfikir, “

Ayat ini memberikan sinyal bahwa untuk membentuk keluarga yang bahagia sejahtera lahir dan batin dibutuhkan perikatan yang sangat kuat yang dalam Islam disebut dengan *mitsaqan ghalidzan* (yaitu perjanjian yang sangat kuat).

Anjuran untuk menikah telah dilukiskan dalam al-Qur’an surat Ar-Ra’du ayat 38, yang artinya “*Kami telah mengutus beberapa Rasul sebelum kamu dan Kami telah berikan kepada mereka istri dan anak keturunan*”, ayat ini mengingatkan kita bahwa menikah merupakan sunnah para Nabi yang wajib diikuti jejaknya, berikutnya dalam Hadits Riwayat Tirmizi dari Abu Ayyub, pernah Rosulullah SAW, bersabda, “*Empat perkara yang merupakan sunnah*

para Nabi yaitu Celak, wangi-wangian, siwak dan menikah”², dalam al-Qur’an Surat An-Nahl ayat 72 juga menyebutnya sebagai karunia yang baik :

وجعل لكم من أزواجكم بنين

من الطيبات أفعالباطل يؤمنون وبنعت الله هم بكفرون (:)

“Allah telah menjadikan pasangan bagi kamu dari diri kamu sendiri. Dan istri-istri kamu Dia jadikan anak dan cucu bagi kamu serta memberikan kepada kamu rizki yang baik-baik. Maka mengapakah mereka beriman kepada yang batil dan mengingkari nikmat Allah”.

Keharmonisan dan kelanggengan kehidupan perkawinan merupakan suatu tujuan yang sangat diinginkan oleh Islam, Akad nikah diadakan untuk selamanya hingga meninggal dunia, hal ini agar suami istri dapat bersama-sama dapat mewujudkan rumah tangga tempat berlindung, menikmati naungan kasih dan sayang untuk bersama-sama memelihara dan membesarkan anak-anak yang dilahirkan dari hasil perkawinan tersebut dengan harapan menjadi anak yang sholeh dan sholehah yang merupakan dambaan bagi kedua orang tua, sehingga agama Islam memandang bahwa ikatan perkawinan merupakan ikat yang paling suci dan sakral, yang kesuciannya sangat agung, sehingga Allah sendiri yang menamakan perikatan perkawinan itu dengan kalimat yang sangat mempesona,³ sebagaimana dalam surat An-Nisa ayat 21 yang artinya “.....*dan mereka (isteri-isteri), telah mengambil dari kamu sekalian perjanjian yang sangat kuat*”.

Jika ikatan perkawinan merupakan ikatan yang sangat kuat, maka tidak sepatutnya ikatan tersebut dirusak dalam arti rumah tangganya yang dibangun

² Sayyid Sabiq, 1980, *Fiqh Sunnah, (terjemahan) Jilid 6*, PT. Al-Ma’arif, Bandung, hlm. 11

³ I b I d, hal. 7.

dengan susah payah menjadi berantakan sehingga terjadi perceraian, usaha untuk merusak hubungan perkawinan inilah yang sangat dibenci oleh Allah SWT sebagaimana dalam sebuah hadits “dari Ibnu Umar bahwanya Rosulullah SAW bersabda :

Artinya : Perbuatan halal yang sangat dibenci oleh Allah Azza Wajalla ialah talak” (HR. Abu Daud dan Hakim).⁴

Dan Riwayat Abu Daud dengan lafaz yang berbeda sebagai berikut :

مَا أَحَلَّ اللَّهُ شَيْئًا أَبْضَ إِلَيْهِ مِنْ أ

“Tidak ada sesuatu yang dihalalkan Allah, tetapi dibenci-Nya selain dari pada talak.”⁵

Indoneisa yang menjadikan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 dan Penjelasannya menyatakan bahwa Indoneisa adalah negara hukum (*Rechtsstaat*), telah menjamin warga negaranya dalam hal hukum keluarga (*ahwalu al-Syahsyiah*), dengan membuat Undang-Undang Tentang Perkawian yang terkenal dengan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang berlaku bagi seluruh rakyat Indonesia, dalam Konsiderannya menyebutkan sebagai berikut :

“Bahwa sesuai dengan falsafah Pancasila serta cita-cita untuk pembinaan hukum nasional, perlu adanya Undang-Undang tentang Perkawinan yang berlaku bagi semua warga negara.”

Dalam Undang-Undang ini jelas bahwa dasar dibuatnya aturan tentang Perkawinan bagi warga negara Indonesia adalah untuk menjamin hak masing-masing warga untuk dilindungi secara hukum.

⁴ Ibid, hal 8.

⁵ Ibid, hlm. 11.

Kemudian dalam penjelasan dari Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 ini tentang salah satu asasnya berbunyi bahwa

“Tujuan perkawinan adalah membentuk keluarga yang bahagia dan kekal. Untuk itu suami istri perlu saling membantu dan melengkapi, agar masing-masing dapat mengembangkan kepribadiannya membantu mencapai kesejahteraan spirituil dan materiil”.

Khusus bagi ummat Islam Indonesia Pemerintah telah mengeluarkan Kompilasi Hukum Islam dengan instrumen hukum berupa Instruksi Presiden (*Inpres*) Nomor 1 Tahun 1991 tanggal 10 Juni 1991 dengan aturan pelaksanaannya berupa Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia Nomor 154 Tahun 1991 tanggal 22 Juli 1991, Pasal 2 menyebutkan :

“Perkawinan menurut hukum Islam adalah pernikahan, yaitu akad yang sangat kuat atau mitsaqan gholizon untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah”.

Kemudian dalam Pasal 3 menyebutkan :

“Perkawinan bertujuan untuk mewujudkan kehidupan rumah tangga yang sakinah, mawaddah dan rahmah”

Dari kedua Pasal tersebut jelas bahwa disamping pernikahan itu merupakan ibadah tapi bertujuan untuk membentuk keluarga yang sejahtera lahir batin penuh dengan rasa kasih dan sayang.

Meskipun tujuan perkawinan sebagaimana tersebut baik menurut Al-Qur'an, Al-Hadits, pendapat para Ulama serta dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam yang bertujuan membentuk keluarga yang bahagia lahir dan batin serta kekal yang merupakan bagian dari ibadah dan mengikuti sunnah para Nabi, namun fakta yang terjadi dalam masyarakat sering sekali gagal dalam berumah tangga, dengan kata lain pada akhirnya terjadi

perceraian diantara suami isteri tersebut, dan masalah perceraian ini telah diatur dalam berbagai Peraturan Perundang-undangan sebagai berikut :

- Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan;
- 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;
- Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 Tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama;
- Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan;
- Peraturan Pemerintah Nomor 10 tahun 1983 Tentang Izin Perkawinan dan Perceraian Bagi Pegawai Negeri Sipil;
- Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 1990 Tentang perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1983 Tentang Izin Perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil;
- Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam;
- Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia Nomor 154 Tahun 1991 Tentang Pelaksanaan Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1991;

Kemudian yang erat kaitannya dengan aturan tentang perceraian sebagaimana tersebut diatas masih ada Peraturan Perundang-undangan yang lain seperti Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 Tentang Kekerasan Dalam Rumah

Tangga (KDRT) dan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2009 Tentang Perlindungan Anak (UUPA);

Kasus-kasus perceraian yang terjadi di Indonesia semakin tahun semakin meningkat, berdasarkan data yang dikemukakan oleh koran harian umum *Republika*, Rabu, 19 Januari 2011, yang diolah dari Ditjen Bimas Islam Kementerian Agama Republik Indonesia, diketahui bahwa secara nasional angka perceraian pada tahun 2008 sebanyak 200.000 kasus, sementara tahun 2009 menjadi 250.000 kasus, artinya setiap tahun ada peningkatan secara nasional terjadi kenaikan 25%, sedangkan pernikahan pada tahun 2009 sebanyak 2,5 juta pasangan, jumlah perceraian sebesar 250.000 kasus, dengan demikian sebanyak 10% dari total pernikahan pasangan tersebut bercerai.⁶

Tabel 1 :

No	Jenis Perkara	Tahun 2008	Tahun 2009	Tahun 2010
1	Cerai Talak	67.124	74.131	81.535
2	Cerai Gugat	126.065	149.240	169.673

Sumber *Republika*, Sabtu 6 Agustus 2011, Data diolah dari Direktorat Badan Peradilan Agama Mahkamah Agung RI.

Kasus-kasus perceraian yang terbaru 2 (dua) tahun terakhir untuk seluruh Indonesia berdasarkan data dari Direktorat Jendral Badan Peradilan Agama Mahkamah Agung Republik Indonesia sebagai berikut tahun 2013 sebanyak 364.005, kemudian meningkat tahun 2014 menjadi 382.262,⁷ dengan perincian sebagai berikut :

⁶ Muhammad Syaifuddin dkk, 2014, *Hukum Perceraian*, Sinar Grafika, Jakarta, hal. 8

⁷ <http://info.perkara.badilag.net/> 12 Pebruari, 2015

Tabel 2 :

No	Jenis Perkara	Tahun 2013	Tahun 2014
1	Cerai Talak	111.365	112.785
2	Cerai Gugat	252.640	269.477

Dengan melihat tabel diatas, terlihat bahwa perkara perceraian berdasarkan siapa yang berinisiatif ternyata lebih dari dua kali lipat yang mengajukan perceraian adalah inisiatif dari pihak istri, ini menandakan bahwa terjadi perubahan fenomena pemahaman bahwa hak untuk bercerai sudah bergeser dari pemahaman bahwa hak prerogatif yang dulunya merupakan inisiatif suami telah bergeser bahwa istri juga punya hak untuk menceraikan suami yang telah dilindungi oleh Undang-Undang melalui lembaga perkara cerai gugat (*inisiatif istri*) berdasarkan putusan Pengadilan. Penomena ini akan terus berlanjut seiring perkembangan zaman yang terus berubah dan pola fikir bahwa kedudukan wanita dengan laki-laki adalah sama dalam segala hal. Apalagi saat ini begitu gencarnya pegiat Gender bersosialisasi dengan masyarakat.

Pergeseran nilai ini merupakan fenomena sosial yang menyangkut budaya (*culture*) di dalam masyarakat yang menganggap lebih modern dan mapan. Keberanian istri menggugat cerai suaminya mengindikasikan perkembangan positif, dimana kesadaran perempuan akan hak-haknya mulai meningkat, hal ini tercermin dari data diatas yang sebagian besar perkara perceraian didominasi oleh perkara Cerai Gugat, dengan kata lain perempuan

mulai menunjukkan eksistensinya.⁸ Perempuan tidak lagi mau diperlakukan sewenang-wenang oleh laki-laki, sehingga apabila perempuan mendapatkan perlakuan yang buruk dari suaminya, istrinya akan melakukan tindakan untuk mempertahankan hak-haknya, antara lain mengajukan Gugatan Perceraian ke Pengadilan.⁹

Faktor yang menyebabkan pihak wanita yang berinisiatif mengajukan gugatan perceraian karena beberapa hal yang paling menonjol jumlah kasusnya adalah meninggalkan kewajiban (*suami yang nusyus*), ekonomi tidak cukup, dan sebagian kecil menyakiti badan dan mental, disamping faktor yang lainnya seperti gangguan pihak ketiga, poligami liar dan masalah moral (pemabuk dan penjudi).¹⁰ Meskipun pihak istri dapat mengajukan cerai gugat terhadap suami, namun hak-hak istri sebelum dan pasca perceraian jika yang berinisiatif adalah istri tidak mendapatkan hak-hak tersebut seperti hak nafkah terutang suami (*Madliyah*), nafkah Iddah (*masa tunggu*) dan nafkah Mut'ah (*kenang-kenangan*), meskipun istri dalam keadaan tidak *Nusyus* (*membangkang*) atau justru suaminya yang *Nusyus* (*menelantarkan*).

Apabila inisiatif bercerai dari pihak suami (*cerai talak*), baik dalam kajian fiqh maupun dalam Kompilasi Hukum Islam, suami masih berkewajiban untuk memenuhi nafkah baik nafkah terutang (*madliyah*), nafkah Iddah maupun mut'ah, baik melalui lembaga rekonsiliasi dari pihak istri maupun atas ketetapan hakim melalui lembaga *Ex Officio* (atas perintah hakim). Hal ini termaktub

⁸ Muhammad Syaifuddin Op. Cit, hlm. 11

⁹ Ibid. hlm 11

¹⁰ <http://rifka-annisa.or.id/go/hak-hak-istri-dalam-proses-perceraian/>.

dalam Kompilasi Hukum Islam mulai Pasal 149 sampai dengan Pasal 152 dan Pasal 158 Pasal 149 :

Bilamana perkawinan putus karena talak, maka bekas suami wajib :

- a. memberikan mut'ah yang layak kepada bekas istrinya, baik berupa uang atau benda, kecuali bekas istri tersebut qobla dukhul;
- b. memberi nafkah, maskan dan kiswah kepada bekas istri selama dalam iddah, kecuali isteri telah dijatuhkan talak ba'in atau nusyus dan dalam keadaan tidak hamil;
- c. melunasi mahar yang masih terutang seluruhnya, dan separoh apabila qobla al dukhul;
- d. memberikan biaya hadhanah untuk anak-anaknya yang belum mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun;

Pasal 152 :

Bekas isteri berhak mendapat nafkah iddah dari suaminya, kecuali bila ia nusyus;

Pasal 158 :

Mut'ah wajib diberikan oleh bekas suami dengan syarat :

- a. belum ditetapkan mahar bagi isteri ba'da dukhul;
- b. perceraian itu atas kehendak suami;

Pasal 160 :

Besarnya mut'ah disesuaikan dengan kepatutan dan kemampuan suami.¹¹

Bila memahami dari pasal-pasal dan ayat dari pasal tersebut diatas, ada kata kunci bahwa isteri yang diceraikan talak oleh suaminya berhak mendapatkan nafkah mut'ah dan iddah dengan syarat *isteri tersebut tidak nusyus* dan talak atas kehendak suami, jika isteri tersebut dalam keadaan nusyus dengan demikian tidak akan mendapatkan nafkah baik nafkah iddah maupun nafkah mut'ah, begitu juga manakala isteri yang berinisiatif mengajukan cerai gugat meskipun

¹¹ Departemen Agama RI Direktorat Jendral Pembinaan Kelembagaan Agama Islam, 2001, *Bahan Penyuluhan Hukum*, Jakarta, hal. 195-197

dalam keadaan tidak nusyus (ditelantarkan suami) tidak akan dapat nafkah baik madliyah, mut'ah maupun iddah.

Kalau melihat statistik penyebab perceraian, faktor yang paling banyak kasus perceraian tersebut adalah karena faktor suami menelantarkan isterinya berbulan-bulan, bahkan bertahun-tahun tanpa diberi nafkah, bahkan ada suami yang beranggapan bahwa lebih baik isterinya yang mengajukan cerai gugat dari pada dirinya, dengan alasan ketika suami yang mengajukan cerai talak justru suami berkewajiban memberikan nafkah, dengan demikian banyak para suami yang menelantarkan isterinya dengan alasan supaya tidak dikenai kewajiban nafkah seperti tersebut dalam pasal-pasal Kompilasi Hukum Islam, ini juga menjadi fenomena baru “suami sengaja menelantarkan isteri agar isteri yang mengajukan gugat cerai lebih dahulu agar bebas dari pembebanan nafkah”, apalagi seorang suami masih bisa menikah lagi meski tanpa izin isteri (poligami liar) atau nikah sirri.

Beberapa tahun terakhir ini, gugatan perceraian yang didominasi oleh cerai gugat disebabkan oleh **nusyusnya suami**, artinya suami bersikap kasar kepada isteri, membiarkan tidak menafkahi istri berbulan-bulan bahkan bertahun-tahun dengan cara menelantarkan istri dan anaknya, sehingga isterinyalah yang mencari nafkah untuk membiayai dirinya dan anak-anak yang ditinggalkan suami yang tidak bertanggung jawab, kasus ini seperti pepatah mengatakan “sudah jatuh masih ketimpa tangga”.

Selama ini sering disalahfahami bahwa nusyus hanya datang dari istri saja, Padahal al-Qur'an juga menyebutkan adanya nusyus suami seperti tersebut dalam Al-Qur'an surah an-Nisa ayat 128 :

فت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما
 ح خير وأحضرت الأنفس الشح وإن تمسنوا وتتنقوا فإن الله كان بما
 تعملون ختيरा (:)

☐☐

“Dan jika seorang wanita khawatir akan nusyus, atau sikap tidak acuh dari suaminya, maka tidak mengapa bagi keduanya mengadakan perdamaian yang sebenarnya, dan perdamaian itu lebih baik (bagi mereka) walaupun manusia itu menurut tabiatnya kikir. Dan jika kamu menggauli istrimu dengan baik dan memelihara dirimu (dari nusyus dan sikap tak acuh), maka sesungguhnya Allah adalah maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan.”

Dalam Tafsir Tematis Al-Qur'an al-Karim The Wisdom, arti Nusyus dalam Surat ini adalah Nusyusnya Suami terhadap istrinya adalah bersikap karas tidak mau menggaulinya dan tidak mau memberikan haknya (*nafkah*),¹² dengan demikian bentuk Nusyusnya suami terhadap istri dalam bentuk kelalaian dari fihak suami untuk memenuhi kewajibannya pada istri, baik nafkah lahir maupun nafkah batin. Rosulullah SAW bersabda,

“diantara kewajiban suami adalah pertama memberi sandang dan pangan, kedua tidak memukul wajah jika terjadi nusyus, ketiga, tidak mengolok-olok dengan mengucapkan hal-hal yang dibencinya, keempat, tidak menjauhi istri atau menghindari istri kecuali di dalam rumah.”¹³

Dalam Hadits yang lain dari Mu'awiyah al-Qusyairi, ia berkata :

¹² Al-Qur'an Al-Karim The Wisdom, 2014, Editor Ahli Prof. Dr. H. Rosihan Anwar, Al-Mizan, Jakarta, hal.198.

¹³Amiur Nuruddin & Azhari Akmal Tarigan, 2014, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Kencana, Jakarta, hlm. 210-211.

وعن معاوية لقيشيري رضي الله عنه قال : قلت يا رسول الله

دنا عليه--- تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تضرب

جه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت

“Saya bertanya , Wahai Rosulullah, apakah hak seorang istri dari kami kepada suaminya ? Sabdanya, Engkau memberi makan kepadanya apa yang engkau makan, Engkau memberinya pakaian sebagaimana engkau berpakaian, janganlah engkau pukul mukanya, jangan engkau menjelekannya, kecuali masih dalam satu rumah”¹⁴

Berdasarkan kedua Hadist ini adalah suami harus memperlakukan istrinya dengan cara yang baik dan dilarang menyakiti istrinya baik lahir maupun batin, fisik dan mental, jika ini terjadi dapat dikatakan satu bentuk nusyus suami kepada istri, begitu juga pelanggaran hukum yang dilakukan suami terhadap istri seperti yang diatur dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004 Tentang Kekerasan Dalam Rumah Tangga (KDRT), merupakan bentuk suami yang nusyus.

Penomena yang lain ketika suami telah dihukum oleh Pengadilan untuk membayar nafkah iddah dan mut’ah, suami tidak mau mengucapkan ikrar talak di depan sidang Pengadilan sampai lebih dari enam bulan, sehingga dengan tidak mengucapkan ikrar talak maka perceraian belum terjadi, dengan kata lain masih status suami isteri meskipun tidak kumpul satu rumah dan kewajiban nafkah iddah dan mut’ah menjadi gugur, akhirnya ketika isteri yang mengajukan cerai gugat maka nafkah iddah dan mut’ah menjadi hilang.

¹⁴ Sayid Sabiq, Op Cit, hal 80.

Fakta yang lain adalah bagi hakim Pengadilan Agama sebagian besar masih tetap mengacu pada hukum fiqh klasik maupun Kompilasi Hukum Islam, bahwa isteri yang mengajukan *cerai gugat* (inisiatif isteri) tidak mendapatkan nafkah baik *madliyah*, *mut'ah* maupun *iddah*, meskipun suaminya yang berbuat *Nusyus* kepada isterinya, karena produk hukumnya adalah talak ba'in atau talak khul'i dengan demikian menjadi gugur hak-hak isteri yang mengajukan cerai gugat, apalagi dalam *petitum* gugat tidak diajukan tuntutan nafkah tersebut, menurut hukum acara hakim berdalih bahwa tidak boleh memutus perkara yang melebihi dari tuntutan dalam *petitum*, baik gugatan yang dibuat sendiri oleh *principal*, maupun gugatan yang dibuat oleh kuasa hukum (*advokad*) atau lembaga bantuan hukum tidak mencantumkan gugatan nafkah dalam *petitum* gugat.

Mahkamah Agung Republik Indonesia telah membuat terobosan baru menghukum suami dengan membebankan kewajiban untuk membayar Nafkah Iddah dan Mut'ah yang komulasikan dengan nafkah anak sebesar Rp. 50.000.000,- (lima puluh juta rupiah) kepada bekas istrinya dalam perkara *Cerai Gugat*, hal ini berdasarkan Putusan Mahkamah Agung dalam perkara Kasasi nomor 276/k/Ag/2010, dengan pertimbangan bahwa Gugat Cerai tersebut diajukan istri karena suami menikah lagi dengan perempuan lain. Padahal kesetiaan dan ketaatan istri lebih dari cukup, sikap Tergugat yang menikah lagi merupakan sikap yang tidak terpuji dan sangat menyakitkan bagi seorang istri yang setia dan taat.¹⁵Akan tetapi meskipun ada Yurisprudensi dari Mahkamah

¹⁵ Direktori Putusan MARI, diunduh tanggal 10 Agustus 2015 jam 10.30

Agung, belum banyak diikuti oleh hakim-hakim yang ada dibawah Mahkamah Agung, baik ditingkat Banding maupun di Tingkat Pertama.

Berdasarkan latar belakang masalah sebagaimana telah diuraikan diatas, dalam rangka memenuhi rasa keadilan dan melindungi hak-hak perempuan dalam perkara perceraian, peneliti mengambil judul penelitian sebagai berikut :

“Rekontruksi Nafkah Madliyah, Nafkah Iddah dan Mut’ah Dalam Perkara Perceraian Berbasis Nilai Keadilan”.

B. Perumusan Masalah

Bertitik tolak pada fakta-fakta dan penomena sebagaimana latar belakang masalah tersebut, maka terdapat permasalahan pokok dalam penelitian ini yang perlu dikaji adalah berkisar pada masalah sebagai berikut :

1. Bagaimana pelaksanaan nafkah madliyah, nafkah iddah maupun mut’ah dalam perkara perceraian saat ini.
2. Bagaimana kelemahan pelaksanaan nafkah madliyah, nafkah iddah maupun mut’ah dalam perkara perceraian saat ini.
3. Bagaimana rekontruksi nafkah madiyah, nafkah iddah dan mut’ah dalam perkara perceraian yang berbasis nilai keadilan.

C. Tujuan Penelitian Desertasi

Berdasarkan uraian latar belakang permasalahan dan perumusan masalah sebagaimana telah dikemukakan diatas, maka tujuan penelitian desertasi ini adalah :

1. Untuk mengetahui pelaksanaan nafkah madliyah, nafkah iddah dan mut’ah dalam perkara perceraian saat ini.

2. Untuk mengetahui kelemahan pelaksanaan nafkah madliyah, nafkah iddah dan mut'ah dalam perkara perceraian saat ini.
3. Untuk memahami dan menemukan konstruksi hukum nafkah madliyah, nafkah iddah dan mut'ah dalam perkara perceraian yang berbasis nilai keadilan.

D. Kegunaan Penelitian Desertasi

Kegunaan atau manfaat penelitian ini adalah, bahwa hasil-hasil dari penelitian ini diharapkan dapat berguna :

1. Untuk memenuhi dan menemukan teori hukum baru mengenai nafkah madliyah, nafkah iddah dan mut'ah dalam perkara perceraian berbasis nilai keadilan.
2. Untuk memberikan sumbangan pemikiran kepada almamater dalam rangka melaksanakan tugasnya, yakni penelitian dan pengembangan ilmu pengetahuan. Dan untuk bahan kepustakaan dalam bidang ilmu hukum, dan dapat juga sebagai bacaan sehingga penelitian ini juga dapat membantu bagi yang membutuhkan.
3. Untuk memberikan kontribusi kepada negara dalam rangka pembentukan hukum nasional khususnya dalam hal pembentukan undang-undang yang didalamnya mengatur hak-hak perempuan terhadap nafkah dan memberikan kontribusi pendapat baru (ijtihad) bagi hakim dalam memutus perkara cerai gugat terkait dengan pemenuhan hak nafkah isteri/perempuan berbasis nilai-nilai keadilan.

E. Kerangka Konseptual

Kerangka Konseptual dalam disertasi ini, akan memaparkan pengertian dari judul disertasi kata perkata sebagai berikut :

1. Rekontruksi, kata rekontruksi berasal dari bahasa Inggris "*recontruktion*" yang berarti pengembalian seperti semula atau penyusunan (penggambaran) kembali. Secara istilah rekontruksi berarti perumusan atau penyusunan kembali suatu konsep dikembalikan kepada asalnya.¹⁶ Adapun rekontruksi dalam arti fisik adalah pembangunan kembali semua sarana dan prasarana kelembagaan pada wilayah pasca bencana, baik pada tingkat pemerintahan maupun masyarakat dengan sasaran utama tumbuh dan berkembangnya kegiatan perekonomian, sosial dan budaya, tegaknya hukum dan ketertiban, dan bangkitnya peran serta masyarakat dalam segala aspek kehidupan bermasyarakat pada wilayah pasca bencana.¹⁷
2. Pengertian "nafkah" berasal dari kata dalam bahasa Arab yang berarti 1) *belanja untuk hidup*, uang pendapatan atau suami wajib memberi kepada istrinya, 2) *bekal hidup sehari-hari*, sedangkan *nafkah cerai* adalah tunjangan yang diberikan seorang pria kepada istrinya berdasarkan putusan pengadilan yang menyelesaikan perkara mereka.¹⁸

¹⁶ <http://www.artikata.com/arti-347397-rekontruksi.php> diakses tanggal 5 Pebruari 2015.

¹⁷ <http://hidupbersamabencana.wordpress.com/2007/06/01/rekontruksi>, diakses tanggal 5 Pebruari 2015.

¹⁸ <http://kbbi.web.id> diakses tanggal 25 April 2015 jam 17.30 wib.

3. Madliyah berasal dari bahasa Arab dari kata *Madly*, yang berarti “lampau” atau terdahulu,¹⁹ dengan demikian Nafkah Madliyah berarti nafkah lampau atau nafkah yang belum dipenuhi oleh suami (*nafkah terhutang*), di Mesir setelah berlakunya Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1929 menjelaskan bahwa hutang nafkah (Madliyah) dianggap sebagai hutang suami yang harus dipertanggung jawabkan dalam Pasal 2 disebutkan sebagai berikut:²⁰

“Istri yang telah dicerai tetap masih berhak menerima nafkah dari suaminya, jika tidak diberikannya dianggap sebagai hutang terhadapnya “.

4. Pengertian Nafkah “Iddah” (masa tunggu) adalah nafkah yang diberikan oleh suami yang dicerainya selama masa iddah berupa *nafkah* (belanja), *kiswah* (pakaian) dan *maskan* (tempat tinggal)²¹. Hal ini sesuai juga dengan Firman Allah dalam Surat al-Thalaq :

أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن وإن

كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتي يضعن حملهن (الطلاق :)

Tempatkanlah mereka (istri-istri) dimana kamu bertempat tinggal menurut kemampumu dan janganlah menyusahkan mereka, dan jika mereka (istri-istri) yang sudah ditalak itu sedang hamil, maka berikanlah kepada mereka nafkahnya hingga mereka bersalin”.(QS. Al-Thalaq ayat 6).

¹⁹ Loc. Cit.

²⁰ Sayyid Sabiq, Op. Cit, hal. 93

²¹ Kompilasi Hukum Islam Pasal 149 huruf (b).

5. Adapun “Mut’ah” adalah pemberian bekas suami kepada isteri yang dijatuhi talak berupa benda atau uang dan lainnya,²² atau disebut juga kenang-kenangan dari suami kepada isterinya.
6. Pengertian “perkara” adalah maaslah, persoalan atau urusan yang harus diselesaikan dan dibereskan.²³
7. Pengertian “Perceraian” berasal dari kata cerai artinya pisah, putus hubungan suami istri, talak, sedangkan perceraian disebut juga perpisahan, perihal bercerai (antara suami istri) perpecahan atau proses, cara, perbuatan menceraikan.²⁴
8. Berbasis, berasal dari kata basis yang berarti “asas atau dasar”, ditambah awalan ber-menjadi berbasis berarti menjadikan sesuatu sebagai basis.²⁵
9. Pengertian “nilai” berarti harga atau isi atau kadar bisa juga disebut mutu atau angka kepandaian, jika mendapat awalan ber-nilai artinya bermutu atau berharga.²⁶
10. Keadilan, berasal dari kata “adil”, yang berarti sama berat (tidak berat sebelah), atau tidak memihak, berpihak kepada kebenaran atau berpegang pada kebenaran, dengan demikian jika ditambah awalan ke-adil-an disebut sifat perlakuan dan sebagainya yang adil.²⁷

²² Kompilasi Hukum Islam Pasal 1 huruf (j)

²³ <http://kbbi.web.id/perkara>, diunduh, tanggal 15 Januari 2016, jam 20.00, wib

²⁴ I b i d.

²⁵ I b i d.

²⁶ I b i d.

²⁷ I b i d.

F. Kerangka Teori Desertasi

Dalam memahami kerangka teori desertasi ini, penulis akan menjelaskan rekontruksi terhadap peraturan perundang-undangan perlu dimasukkan pasal-pasal dalam peraturan-peraturan tersebut agar tidak berat sebelah, dan merekontruksi budaya hukum hakim dalam memutus perkara cerai gugat terkait dengan nafkah dengan ijtihadnya perlu diakomodir meskipun tidak tercantum dalam petitum gugat dengan kata lain hakim dapat menggunakan hak prerogatifnya berupa hak *Ex Officio* meskipun dalam peraturan perundang-undangan dan Kompilasi Hukum Islam kaitannya dengan hak-hak nafkah tidak diatur, hal ini dalam rangka untuk melindungi hak perempuan/isteri dan memenuhi rasa keadilan dan kemaslahatan pasca perceraian, dengan tidak melihat siapa yang berinisiatif mengajukan perceraian baik suami atau isteri seharusnya hukum tetap melindungi hak-haknya demi mewujudkan keadilan yang berimbang, dengan melihat fenomena sekarang dimana isteri sering terzolimi dan suami sengaja menelantarkan isteri seharusnya hak-hak isteri tersebut dilindungi oleh hukum.

Rekontruksi Nafkah Madliyah, Nafkah Iddah dan Mut'ah merupakan Rekontruksi terhadap peraturan perundang-undangan serta budaya hukum (*legal culture*) hakim dalam memutus perkara perceraian apabila menjadi yurisprudensi akan bercorak fiqh komtemporer di Indonesia, dengan melihat fenomena yang terjadi dalam masyarakat yang pada akhirnya untuk menata kembali secara mendasar atau untuk menyusun kembali yang lebih

konprehensif dan baik agar dalam mengakomodir hak-hak seorang isteri yang terzalimi akibat dari penelantaran suami (*suami nusyus*) dapat benar-benar terlindungi sehingga bisa mencerminkan nilai-nilai keadilan yang selama ini terabaikan.

Dengan demikian yang dimaksud dengan rekonstruksi dalam penulisan ini adalah penemuan hukum baru terhadap peraturan perundang-undangan yang membebaskan suami untuk pemenuhan nafkah istri melalui penambahan pasal-pasal yang membebaskan kewajiban kepada suami terhadap istri dalam perkara cerai gugat, dan merekonstruksi ijtihad hakim dalam memutus perkara cerai gugat yang mampu memberikan perlindungan hukum terkait nafkah isteri pasca perceraian dan penyusunan kembali konsep pembebanan nafkah perkara cerai gugat atau penambahan pasal-pasal Kompilasi Hukum Islam yang kemudian direduksi dengan tetap mempertimbangkan fakta-fakta sosial dan fenomena sosial dalam masyarakat, yang kemudian dirumuskan kembali menjadi klausul-klausul materi hukum dalam peraturan perundang-undangan maupun dalam Kompilasi Hukum Islam serta menjadi acuan (*yurisprudensi*) dalam putusan-putusan Hakim Pengadilan Agama, atau juga menjadi bahan pertimbangan hakim untuk berijtihad atau menemukan hukum baru yang menjunjung nilai-nilai keadilan.

Dalam menganalisis hasil penelitian terlebih dahulu mencari dan menemukan teori yang sesuai dengan kajian disertasi, sebagai berikut :

1. Teori Yang Digunakan Untuk Membahas Hasil Penelitian

Teori yang digunakan dalam menguji penelitian rekonstruksi nafkah madliyah, nafkah iddah dan mut'ah serta budaya hukum (legal culture) hakim dalam perkara cerai gugat terkait nafkah berbaisis nilai-nilai keadilan, maka penulis memilih kerangka teori sebagai berikut : *Pertama*, Teori Keadilan digunakan sebagai *Grand Theory*, *Kedua*, Teori Hukum Progresif dan teori Hukum Responsif sebagai *Middle Theory*, *Ketiga*, Teori Masalah (kemaslahatan) digunakan sebagai *Application Theory*. Untuk lebih jelasnya akan diuraikan sebagaimana tersebut dibawah ini.

1.1. *Grand Theory* (Teori Utama).

Teori Utama (*Grand Theory*) yang digunakan oleh penulis dalam penelitian ini, penulis menggunakan Teori Keadilan. Keadilan merupakan salah satu tujuan hukum selain kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Nilai Hakiki dari hukum bertumpu pada ide keadilan dan moral (*mores*) merupakan nilai yang tertinggi dalam kehidupan masyarakat.

Teori Keadilan ini sudah dibicarakan sejak munculnya mazhab teori hukum alam sampai mazhab teori hukum pembangunan, progresif dan integratif, dimana konsepnya selalu menitik beratkan pada konsep keadilan, bahkan sejak jaman Sokrates hingga Francois

Geny sudah menitik beratkan keadilan sebagai mahkota hukum (*the search for justice*).²⁸

Pengertian Adil menurut kamus bahasa Indonesia adil adalah tidak sewenang-wenang, tidak memihak, tidak berat sebelah. Adil mengandung arti bahwa suatu keputusan dan tindakan didasarkan atas norma-norma yang obyektif.²⁹ Istilah *legal justice* atau keadilan hukum yang merujuk pada pelaksanaan hukum menurut prinsip-prinsip hukum, ada juga istilah *social justice* atau keadilan sosial yang didefinisikan sebagai *social firmness*. Dalam Islam kata adil berasal dari bahasa Arab (*Al Adl'*) yang merupakan kata benda yang berasal dari kata kerja *adala* `berarti : (1) meluruskan atau jujur, mengubah, (2) menjauh, meninggalkan dari satu jalan (salah) menuju jalan yang benar, (3) menjadi sama atau sesuai atau menyamakan, (4) membuat seimbang atau menyeimbangkan atau dalam keadaan seimbang.³⁰

Dalam khasanah ilmu hukum, berbagai teori keadilan telah muncul sejak berabad-abad yang lalu, sejak jaman Plato, Aristoteles, Thomas Aquinas, Hans Kelsen, Thomas Hobbes, Immanuel Kant dan John Rawls dan masih banyak yang lainnya.

1.1.1 Teori Keadilan Plato

²⁸ Marwan Effendy, 2014, *Teori Hukum (dari perspektif kebijakan, perbandingan dan harmonisasai hukum Pidana)*, Referensi (Gaung Persada Group) Jakarta, hal. 74.

²⁹ H.M. Agus Santoso, 2014, *Hukum, Moral & Keadilan*, Kencana, Jakarta, hal. 85.

³⁰ *Ibid*, hal. 86

Plato dalam makalahnya yang berjudul *Georgias* yang kemudian dibukukan dengan judul *Republic*. Dalam mewujudkan *keadilan* berdasarkan nilai kebaikan, dimana suatu perilaku kejahatan harus ada pembalasan, tetapi pembalasan dimaksud untuk mewujudkan suatu kebaikan dengan menkankan pada prinsip moralitas yang tinggi. Bahkan pendapat Plato tersebut dalam filsafat idenya menyebutkan bahwa pembalasan keadilan tidak hanya di dunia ini melainkan akan dibalas sampai masa kehidupan kedua yaitu kehidupan sampai kehidupan di dunia lain.³¹

1.1.2 Teori Keadilan Aristoteles.

Aristoteles dalam bukunya yang berjudul *nichomachean ethics, politics* dan *rethoric*,³² pengertian Keadilan menurut Aristoteles diantaranya³³:

1) Keadilan Berbasis Kesamaan

Keadilan ini bermula dari prinsip bahwa hukum mengikat semua orang, sehingga keadilan yang hendak dicapai oleh hukum difahami dalam pengertian kesamaan. Ada dua kesamaan yaitu *numerik dan proporsional*, Keadilan numerik berprinsip pada persamaan derajat bagi setiap

³¹ Marwan Effendy, Op Cit, hal. 74-75.

³² Ibid, hal 75.

³³ Mahrus Ali, 2013, Membumikan Hukum Progresif, *Aswaja Presindo*, Yokyakarta, hal. 3

orang di depan hukum, sedangkan Keadilan proporsional adalah memberikan setiap apa yang menjadi haknya.

2) Keadilan Distributif

Keadilan distributif identik dengan keadilan proporsional yang berpangkal pada pemberian hak sesuai dengan besar kecilnya jasa. Contoh gaji seorang profesor yang bekerja pada instansi tertentu tentu berhak atas gaji yang besar dibanding dengan seorang yang bekerja dengan hanya lulusan SLTA.

3) Keadilan Korektif

Fokus keadilan ini adalah pembetulan sesuatu yang salah. Contoh jika terjadi suatu kesalahan yang berdampak kepada kerugian orang lain, maka harus diberikan kompensasi bagi yang dirugikan tersebut dengan kata lain keadilan korektif ini merupakan standar umum untuk memulihkan akibat dari suatu kesalahan.

1.1.3 Teori Keadilan Roscoe Pound

Terkenal dengan teori pengendalian sosial (*social engineering*) Pound melihat bahwa keadilan dalam hasil-hasil yang kongkrit yang diberikan kepada masyarakat hendaknya berupa pemuasan kebutuhan manusia sebanyak-banyaknya dengan pengorbanan yang sekecil-kecilnya.³⁴

³⁴ Marwan Effendy, Loc Cit. hal. 77

1.1.4 Teori Keadilan John Rawls

Konsep keadilan yang dikemukakan oleh Filsuf Amerika di akhir abad ke 20, yang terkenal adalah John Rawls dalam bukunya yang berjudul, *A Theory Of Justice, Political Liberalism, dan The Law Of People*, yang memberikan pengaruh yang cukup besar terhadap diskursus nilai-nilai keadilan.³⁵

John Rawls berpendapat bahwa keadilan adalah kebajikan utama dari hadirnya institusi-institusi sosial (*social intuitions*). Meskipun kebajikan bagi seluruh masyarakat tidak mengesampingkan atau menggugat rasa keadilan dari setiap orang, khususnya masyarakat yang lemah pencari keadilan. Juga membagi keadilan dengan prinsip yang terkenal dengan ungkapan “posisi asli” (*original position*) yang bertumpu pada pengertian *ekuilibrium reflektif* yang didasari oleh ciri rasionalitas (*rationality*), kebebasan (*freedom*), dan persamaan (*equality*) guna mengatur struktur dasar masyarakat (*basic structure of society*).³⁶ Sedangkan konsep “selubung ketidaktahuan” (*veil of ignorance*) dimana ketidaktahuan masyarakat akan adanya konsep keadilan digiring kearah untuk memperoleh prinsip persamaan yang

³⁵ Ibid, hal. 77

³⁶ Ibid, hal. 78

adil dengan teorinya yang disebut dengan “*justice as fairness*”.³⁷

Prinsip-prinsip keadilan yang utama menurut John Rawls yakni prinsip persamaan di hadapan hukum, yakni setiap orang sama atas kebebasan yang bersifat universal, hakiki dan kompatibel dan ketidaksamaan atas kebutuhan sosial, ekonomi pada masing-masing individu. Prinsip pertama tersebut meliputi prinsip kebebasan yang sama (*equal liberty principle*), seperti kebebasan beragama (*freedom of religion*), kemerdekaan berpolitik (*political of liberty*), kebebasan berpendapat dan mengemukakan ekspresi (*freedom of speech and expression*), sedangkan prinsip kedua dinyatakan sebagai prinsip perbedaan (*difference principle*), yang menghipotesiskan pada prinsip persamaan kesempatan (*equal opportunity principle*).³⁸

Teori Keadilan menurut John Rawls dalam bukunya *A Theory of Justice*, dipandang sebagai teori keadilan yang paling komprehensif saat ini berpendapat bahwa perlu ada *keseimbangan, kesebandingan, dan keselarasan (harmony)* antara kepentingan pribadi dengan kepentingan bersama atau kepentingan masyarakat, termasuk didalamnya

³⁷ Loc. Cit.

³⁸ Ibid, hal 79

negara.³⁹ Lebih lanjut Rawls mengatakan bahwa Hukum haruslah menjadi hakim yang tidak netral, melainkan selalu berpihak pada kebenaran dan keadilan, yaitu berpihak kepada mereka yang sedang tidak memperoleh keadilan, kaum terpinggirkan, hukum adalah wasit, bukanlah pemain. Sebagai wasit ia harus memihak kepada kebenaran, itulah keadilan.⁴⁰ Tujuan Teori Keadilan menurut John Rawls⁴¹ yaitu

- 1) Teori keadilan sosial John Rawls menitikberatkan pada sederet asas-asas umum keadilan yang mendasari dan menerangkan berbagai keputusan moral yang sungguh-sungguh wajib dipertimbangkan dalam keadaan-keadaan khusus kita, keputusan moral adalah sederet evaluasi yang telah dibuat dan ditetapkan serta sekiranya menyebabkan tindakan sosial kita itu tepat dan sejalan dengan hati nurani. Disini keputusan moral dapat saja menjadi tuntunan, bukan keharusan.
- 2) John Rawls mengembangkan teori keadilan social yang lebih unggul atas teori utilitarianisme dari Jeremi Bentham, John Stuart Mill dan David Hume yang individualisme. Rawls ingin menambah utilitarian sekaligus humanis dan ekonomis yaitu yang menekankan pada sosialitas (bukan sosialisme) yang mengatakan

³⁹Dominikus Rato, 2014, *Filsafat Hukum*, LaksBang Justitia, Surabaya, hal. 78

⁴⁰Ibid, hal. 79

⁴¹Ibid, hal 79-80

bahwa yang dikatakan adil jika diabdikan untuk memaksimalkan keuntungan dan kegunaan terhadap sebanyak mungkin orang.

1.1.5. Teori Keadilan Hans Kelsen

Dalam bukunya *General Theory Of Law and Staat*, Hans Kelsen berpandangan bahwa hukum sebagai tatanan sosial yang dinyatakan adil apabila dapat mengtur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagiaan di dalamnya, dikatakan lebih lanjut pembaharuan hukum merupakan suatu keniscayaan dengan adanya perkembangan masyarakat, maka hukumpun harus berkembang mengikuti perkembangan masyarakat, agar hukum dapat menjawab kepentingan dan kebutuhan masyarakat sehingga dapat tercapai suatu keadilan, kepastian dan kemanfaatan hukum bagi masyarakat.⁴²

1.1.6 Teori Keadilan Perspektif Islam

Dalam perspektif Islam kata ‘adl adalah bentuk masdar dari kata kerja ‘adala ‘- ya’dilu – ‘adlan – wa ‘udulan – wa ‘adalatan kata kerja ini berakar dengan huruf ‘ain, dal dan lam yang makna pokoknya adalah “al-istiwa” (keadaan lurus) dari makna tersebut kata ‘adl berarti “menetapkan hukum dengan benar”, jadi seorang yang ‘adil adalah berjalan lurus

⁴² Ibid, hal. 81-82

dan sikapnya selalu menggunakan ukuran yang sama, bukan ukuran ganda, menjadikan pelakunya tidak memihak, pada dasarnya seorang yang adil berpihak kepada yang benar.⁴³

Dalam beberapa ayat al-Qur'an, disamping kata "adl disebut juga "al-Qisthi" semakna dengan adil, sebagaimana tercantum dalam Surat an-Nisa ayat 135 sebagai berikut :

يــــأيهـا أـلذـين أـمـنـوا كـونـوا قـوامـين بـلقـسـط شـهـاء لـله وـلو
عـلي أنـفـسـكـم أو الوـالـديـن وـالـاقـبـين إـن يـكـن غـنـيا أو فـقـيرـا فـاللـه
أـولـي بـهـمـا فـلا تـتـبـعـوا الهـوي أنـتـعـدـلـوا وإـن تـلـوا أو تـعـرـض
فـإن اللـه كـان بـما تـعـمـلون جـبـير (النـسـاء : 135)

“Jadilah kamu orang yang benar-benar menegakkan keadilan, menjadi saksi karena Allah, walaupun terhadap dirimu sendiri, ibu bapakmu dan kaum kerabatmu. Jika ia kaya ataupun miskin, maka Allah lebih tahu kemaslahatannya, maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ingin menyimpang dari kebenaran (keadilan). Dan jika kamu memutarbalikan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, maka sesungguhnya Allah adalah Maha Mengetahui segala apa yang kamu kerjakan.”

Menurut Qurais Shihab, ada empat makna keadilan dalam al-Qur'an :

1. 'Adl dalam arti "sama" pengertian ini paling banyak terdapat dalam al-Qur'an seperti dalam surat An-nisa :58 yang artinya "Apabila Kamu menetapkan hukum

⁴³Juhaya S Praja, 2014, *Filsafat Hukum Antar Mazhab-Mazhab Barat dan Islam*, Latifah Press dan IAIM PonPes Suryalaya, Tasikamalaya, hlm.402.

diantara manusia hendaklah menetapkan dengan adil’;

2. ‘Adl dalam arti “seimbang” tersebut dalam surat al-Infithar ayat 7 yang artinya, “Yang telah menciptakan kamu lalu menyempurnakan kejadianmu dan menjadikan susunan tubuhmu seimbang”;
3. ‘Adl dalam arti “perhatian terhadap hak individu dan memberikan hak itu kepada setiap pemiliknya” sepadan dengan pengertian “menempatkan sesuatu pada tempatnya atau memberi pihak lain haknya melalui jalan terdekat” lawannya adalah kezaliman, tersebut dalam Surat al-An’am, yang artinya “Dan bila kamu berkata, hendaklah kamu berlaku adil kenadatipun dia adalah kearabatmu”;
4. ‘Adl dalam arti yang dinisbahkan kepada Allah, Adil disini berarti memelihara kewajaran atas berlanjutnya eksistensi, jadi keadilan Allah merupakan rahmat dan KebaikanNya, pengertian ini difahami dalam kandungan Surat Ali ‘Imran ayat 18 “*Qaiman bi Al-Qisthi*”.(Yang Menegakan Keadilan).⁴⁴

Pada masa Rosulullah SAW, penegakan keadilan titik sentralnya adalah Rosulullah, karena beliau selain

⁴⁴Ibid, hlm. 403-405.

sebagai nabi sekaligus penguasa dan saklaigus juga Hakim yang menghukumi kasus-kasus yang dihadapkan kepadanya sebagaimana dalam sebuah hadits Riwayat dari Aisyah r.a bahwa pembesar Qurais mengalami urusan besar mengenai seorang wanita dari Bani Makzum mencuri pada masa Nabi saw, mereka berkata, “siapakah yang bisa menjadi perantara untuk memohon pengampunan kepada Rosulullah saw tentang kasus ini”, mereka menjawab siapa lagi yang berani berbicara kepada beliau kalau bukan Usamah bin Zaid, orang dekat Rosulullah. Maka Usamah bin Zaid berbicara (mohon pengampunan) kepada Rosulullah. Lalu Rosulullah bersabda, “Apakah minta dibebaskan hukuman dari hukum-hukum Allah? kemudian beliau berdiri, lalu berkhotbah :

هُوَ نَبِيٌّ نَبِيٌّ نَبِيٌّ
 نَبِيٌّ نَبِيٌّ نَبِيٌّ نَبِيٌّ
 يَا اِهْ

“Sesungguhnya yang membinasakan orang-orang sebelum kamu adalah apabila seorang bangsawan di antara mereka mencuri, mereka melepaskannya (tidak dihukum). Akan tetapi, apabila yang mencuri itu rakyat jelata, mereka melaksanakan hukuman kepadanya. Demi

Allah, sekiranya Fatimah binti Muhammad mencuri, pasti aku potong tangannya.”⁴⁵

Kasus diatas mengisaratkan, bahwa keadilan harus ditegakan secara adil tidak membeda-bedakan antara orang kaya atau miskin, pejabat atau rakyat jelata, dengan demikian semua orang sama didepan hukum, hal ini merupakan contoh yang dilakukan oleh Rosulullah saw.

Prinsip-prinsip keadilan dalam Islam pada zaman Umar bin Khotob kepada Abu Musa Al-As’ri) yang diangkat menjadi hakim di Kufah, adapun penggalan Surat tersebut berbunyi :

﴿لَا يَجْرُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾
 ﴿وَالَّذِينَ ظَلَمُوا﴾
 ﴿وَالَّذِينَ ظَلَمُوا﴾
 ﴿وَالَّذِينَ ظَلَمُوا﴾
 ﴿وَالَّذِينَ ظَلَمُوا﴾

“Samakanlah para pihak di majelismu, dalam pandanganmu dan dalam putusanmu, suapaya orang mulia tidak tamak kepada kecuranganmu, dan orang lemah tidak putus asa dari keadilanmu.”⁴⁶

Penjelasan diatas menunjukkan bahwa Islam mewajibkan bagi hakim untuk memberikan perlakuan yang adil bagi para pihak, memberikan pelayanan yang sama, fasilitas dan kesempatan yang sama kepadanya sekalipun salah satu pihak diantaranya tersebut adalah

⁴⁵Abd Halim Talli,2014, *Asas-asas Peradilan Dalam Risalah Al-Qada*, UII Press, Yogyakarta, hlm. 28

⁴⁶Ibid, hlm. 70.

pejabat sedang pihak lainnya masyarakat miskin. Hakim menyamaratakan pandangannya terhadap pihak-pihak yang berperkara. Hakim mengusahakan menentramkan hati orang takut, mendahulukan yang datang lebih dahulu.

1.2. Middle Theory (Teori Menengah)

Dalam menganalisis hasil penelitian ini, penulis menggunakan Middle Theory, yaitu Teori Hukum Responsif dan Teori Hukum Progresif dimana pada era modern ini Hukum Responsif menjadi perhatian yang sangat besar untuk membuat hukum yang lebih responsif terhadap kebutuhan sosial dan untuk memperhitungkan secara lebih lengkap dan lebih cerdas tentang fakta sosial yang menjadi dasar dan tujuan penerapan dan pelaksanaan hukum.⁴⁷

1.2.1 Teori Hukum Responsif

Sifat Responsif dapat diartikan sebagai melayani kebutuhan dan kepentingan sosial, sebagaimana yang dinyatakan oleh Philippe Nonet & Philip Selznick dalam bukunya "*Law and Society in Transition Toward Responsive Law*" yang dikutip oleh Sabian Utsman yaitu :

"Pemahaman kita tentang perubahan sosial tidak akan utuh jika kita tidak mencari cara-cara adaptasi yang melahirkan alternatif-alternatif historis yang baru dan yang

⁴⁷A. Mukthie Fadjar, 2013, *Teori-teori Hukum Kontemporer*, edisi revisi, Setara Press, hlm. 54.

mampu terus bertahan, misalnya, perubahan dari status kekontrak, dari *Gemeinschaft* (masyarakat paguyuban) ke *Gesellschaft* (masyarakat patembayan), dari hukum yang keras ke keadilan”.⁴⁸

Pemikiran Philip Nonet dan Philip Selznick dibedakan menjadi Tiga Jenis Konsep Hukum yaitu Hukum Represif, Hukum Otonom dan Hukum Responsif sebagai berikut ⁴⁹:

- Represif, adalah saat negara *poverty of power*, sumber daya kekuasaannya lemah sehingga harus Represif.
- Otonom, adalah saat kepercayaan kepada negara makin meningkat, pembangkangan mengecil, birokrasi dipersempit menjadi rasional, hukum dibuat oleh dan secara profesional di lembaga-lembaga negara negara tanpa kontaminasi dan subordinasi oleh negara.
- Responsif, adalah untuk mengatasi kekakuan dan tak sensitifnya hukum terhadap perkembangan sosial. Senantiasa dikurangi dan kewenangan membuat hukum diserahkan kepada unit-unit kekuasaan yang lebih rendah agar lebih memahami inti persoalan masyarakat.

Tipe Hukum Responsif mempunyai dua ciri yang menonjol, yakni ⁵⁰:

⁴⁸ Sabian Utsman, 2010, *Menuju Penegakan Hukum Responsif*, Cet. II, Yogyakarta, hlm. 4.

⁴⁹ Ibid, hlm. 30

- 1) pergeseran penekanan dari aturan-aturan ke prinsip-prinsip dan tujuan, dan
- 2) pentingnya watak kerakyatan (populis) baik sebagai tujuan hukum maupun cara untuk mencapainya.

Tipe Hukum Responsif membedakan dirinya dari hukum yang otonom. Dalam pembuatan hukum dan penerapan hukum tidak lagi merupakan tujuan sendiri, melainkan arti yang terpenting adalah akibat dari tujuan sosial yang lebih besar. Pokok yang terpenting dalam menentukan arti dari aturan-aturan, pertanyaan yang harus dijawab adalah maksud apa, nilai apa dan kepentingan apa, tipe hukum responsif yang dicita-citakan menuntut suatu penafsiran yang lebih luwes yang melihat aturan hukum sebagai terikat kepada problem dan konteks khusus.⁵¹

Hakim sebagai pembentuk hukum (*Judge Made Law*) dalam memutus perkara seharusnya mampu mengaplikasikan hukum dengan teori hukum responsif, hal ini terkait dengan fenomena permasalahan yang dihadapinya saat ini fenomena kehidupan masyarakat yang begitu kompleks, sehingga aturan-aturan hukum yang termuat dalam peraturan perundang-undangan sudah tidak

⁵⁰ A. Mukthie Fajar, Op. Cit. hlm. 56

⁵¹ Ibid, hlm. 56-57.

mampu lagi menjawab perkembangan zaman yang begitu cepat.

1.2.2 Teori Hukum Progresif

Secara etimologi, kata “progresif” berasal dari kata *progress* dari bahasa Inggris yang berarti kemajuan, jika kata hukum dan progresif digabung, maka bermakna bahwa hukum hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman agar mampu melayani kepentingan masyarakat berdasarkan aspek moralitas sumber daya para penegak hukum.⁵²

Menurut Satjipto Rahardjo yang memunculkan gagasan hukum progresif mengatakan “Hukum hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab problematika yang berkembang dalam masyarakat, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya penegak hukum sendiri. Gagasan ini muncul sebagai rsempon atas paradigma positivistik yang membuat ambruknya hukum.”⁵³

Untuk mewujudkan keadilan yang lebih tinggi dan memaksa (*superior and compelling need of justice*) harus dapat mewarnai pada setiap putusan hakim, dengan

⁵² Mahrus Ali (editor), 2013, *Membumikan Hukum Progresif*, Aswaja Presindo, Yogyakarta, hlm.107.

⁵³ Ibid, hlm. 7

demikian hakim harus dapat menafsirkan teks secara lebih luas dan menggali dasar-dasar serta asas-asasnya guna mencapai keadilan, Artijo Alkostar mengatakan hakim yang berfikir progresif berarti menggunakan hukum terbaik dalam keadaan terburuk.⁵⁴

Menurut Satjipto Rahardjo, hakim yang progresif berani untuk mengambil inisiasi *rule breaking* jika hukum normatif sudah tidak bisa menciptakan keadilan. Ada tiga cara untuk melakukan *rule breaking*, yaitu :

- 1) Mempergunakan kecerdasan spiritual untuk bangun dari keterpurukan hukum memberikan pesan penting bagi kita untuk berani mencari jalan baru (*rule breaking*) dan tidak membiarkan diri terkekang cara lama, menjalankan hukum yang lama dan tradisional yang jelas-jelas lebih banyak melukai perasaan;
- 2) Pencarian makna lebih dalam hendaknya menjadi ukuran baru dalam menjalankan hukum dan bernegara hukum. Masing-masing pihak yang terlibat dalam proses penegakan hukum didorong untuk selalu bertanya kepada hati nurani tentang makna hukum yang lebih dalam;

⁵⁴ Ibid, hlm. 9

- 3) Hukum hendaknya dijalankan tidak menurut prinsip logika saja, tetapi dengan perasaan, kepedulian dan keterlibatan (*compassion*) kepada kelompok yang lemah.

Prinsip-prinsip hukum yang terkandung dalam hukum progresif memiliki prinsip utama yaitu, “hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya... dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia⁵⁵. Karena hukum mengabdikan untuk manusia, maka karakter hukum progresif adalah sebagai berikut :

- 1) Hukum Progresif mengantarkan masyarakat pada sebuah paradigma bahwa hukum ditujukan untuk manusia. Hukum bukan merupakan pusat dalam berhukum, tetapi manusia yang berada dititik pusat perputaran hukum;
- 2) Hukum progresif tidak menerapkan *status quo* dalam berhukum. Konsekwensi penerapan status quo dalam berhukum yakni hukum menjadi tolok ukur dalam segala aspek dan manusia adalh hukum. Cara berhukum seperti ini sejalan dengan cara positivistik,

⁵⁵ Ibid, hlm. 109

normatif dan legalistik, dimana manusia tidak bisa merubah keadaan, sedangkan prinsip hukum progresif lebih pada prinsip sosiologis atau kemanusiaan;

- 3) Hukum progresif berfihak terhadap keadilan yang pro rakyat, keadilan harus didudukkan diatas perturan, sehingga para penegak hukum harus berani menerobos kekakuan teks paraturan (mobilisasi hukum) Prinsip keadilan yang pro rakyat ini dapat diadikan ukuran untuk menghindari agar progresifitas yang terkandung dalam hukum progresif tidak mengalami kemerosotan (negatif), sehingga hukum progresif mengantarkan masyarakat kepada keadilan dan kesejahteraan;
- 4) Hukum progresif berasumsi tidak bersifat final, dengan kata lain hukum selalu dalam proses menjadi (*law as a proses, law in the making*), hukum terus bertransformasi dari masa ke masa dalam membuat keputusan yang mampu mencapai ideal hukum, setiap putusan bersifat terminal menuju putusan yang berikutnya yang lebih baik;
- 5) Hukum progresif berusaha membangun negara hukum yang berhati nurani dengan kecerdasan spritual. Cara berhukum dengan nurani (*conscience*) tidak hanya

berdasarkan logika tetapi diiringi dengan moralitas kenuranian, seperti empati, kejujuran, komitmen dan keberanian atau kecerdasan spritual.⁵⁶

Menurut Laurence M. Friedman berhasil tidaknya penegakan dan penerapan hukum bergantung pada tiga unsur yaitu Subtansi Hukum, Struktur Hukum atau Pranata Hukum dan Budaya Hukum.⁵⁷Substansi Hukum adalah bagian substnsial yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan. Substansi juga berarti produk yang dihasilkan oleh orang yang berada dalam sistem hukum yang mencakup keputusan yang mereka keluarkan, aturan-aturan yang mereka susun, juga mencakup hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*), bukan aturan yang dalam peraturan perundang-undangan (*law in books*).

Struktur Hukum/Pranata hukum disebut juga sistem struktur yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan dengan baik melalui kewenangan lembaga penegak hukum yang dijamin oleh undang-undang. Penegakan hukum tersebut harus otonom tanpa campur tangan pihak manapun dan bertanggung jawab sepenuhnya terhadap apa yang menjadi keputusan, hukum tidak akan berjalan dan bergerak tanpa adanya aparat penegak

⁵⁶ Ibid, hlm. 109.

⁵⁷ <http://ashibly.blogspot.com/2015/02.html>

hukum. Kredibilitas dan independensi penegak hukum inilah yang menjadi tolak ukur apakah penegakan hukum telah memenuhi rasa keadilan masyarakat atau tidak.

Budaya Hukum atau Kultur Hukum adalah suasana pemikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari atau disalahgunakan. Budaya Hukum terkait dengan pola pikir masyarakat, pola pikir penegak hukum yang responsif terhadap perkembangan hukum dalam masyarakat.

Ketiga unsur tersebut diatas saling terkait antara Substansi, Struktur dan Budaya Hukum, sehingga tujuan hukum dibuat untuk kepentingan manusia yang adil, tentram, damai serta sejahtera pada akhirnya dapat tercipta dalam kehidupan masyarakat yang dalam istilah Agama Islam disebut “Baladun Toyyibatun Wa Robbun Ghofur”.

1.3. Applied Theory (Teori Terapan)

Dalam Penelitian ini penulis menggunakan Teori Terapan yaitu Teori Ijtihad, Teori Maqosid Al-Syari’ah dan Teori Pengembangan Hukum Islam sebagai pisau analisis, hal ini karena berkaitan dengan penelitian yang menggunakan pendekatan kasus (*Case Approach*) untuk mengakomodir penerapan hak nafkah isteri dalam perkara Cerai Gugat berbasis nilai keadilan. Tujuan Hukum adalah untuk mewujudkan dan memelihara maslahat (kebaikan)

manusia. Begitu juga tujuan Hukum Islam (*maqosid al-syari'ah*) untuk mewujudkan memelihara kemaslahatan manusia. Kaedah Fiqh yang terkenal di kalangan ulama ushul adalah *Jalb Al-Masholeh Wa Dar Al-mafsadat* (menarik manfaat kebaikan dan menolak kerusakan).

1.3.1 Teori Ijtihad

Menurut Arti kata (*etimologi*), Ijtihad berasal dari bahasa Arab “*Jahada*” bentuk kata masdarnya ada dua bentuk yaitu *Jahdun* dengan arti kesungguhan atau sepenuh hati atau serius, dan *Juhdun* dengan arti kesanggupan atau kemampuan yang didalamnya terkandung arti sulit, berat dan susah.⁵⁸

Pengubahan kata dari *ja ha da* atau *ja hi da* menjadi *ijtahada* dengan cara menambahkan dua huruf yaitu alif diawalnya dan ta antara huruf jim dan ha artinya “*sangat*”, dihubungkan dengan dua kata masdarnya tersebut berarti “kesanggupan yang sangat” atau “kesungguhan yang sangat”.⁵⁹

Pengertian Ijtihad menurut Istilah (terminologi) sebagaimana pengertian Ijtihad yang dikemukakan oleh para ahli adalah sebagai berikut :

⁵⁸ Amir Syarifuddin, 2014, *Ushul Fiqh*, Cet. Ke. 7, Kencana Predanamedia Group, Jakarta, hlm. 257.

⁵⁹ Ibid, hal. 257.

- 1) Imam al-Syaukani dalam kitabnya *Irsyad al-fuhuli* memberikan definisi:

نيل حكم شرعي عملي بطريق الا

“Mengerahkan kemampuan dalam memperoleh hukum syar’i yang bersifat amali melalui cara istimbath”.⁶⁰

- 2) Ibnu Subhi memberikan definisi sebagai berikut :

قيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرع

“Pengerahan kemampuan seorang faqih untuk menghasilkan dengan kuat tentang hukum syar’i”.⁶¹

- 3). Menurut kitab-mabadi-al-awaliyah mendefinisikan sebagai berikut :

بذل الوسع في نيل حكم شرعي بطريق الاستنباط من

الكتاب والسنة. واسم الفاعل منه المجتهد

“Ijtihad ialah mengerahkan segala kemampuan untuk mendapatkan hukum syara' dengan jalan menyandarkan hukum (istinbath) kepada al-Quran dan al-Sunah. Orang yang melakukan ijtihad disebut dengan mujtahid.”⁶²

Dari definsi tersebut diatas bisa diambil kesimpulan bahwa hakikat ijtihad itu adalah :

- 1) Ijtihad adalah pengerahan daya nalar secara maksimal;

⁶⁰ Ibid, hal. 258

⁶¹ Ibid, hal. 259.

⁶² credialist.blogspot.com/2011/06/terjemah-kitab-mabadi-al-awaliyah, diunduh tanggal 16-8-2015 jam 16.00 wib

- 2) Usaha ijtihad dilakukan oleh orang yang telah mencapai derajat faqih;
- 3) Produk atau yang diperoleh dari usaha ijtihad itu adalah dugaan yang kuat tentang hukum syara' yang bersifat amaliyah;
- 4) Usaha ijtihad ditempuh dengan cara-cara istimbath.⁶³

Banyak alasan yang menunjukkan kebolehan melakukan Ijtihad, seperti dalam al-Qur'an maupun dalam al-Hadits sebagai berikut :

- 1) Al-Qur'an Surat al-Nisa ayat 59 :

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي

مَنُونِ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ

وَ أَحْسَنُ تَأْوِيلًا (59 :)

“Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rosul(Nya) dan ulil amri diantara kamu. Kemudian jika kamu berlainan pendapat tentang sesuatu, maka kembalikanlah ia kepada Allah (al-Qur'an) dan Rosul (sunnahnya), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian, Yang demikian itu lebih utama (bagimu) dan lebih baik akibatnya”.

Perintah mengembalikan pada al-Qur'an dan Sunnah, dalam ayat diatas adalah dengan jalan Ijtihad, karena dalam membahas kandungan ayat dan hadits tidak

⁶³ Amir Syarifudin, Op. Cit, hal. 260.

mudah untuk dijangkau begitu saja, atau berijtihad dengan menerapkan kaedah-kaedah umum yang disimpulkan dari al-Qur'an dan sunnah Rosulullah, seperti menyamakan hukum sesuatu yang tidak ditegaskan hukumnya dengan sesuatu yang disebutkan dalam al-Qur'an karena persamaan illat-nya seperti dalam praktek qiyas (analogi).⁶⁴

- 2) Hadits yang diriwayatkan dari Mu'az bin Jabal, ketika ia diutus Rosulullah ke Yaman sebagai berikut :

صلي الله عليه و سلم بعث مع

اليمن فقال كيف تقضي فقال أقضي بما في

قال فإن لم يك

صلي الله عليه و سلم قال فإن لم يكن

الله صلي الله عليه و سلم قال أجتهد

ول الله صلي الله عليه و سلم

()

“Dari al-Harits bin Amr, dari sekelompok orang teman-teman Mu'az, sesungguhnya Rosulullah SAW, mengutus Mu'az ke Yaman, maka beliau bertanya kepada Mu'az, atas dasar apa Anda memutuskan sesuatu persoalan, dia menjawab, dasarnya adalah

⁶⁴ Satria Efendi, 2014, Ushul Fiqh, Kencana Prenada Group, Jakarta, hal. 247.

Kitab Allah, Nabi bertanya, kalau tidak anda temukan dalam kitab Allah ? dia menjawab dengan dasar Sunnah Rosulullah SAW. Beliau bertanya lagi, kalau tidak anda temukan dalam sunnah Rosulullah ? Mu'az menjawab aku akan berijtihad dengan penalaranku, maka Nabi berkata “Segala pujian bagi Allah yang telah memberi taufiq atas utusan Roaulullah SAW’. (HR. Tirmizy).⁶⁵

Membicarakan hukum berijtihad bagi seorang faqih dapat dilihat dari dua segi, *Pertama* dari segi hasil ijtihadnya itu adalah untuk kepentingan diri sendiri untuk diamlkan seperti menentukan arah kiblat pada waktu akan melakukan sholat, *Kedua* dari segi mujtahpd itu adalah seorang mufti yang fatwanya akan diamlkan oleh ummatnya atau pengikutnya.⁶⁶

Dengan demikian hukum berijtihad itu secara umum adalah *wajib* bagi seorang mujtahid dalam hal untuk menggali dan merumuskan hukum syara’, dalam keadaan dimana hukum syara’ itu sendiri tidak menetapkannya secara jelas dan pasti. Salah satu perintah Allah dalam al-Qur’an mengenai keawajiban berijtihad dapat difahami dalam Surat al-Hasyr ayat 2 :

فاعتبروا يا أولي الابصار (الحشر : 2)

“Maka ambil iktibarlah hai orang-orang yang punya pandangan”

⁶⁵ I b I d, hal.249.

⁶⁶ Amir Syarifudin, Op. Cit, hal. 260.

Kedudukan seorang yang berlabel faqih manakala pendapatnya diikuti dan diamalkan oleh orang lain, apabila satu-satunya yang dapat melakukan ijtihad adalah dia diamana akan berakibat kasus tersebut akan melenceng dari hukum, maka hukum berijtihad bagi seorang faqih tersebut adalah *wajib 'ain*, bila seorang faqih ditanya tentang hukum suatu kasus yang berlaku, sedangkan dia adalah satu-satunya faqih pada waktu tersebut, tetapi dia tidak khawatir akan melencengnya kasus tersebut dari hukum, atau masih banyak orang yang faqih selain dirinya yang diamintai pendapat, maka baginya hukumnya menjadi *wajib kifayah*, bila kasus tersebut yang ditanyakan kepada tersbut belum terjadi secara praktis, tetapi ummat mengantisipasi timbulnya kasus tersbut, maka bagi seorang faqih tersbut dalam berijtihad menjadi *sunnah*, jika kasus tersebut telah ada hukumnya dan telah ditetapkan berdasarkan dalil yang *sharih dan qah't'i*, maka ijtihadnya menjadi *haram*, terkahir jika kasus telah terjadi dalam kenyataan atau belum terjadi, dan kasus tersebut belum diatur dalam nash al-Qur'an dan sunnah, sedangkan kategori mujtahid beberapa orang, maka baginya menajadi mubah.⁶⁷

Lapangan Ijtihad

⁶⁷ I b I d, hal. 262-263.

Ulama ushul fiqh sepakat bahwa, ayat-ayat atau Hadits Rosulullah yang sudah tidak diragukan lagi kepastiannya (*qath'i*) datang dari Allah atau RosulNya dalam al-Qur'an ataupun hadits *mutawatir* (hadits yang diriwayatkan oleh sekelompok orang yang tidak mungkin berbohong) bukan lagi merupakan lapangan ijtihad, menurut Satria Effendi yang mengutip pendapat Abdul Wahab Khallaf, yang menjadi lapangan ijtihad terhadap masalah-masalah yang tidak pasti (*zhonni*), ada tiga macam kategori sebagai berikut⁶⁸:

- a) *Hadits ahad*, yaitu hadits yang diriwayatkan oleh seseorang yang tidak sampai tingkat mutawatir (hanya bersifat dugaan kuat) atau zhanni, dalam hal ini seorang mujtahid perlu melakukan ijtihad dengan cara meneliti kebenaran periwayatannya;
- b) Lafal-lafal atau redaksi al-Qur'an atau Hadits yang menunjukkan secara tidak tegas (*zhanni*). Ayat-ayat atau hadits-hadits yang tidak tegas pengertiannya ini menjadi lapangan ijtihad. Fungsi ijtihad disini untuk mengetahui makna sebenarnya yang dimaksud oleh suatu teks;

⁶⁸ Satria Effendi, Op. Cit, hal. 251.

c) Masalah-masalah yang tidak ada teks ayat atau hadits dan tidak pula ada ijma' yang menjelaskan hukumnya. Dalam hal ini ijtihad memainkan peranannya yang amat penting dalam rangka mengembangkan prinsip-prinsip hukum yang terdapat dalam al-Qur'an dan Sunnah. Fungsi ijtihad disini adalah untuk meneliti dan menemukan hukumnya (istimbath) lewat tujuan hukum, seperti dengan Qiyas, Istihsan, Maslahah-mursalah, Urf, Istishab dan Sadd al-zari'ah, dan disini kemungkinan akan terjadi perbedaan pendapat.

Beberapa Metode Ijtihad

Metode yang paling terkenal dalam berijtihad ulama fiqh paling populer dengan menggunakan *qiyas* dan dianggap metode paling tinggi kualitasnya, bahkan Imam As-Syafi'i dalam kitabnya Al-Risalah bahwa ijtihad itu adalah qiyas, bila ijtihad itu melalui qiyas maka cara tersebut disepakati oleh semua ulama, dengan demikian kesepakatan itu disebut ijma', Ijma' dan qiyas merupakan dua dalil hukum yang disepakati oleh ulama Islam.⁶⁹

Untuk lebih jelasnya berikut beberapa metode ijtihad yang merupakan lapangan ijtihad sebagai berikut :

⁶⁹ Amir Syarifudin, OP. Cit, hal. 345.

1) Methode Qiyas

Secara etimology, berarti menyamakan sesuatu dengan sesuatu yang serupa dengannya, contoh “*qasa al-tsaub bi al-mitri*” maksudnya seorang mengukur bagian baju dengan menyamakan setiap bagian baju tersebut dengan alat pengukur (meteran). Sedangkan definisi Qiyas secara terminology seperti dikemukakan oleh Wahbah az-Zuhaili:

أمر غير منصوص علي حكمه الشرعي بأمر

علي كنه لاشتراكهما في علة

"Menghubungkan (menyamakan hukum) sesuatu yang tidak ada ketentuan hukumnya dengan sesuatu yang ada ketentuan hukumnya karena ada persamaan illat (alasan) antara keduanya.”⁷⁰

Rukun Qiyas

Para Ulama menganggap sah Qiyas apabila lengkap rukun-rukunnya, para ulama sepakat bahwa rukun Qiyas ada empat :⁷¹

- 1). *Ashal* (Pokok tempat mengqiyaskan sesuatu), yaitu yang telah ditetapkan hukumnya baik masalah dalam al-Qur’an maupun dalam Sunnah Rosulullah, *Ashal* disebut juga “*al-maqis alaih*”(tempat mengqiyaskan sesuatu);

⁷⁰ Satria Efendi, Op. Cit, hal. 130.

⁷¹ I b I d, hal. 132.

- 2). Adanya hukum ashal, yaitu hukum syara' yang terdapat pada ashal yang hendak ditetapkan pada far'u (cabang), contoh haramnya khomer yang ditegaskan dalam al-Qur'an;
- 3). Adanya cabang (*Far'u*), yaitu sesuatu yang tidak ada ketegasan hukumnya dalam al-Qur'an, Sunnah maupun Ijma'. Misalnya minuman keras Wisyki;
- 4). '*Illat*, rukun ini merupakan inti dari praktek qiyas, karena berdasarkan '*illat* itulah hukum-hukum yang terdapat dalam al-Qur'an dan Sunnah dapat dikembangkan.

---ولا تقربوهن حتي يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن

من حيث أمركم الله إن الله يحب التوابين ويحب

المتطهرين (البقرة : 222)

“Dan janganlah kamu mendekati mereka, sebelum mereka suci, apabila mereka telah suci, maka campurilah mereka itu ditempat yang diperintahkan Allah kepadamu. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang tobat dan menyukai orang-orang yang mencucikan diri”

Macam-macam Qiyas

Menurut Satria Efendi, Qiyas dibagi menjadi tiga macam:⁷²

⁷² I b i d, hal. 140.

- a. *Qiyas Awla*, bahwa ‘illat yang terdapat pada far’u (cabang) lebih utama dari pada ‘illat yang terdapat pada ashal (pokok). Contoh mengkiyaskan hukum haram memukul kedua orang tua kepada hukum haram dengan mengatakan “ah” dalam surat al-Isra ayat 23;
- b. *Qiyas Musawi*, yaitu qiyas dimana ‘illat yang terdapat pada cabang (far’u) sama bobotnya dengan ‘illat yang ada pada ashal (pokok). Contoh haram menggelapkan harta anak yatim sama ‘illatnya dengan memakan harta anak yatim seperti dalam surat al-Nisa’ ayat 10 :

إن الذين يأكلون أموال اليتامي ظلما إنما يأكلون في

بطونهم نارا وسيصلون سعيرا (النساء: 10)

“Sesungguhnya orang-orang yang memakan harta anak yatim secara zalim, sebenarnya mereka itu menelan api sepenuh perutnya dan mereka akan masuk kedalam api yang menyala-nyala”.

- c. *Qiyas Adna*, yaitu qiyas dimana ‘illat yang terdapat pada far’u (cabang) lebih rendah bobotnya dibandingkan dengan ‘illat yang terdapat dalam ashal (pokok). Misal, sifat memabukan yang terdapat dalam minuman keras bir lebih rendah

dari sifat yang memabukan dalam minuman khomer.

Sedangkan menurut Wahbah az-Zuhaili, ditinjau dari jelasnya ‘illat menjadi landasan hukum, dibagi menjadi dua kategori, yaitu :⁷³

- 1). *Qiyas Jali*, yaitu qiyas yang didasarkan atas ‘illat yang ditegaskan dalam al-Qur’an dan Sunnah Rosulullah, contoh memukul orang tua atau mengatakan “ah”;
- 2). *Qiyas Khofi*, yaitu qiyas yang didasarkan atas ‘illat yang di istinbatkan dari hukum ashal. Misal “membunuh dengan memakai senjata tajam dengan membunuh memakai benda tumpul.

2. Methode Istihsan

Pengertian Istihsan

Secara etimologis (lughawi/bahasa) istihsan bearti “*memperhitungkan sesuatu lebih baik*”, atau “*adanya sesuatu itu lebih baik*,” atau “*mengikuti sesuatu yang lebih baik*”, atau “*mencari yang lebih baik untuk diikuti, karena memang disuruh untuk itu*”.⁷⁴

⁷³I b i d, hal. 142.

⁷⁴ Amir Syarifudin, Op. Cit, hal. 347.

Sedangkan menurut istilah, dikalangan ulama Ushul ada beberapa definisi diantaranya sebagai berikut⁷⁵:

- 1). Ibnu Subhi merumuskan definisi, yaitu :

عدول عن قياس إلى قياس أقوى منه

“Beralih dari penggunaan suatu Qiyas kepada suatu Qiyas yang lain yang lebih kuat”

عدول عن الدليل إلى العادة للمصلحة

“Beralih dari penggunaan sebuah dalil kepada adat kebiasaan karena sesuatu kemaslahatan.”

Dari dua pernyataan tersebut untuk yang pertama tidak ada penolakan, sedangkan yang kedua diperselisihkan oleh para ulama’.

- 2). Kalangan Ulama Malikiyah mendefinisikan sebagai berikut :

وهو في مذهب مالك الاخذ بمصلحة جذعية في

مقابلة دليل كلي

“Istihsan dalam mazhab Maliki adalah menggunakan kemaslahatan yang bersifat juz’i sebagai pengganti dalil yang bersifat kully.”

- 3). Kalangan Ulama Hanabilah mendefinisikan :

⁷⁵ I b I d, hal. 347-350.

أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله

“Istihsan adalah apa-apa yang dianggap lebih baik oleh seorang Mujtahid berdasarkan pemikiran akalnya.

- 4). Kalanagan Ulama Hanafiyah berpendapat :

تحد وغالب الرأي في تقدير ما جعله

“Beramal dengan ijtihad dann umum pendapat dalam menentukan sesuatu yang syara’ menyerahkannya kepada pendapat kita”

Bentuk-bentuk Istihsan⁷⁶

- 1). Istihsan Qiyasi

Istihsan Qiyasi adalah suatu bentuk pengalihan hukum dari ketentuan hukum yang didasarkan kepada *qiyas jali* kepada ketentuan hukum yang didasarkan kepada *qiyas khafi*, karena adanya alasan yang kuat untuk mengalihkan hukum tersebut, alasan kuat yang dimaksud adalah kemaslahatan.

- 2) Istihsan Istisna'i

Istihsan Istisna'i adalah qiyas dalam bentuk pengecualian dari ketentuan hukum yang

⁷⁶<https://id.wikipedia.org/wiki/istihsan>, diunduh tanggal 22 Agustus 2015, jam 10.50 wib.

berdasarkan prinsip-prinsip khusus. Istihsan bentuk kedua ini dibagi menjadi lima, yaitu:

- a). Istihsan dengan nash. Maknanya adalah pengalihan hukum dari ketentuan yang umum kepada ketentuan lain dalam bentuk pengecualian, kaerna ada nash yang mengecualikannya, baik nash tersebut al-Qur'an atau Sunnah.
- b.) Istihsan dengan ijma'. Maknanya adalah terjadinya sebuah Ijma' baik yang sharih maupun sukuti terhadap sebuah hukum yang menyelisihi qiyas atau kaidah umum.
- c). Istihsan dengan kedaruratan. Yaitu ketika seorang mujtahid melihat ada suatu kedaruratan atau kemaslahatan yang menyebabkan ia meninggalkan qiyas, demi memenuhi hajat yang darurat itu atau mencegah kemudharatan.
- d). Istihsan dengan 'urf atau konvensi yang umum berlaku. Artinya meninggalkan apa yang menjadi konsekuensi qiyas menuju

hukum lain yang berbeda karena ‘urf yang umum berlaku baik ‘urf yang bersifat perkataan maupun perbuatan.

- e). Istihsan dengan masalah al-mursalah. Yaitu mengecualikan ketentuan hukum yang berlaku umum berdasarkan kemaslahatan, dengan memberlakukan ketentuan lain yang memenuhi prinsip kemaslahatan.

Relevansi Metode Istihsan di Masa Kini dan Mendatang

Permasalahan kehidupan manusia masa kini dan masa datang semakin kompleks dan semakin berkembang, sementara nash al-Qu’an maupun Hadits tidak dapat menjangkau problematika kehidupan manusia, oleh karenanya membutuhkan ijtihad untuk menjawab permasalahan tersebut, metode Istihsan tentunya salah satu jawaban untuk mengakomodir perkembangan zaman tersebut, dengan kata lain menurut A. Khisni dalam bukunya *Perkembangan Pemikiran Hukum Islam*, diistilahkan bahwa *al-waqa’iq ghairu munahiyah* (kehidupan itu selalu berkembang) sedangkan Nash/Syari’ah terbatas (*al-nusus/as-syari’ah*)

mutanahiyah),⁷⁷ dengan demikian jawabannya adalah ijtihad dengan metode istihsan.

Para Mujtahid dewasa ini telah banyak menemukan hukum melalui metode istihsan misalnya masalah zakat, dalam kitab-kitab fiqh tidak diatur zakat jasa dan profesi, “*ma kasabtum*” dalam surat al-baqarah ayat 264 berarti segala sesuatu yang diusahakan, harus ditunaikan zakatnya. Contoh lain Tranplantasi organ tubuh untuk kepentingan pengobatan, meskipun secara umum ada larangan menyakiti badan termasuk jenazah, tapi karena berbat lebih penting, maka metode istihsan solusinya.

3. Metode Maslahah

Pengertian Maslahah

Secara etimologi *maslahah* berasal dari bahasa Arab yang dalam bahasa Indonesia di sebut maslahat berarti manfaat, faedah, bagus, kebaikan, guna atau kegunaan. Maslahah merupakan bentuk *masdar* (*adverd*) dari *fi'il* (*verb*) *salaha*. Dengan demikian kata *maslahah*

⁷⁷ A. Khisni, Op. Cit. hal. 48

dan kata manfaat yang juga dari bahasa Arab mempunyai makna atau arti yang sama⁷⁸.

Sedangkan secara terminologis, *Al-maslahah* telah diberi muatan makna oleh beberapa ulama *Ushul al-fiqh* seperti :⁷⁹

- 1). Imam Al-Ghazali (505 H), bahwa pada dasarnya kata *al-maslahah* menunjuk pengertian atau makna mewujudkan atau mendatangkan manfaat (keuntungan) dan menjauhkan kerusakan (*mahdorot*), hakekatnya adalah :

“Memlihara tujuan syara’ dalam menetapkan hukum”

Maksud tujuan Syara’ itu ada lima (*al-ahkam al-khomtsah*) yaitu memelihara agama, jiwa, akal, keturan, dan harta.

- 2). Al-Khawarizmi memberikan definisi :

⁷⁸ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1996, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Cet. Ke 2, Jakarta Balai Pustaka, hlm. 634.

⁷⁹ Amir Syarifudin, Op. Cit. 368-369.

“Memelihara tujuan syara’ (dalam menetapkan hukum) dengan cara menghindarkan kerusakan dari manusia”.

3). Al-Syatibi mengartikan masalah :

ما يرجع إلي قيام حياة الانسان وتمام عيشته ونيله ما

تضه أو صافه الشهواتية والعقلية

“Sesuatu yang kembali kepada tegaknya kehidupan manusia, sempurna hidupnya, tercapai apa yang dikehendaki oleh sifat syahwati dan akal nya secara mutlak”.

4). Al-Thufi, mendefinisikan masalah :

“Ungkapan dari sebab yang membawa kepada tujuan syara’ dalam bentuk ibadat atau adat”.

Macam-Macam Masalah

Kekuatan Masalah dapat dilihat dari segi tujuan syara’ dalam menetapkan hukum, yang berkaitan secara langsung dengan lima prinsip pokok (*ahkam al-khomsah*) bagin kehidupan manusia, yaitu agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta. Dari segi kekuatannya sebagai hujjah dalam menetapkan hukum, masalah ada tiga macam, yaitu *masalah dharuriyah*, *masalah*, *hajiyah* dan *masalah tahsiniyah*, dengan penjelasan sebagai berikut :

- a. *Maslahah dharuriyah*, adalah kemaslahatan yang keberadaannya sangat dibutuhkan oleh manusia (kebutuhan primer), ketika akan terjadi kerusakan sangat besar terhadap kelima pokok diatas, seperti dilarang membunuh, dilarang mencuri, dilarang berzina, dilarang minum khomer atau narkoba.⁸⁰
- b. *Maslahah Hajiyah*, adalah kemaslahatan yang tingkat kebutuhannya tidak berada pada tingkat dhoruri, tidak menyentuh kepada kebutuhan yang pokok secara tidak langsung, seperti menuntut ilmu agama untuk mengakan agama, makan untuk kelangsungan hidup, melakukan jual beli untuk memelihara harta.⁸¹
- c. *Maslahah Tahsiniyah*, adalah masalah yang tingkat kebutuhan manusia tidak sampai tarap dhoruri atau hajiy, namun kebutuhan tersebut harus dipenuhi dalam rangka untuk kesempurnaan hidup dan keindahan hidup, mislanya membeli sepeda motor untuk kepentingan bekerja, memelihara kesehatan dengan berolah raga.⁸²

Pembagian masalah selanjutnya yang juga populer adalah ditinjau dari ada atau tidaknya dukungan dari sumber nash terhadap suatu masalah, sehingga masalah ini dibagi menjadi *masalah mu'tabarah*,

⁸⁰ Ibid, hlm. 371.

⁸¹ Ibid, hlm. 372.

⁸² Ibid, hlm. 372.

masalah mulghah dan masalah mursalah dengan penjelasan sebagai berikut:⁸³

- a. *Maslahah Mu'tabarah* adalah masalah yang mendapat dukungan syar'i dalam bentuk aturan hukum yang mewujudkannya. Contohnya masalah dalam bentuk melindungi kelestarian agama (*hifz al-din*) diwujudkan melalaui *Jihad*, Hak hidup (*hifz al-nafs*) diwujudkan dalam bentuk menegakkan hukum *Qishas*, Kesehatan Akal (*hifz al-'aql*) diwujudkan dengan menegakan hukuman bagi pemabuk, perlindungan terhadap kehormatan atau keturunan (*hifz al-nasl*) ditegakannya sanksi bagi perzinaan, dan hak memiliki harta (*hifz al-mal*) ditegakan dengan potong tangan bagi pencuri.⁸⁴
- b. *Maslahah mulghah* adalah masalah yang ditolak oleh syar'i, yaitu keadaan yang dirasakan menguntungkan atau baik oleh manusia, tetapi jelas-jelas bertentangan dengan syar'i, contoh kasus seorang raja yang berhubungan seks disiang hari pada bulan Ramadhan, dalam Hadits “siapapun yang melakukannya harus melaksanakan kifarati yaitu memerdekakan budak, atau kalau tidak mampu puasa dua bulan berturut-

⁸³ Ibid, hlm. 303.

⁸⁴ Ibid, hlm. 303.

turut”, kemudian ada fatwa bahwa seorang raja tidak bisa membayar kifikratnya dengan memerdekakan budak alasannya karena bagi seorang raja sangat gampang, jadi harus puasa dua bulan, hal ini bertentangan dengan syar’i.⁸⁵

- c. *Maslahah Mursalah*, adalah masalah yang tidak ada pentunjuk dari syar’i yang mendukung atau menolaknya. Ia masih berstatus netral atau bebas (*mursalah*), misalnya masalah dalam uapaya sahabat Nabi untuk membukukan al-Qur’an, masalah dalam pembangunan penjara dan pembuatan mata uang.⁸⁶

Adapun argumentasi di kalangan ulama dalam menggunakan Masalah Mursalah untuk metode Ijtihad adalah sebgai berikut :

1. Adanya takrir (pengakuan Nabi) atas penjelasan Muaz bin Jabal yang akan menggunakan *ijtihad bi al-ra’yi* bila tidak menemukan ayat Al-Qur’an dan Sunnah Nabi untuk menyelesaikan masalah hukum. Penggunaan Ijtihad ini mengacu kepada penalaran sesuatu yang dianggap masalah.⁸⁷

⁸⁵ Ibid, hlm. 304.

⁸⁶ Ibid, hlm. 305.

⁸⁷ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh*, 2014, Cet. Ke. 7, Kencana Predanamedia Group, Jakrata, hlm. 384.

2. Adanya amaliyah dan praktek yang begitu meluas di kalangan sahabat Nabi tentang penggunaan masalah mursalah, misal pengangkatan Abu Bakar sebagai khalifah, memerangi orang yang tidak mau berzakat pada zaman Abu Bakar, pembentukan dewan pada zaman Umar bin Khottob dan lain-lain.⁸⁸
3. Menggunakan masalah sesuai dengan tujuan Syari' (Pembuat Hukum) dengan kata lain tidak keluar dari prinsip-prinsip syara'.⁸⁹
4. Menggunakan masalah mursalah ketika terjadi keadaan akan menjadi sulit bagi ummat kalau metode masalah mursalah tidak digunakan, dengan kata lain Allah menghendaki kemudahan bagi hambaNya.⁹⁰

Maslahah merupakan kata kunci *al-Qawa'id al-fiqhiyah* (Kaedah-kaedah Fiqh), bahwa seluruh kaedah pokok dalam kaedah-kaedah fiqh bisa diperas dalam satu kaedah saja yaitu *Jalb al-Masholeh* yang berarti mengusahakan kemaslahatan dan keterkaitannya dengan *Usul al-Fiqh* bertaut erat.⁹¹ Dalam Usul Fiqh, masalah dibahas panjang lebar, namun hanya pada segi filosofis-

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid, hlm. 385

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Abdul Mun'in Saleh, 2009, *Hukum Manusia Sebagai Hukum Tuhan Berfikir Induktif Menemukan Hakikat Hukum Model al-Qawa'id al-Fiqhiyah*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 295

epistemologis dengan meninggalkan segi-segi yang bersifat praktis aplikatif, dimana kajian dalam usul fiqh masalah dibela dengan kajian argumentasi filosofis dan normatif, sedangkan dalam kajian kaedah fiqh justru dituangkan dalam kaedah-kaedah umum yang memiliki karakteristik aplikatif yang sangat tinggi.⁹²

Menurut H.A Djazuli dalam bukunya *Kaedah-kaedah Fiqh (Kaedah-kaedah Hukum Islam Dalam Menyelesaikan Masalah-masalah Praktis)*⁹³, berdasarkan ruang lingkupnya membagi kaedah fiqh sebagai berikut :
Pertama, kaedah inti yaitu meraih kemaslahatan dan menolak kemafsadatan yang terkenal istilah :

“Meraih kemaslahatan dan menolak kemafsadatan”

Kedua, Kaedah-kaedah asasi, yaitu kaedah-kaedah fiqh yang lima (al-Qawa'id al-Asasiyah;

Ketiga, kaedah-kaedah umum, yaitu kaedah-kaedah fiqh dibawah keedah-kaedah asasi yang lima (al-Qawa'id al-Ammah);

Keempat, kaedah-kaedah khusus, yaitu kaedah-kaedah yang khusus berlaku dalam bidang-bidang hukum

⁹² Ibid, hlm. 297.

⁹³ H.A Djazuli, 2014, *Kaedah-kaedah Fiqh (Kaedah-kaedah Hukum Islam dalam Menyelesaikan yang Praktek*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, hlm. 89-90.

tertentu, seperti dalam ibadah mahdhah, muamalah, munakahat, peradilan dan jinayah (al-Qawa'id al-Khashshah);

Kelima, kaedah yang merupakan cabang dari kaedah al-Qawa'id al-Khashshah seperti tentang ibadah shalat, bagian dari jinayah (al-Qawa'id al-Tafshiliyah);

Dari kelima konsep diatas, tentunya konsep yang pertama merukan inti dari keempat konsep dibawahnya, dengan demikian konsep kemaslahatan yang paling inti.

4. Methode Istishab

Pengertian

Seacara etimologi istishab berasal dari kata “is-tash-ha-ba dalam shigot i-tif'al, yang berarti istimror al-shabati, al-shahaba diartikan teman ditambah istimror “selalu”, atau “terus-menerus”, maka istishab berarti “selalu menemani” atau “selalu menyertai”.⁹⁴

Seacara istilah (termenologi) istihsab, dilakalangan ulama berbeda pendapat dalam memberikan definisi sebagai berikut :⁹⁵

- 1). Al-Syaukani dalam Irsyad al-Fuhul, mendefinisikan:

⁹⁴ Amir Syarifudin, Op. Cit.

⁹⁵ I b I d, hal. 389.

“Apa yang pernah berlaku secara tetap pada masa lalu, pada prinsipnya tetap berlaku pada masa yang akan datang”

2). Ibnu al-Qoyyim al-Jauziyah, mendefinisikan :

ماكان منفيا

“Mengukuhkan menetapkan apa yang pernah ditetapkan dan meniadakan apa yang sebelumnya tiada”.

3). Ibnu As-Subhi dalam kitab Jam’u al-Jawami’ II, mendefinisikan :

بوته في الاول لفقدان

مايصلح للتخيير

“Berlakunya sesuatu pada waktu kedua karena yang demikian pernah berlakuk pada waktu pertama karena tidak ada yang patut untuk mengubahnya”;

Macam-macam Istihsab

Muhammad Abu Zahrah,⁹⁶ membagi istihsab menjadi 4 (empat) macam sebagai berikut :

1). *Istihsab al-ibahah al-ashliyah*, yaitu istihsab yang didasarkan pada hukum asal dari sesuatu yang mubah, dengan landasan hukum dasar dari sesuatu

⁹⁶ Satria Efendi, Op. Cit, hal. 159-161

yang bermanfaat, boleh dilakukan dalam kehidupan manusia;

- 2). *Istihsab al-ibarah al-ashliyah*, yaitu istihsab yang didasarkan atas prinsip bahwa pada dasarnya setiap orang bebas dari tuntutan beba taklif sampai ada dalil yang mengubah statusnya;
- 3). *Istihsab al-hukm*, yaitu istihsab yang didasarkan atas tetapnya status hukum yang sudah ada selama tidak ada bukti yang mengubahnya;
- 4). *Istihsab al-wasf*, yaitu istihsab yang didasarkan atas anggapan masih tetapnya sifat yang diketahui ada sebelumnya sampai ada bukti yang mengubahnya;

5 Metode ‘Urf atau ‘Adat

Pengertian

‘Urf berasal dari kata *‘arafa, ya’rifu* sering dikatakan *al-ma’ruf*, dengan arti “*sesuatu yang dikenal*”, atau dengan kata lain “*diakui oleh orang lain*”⁹⁷. Sedangkan *‘adat*, yang sudah masuk kedalam bahasa Indonesia merupakan sinonim dari kata ‘urf (*mutaradif*), ‘adat berasal dari kata *‘ada, ya’udu*

⁹⁷ Amir Syarifudin, hal. 410

mengandung arti “*perulangan*”, karena itu sesuatu yang dilakukan satu kali belum dikatakan adat.⁹⁸

Sedangkan secara istilah (terminologi), dikemukakan oleh Abdul Karim Zaidan,⁹⁹ istilah ‘urf berarti :

لفه المجتمع واعتاده وسار عليه في حياته من قول

“Sesuatu yang tidak asing lagi bagi satu masyarakat karena telah menjadi kebiasaan dan menyatu dengan kehidupan mereka baik berupa perbuatan atau perkataan”

Istilah ‘urf dalam pengertian tersebut sama dengan pengertian istilah al-‘adah (adat istiadat). Contoh kebiasaan membeli sembako, tanpa adanya ijab qobul, barang diterima langsung dibayar di minimarket.

Macam-macam ‘Urf/’Adat

- 1). Ditinjau dari segi materi yang biasa dilakukan, dibagi menjadi dua macam :¹⁰⁰
 - a. ‘Urf Qauli, yaitu kebiasaan yang berlaku dalam penggunaan kata-kata atau ucapan, contoh kata walad termasuk anak laki-laki dan

⁹⁸ Loc. Cit, hal. 411

⁹⁹ Satria Efendi, Op. Cit, hal. 153

¹⁰⁰ Amir Syarifudin, Op. Cit. hal. 413-414

perempuan dalam al-Qur'an dalam surat al-Nisa' ayat 11-12;

- b. 'Urf Fi'li, yaitu kebiasaan yang berlaku dalam perbuatan, contoh jual beli tanpa ijab dan qobul.

2). Dari segi ruang lingkup penggunaannya, 'Urf terbagi kepada :

- a. Adat atau 'Urf umum, yaitu kebiasaan yang telah umum berlaku dimana-mana, hampir diseluruh dunia, tanpa memandang negara, bangsa atau agama, contoh menganggukan kepala tanda setuju;
- b. Adat atau 'urf khusus, yaitu kebiasaan yang dilakukan sekelompok orang di tempat tertentu atau pada waktu tertentu, contoh adat Minangkabau garis keturunan Matrilineal, atau adat Batak yang patrilineal;

3). Dari segi baik dan buruknya, terbagi :

- a. Adat yang sah, yaitu adat yang berulang-ulang dilakukan, diterima orang banyak, tidak bertentangan dengan Agama, sopan dan santun dan budaya yang luhur, contoh pelaksanaan halal bihalal;

- b. Adat yang fasid, adat yang berlaku di disuatu tempat meskipun merata pelaksanaannya, namun bertentangan dengan Agama, berjudi untuk menyambut tahun baru;

Keabsahan ‘Urf atau Adat Menjadi Landasan Hukum

Sebagian besar Ulama Mazhab menggunakan ‘Urf Sahih menjadi landasan hukum hal ini berdasarkan penelitian Al-Thayyib Khudari al-Sayyid, guru besar Ushul Fiqh di Universitas al-Azhar Mesir dalam karyanya *al-Ijtihad fi ma la nassa fih*.¹⁰¹Dasarnya adalah :

- 1) Ayat 199 Surat al-A’raf :

ذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلین

(199 :)

“Jadilah engkau pemaaf dan suruhlah orang mengerjakan yang ma’ruf (al-‘urfi) serta berpalinglah dari pada orang-orang yang bodoh”.

- 2) Syari’at Islam pada permulaan Islam tidak menghapuskan sama sekali, adat sebelumnya dimana tradisi yang telah menyatu dengan masyarakat dan tidak bertentangan dengan

¹⁰¹ Satria Efendi, Op. Cit, hal. 155.

Islam tetap berlaku. Contoh praktek *al-mudarabah* (praktek dagang dengan bagi hasil).

Kaedah fiqh yang paling terkenal adalah “*al-‘adah muhakamah*”, dan sebuah hadits yang berasal dari Abdullah bin Mas’ud yang dikeluarkan oleh Imam Ahmad dalam musnadnya, yaitu :

ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن

“Apa-apa yang dilihat oleh umat Islam sebagai suatu yang baik, maka yang demikian itu disisi Allah adalah baik”.

6. Metode Sadd al-Zari’ah

Pengertian

Menurut bahasa (etimologi) kata Sadd berarti “menutup”, dan al-Zari’ah berarti “*wasilah*” atau “*jalan ke suatu tujuan*”, dengan demikian Sadd al-Zari’ah secara “*bahasa menutup jalan ke suatu tujuan*”, Abdul Karim Zaidan mengemukakan :¹⁰²

أنه من باب منع الوسائل المؤدية إلي الم

”menutup jalan yang membawa kepada kebinasaan atau kejahatan”.

¹⁰² I b I d, hal. 172.

Pandangan Ulama Tentang Sadd al-Zari'ah

Patokan para ulama membolehkan berjihad dengan metode Sadd al-Zari'ah berdasarkan pada kehati-hatian dalam beramal dan jangan sampai melakukan perbuatan yang menimbulkan kerusakan, sehingga yang jadi pedoman adalah faktor manfaat dan mudarat atau baik dan buruk, Ulama Malikiyah yang banyak menggunakan Metode Maslahat dengan sendirinya banyak menggunakan Sadd al-Zari'ah. Ketika menghadapi perbenturan Maslahat yang dominan dari Mafsadat, maka boleh dilakukan, jika mafsadat lebih dominan maka ditinggalkan, dan jika sama maka harus menggunakan kehati-hatian dengan menggunakan Kaedah Fiqh :¹⁰³

“Menolak kerusakan lebih diutamakan ketimbang mengambil kemaslahatan”.

1.3.2. Teori Pengembangan Hukum Islam

Pengertian *pengembangan* menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah “*proses, cara perbuatan mengembangkan*”, contoh “pemerintah selalu berusaha dalam pembangunan

¹⁰³ Amir Syarifudin, Op. Cit, hal 455.

secara bertahap dan teratur yang menjurus ke sasaran yang dikehendaki”.¹⁰⁴

Sedangkan pengertian Hukum Islam menurut para ahli adalah sebagai berikut :

- 1). **Ahmad Rofiq, Pengertian Hukum Islam** adalah seperangkat kaidah-kaidah hukum yang didasarkan pada wahyu Allah SWT dan Sunnah Rasul mengenai tingkah laku *mukallaf* (orang yang sudah dapat dibebani kewajiban) yang diakui dan diyakini, yang mengikat bagi semua pemeluk agama islam.¹⁰⁵
- 2). **Pengertian Hukum Islam** menurut **Zainuddin Ali**, Hukum Islam adalah hukum yang diinterpretasikan dan dilaksanakan oleh para sahabat nabi yang merupakan hasil ijtihad dari para mujtahid dan hukum-hukum yang dihasilkan oleh ahli hukum islam melalui metode qiyas dan metode ijtihad lainnya. Hukum islam merupakan istilah khas di Indonesia, sebagai terjemahan dari *al-fiqh al-islam* atau dalam konteks tertentu dari *as-syariah al-Islamy*. Dalam wacana ahli hukum Barat istilah ini disebut *Islamic Law*.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Kbbi.web.id/kembang, diunduh tanggal 26 Agustus 2015, jam. 10.30 Wib.

¹⁰⁵ www.pengertianpakar.com › Hukum, diunduh tanggal 26 Agustus 2015, jam.

¹⁰⁶ Loc. Cit.

Dengan demikian jika digabung kata pengembangan dengan hukum Islam menjadi “Pengembangan Hukum Islam” berarti Hukum Islam yang telah ada yang berbentuk Fiqh dapat dikembangkan disesuaikan dengan perkembangan masyarakat itu sendiri. Sebagaimana dikemukakan oleh Ahmad Khisni dalam bukunya *Perkembangan Pemikiran Hukum Islam, Al-Qur’an telah selesai pewahyumannya, demikian juga Sunnah Rosulullah SAW telah selesai pula sesudah wafat Rosulullah, sedangkan kehidupan ini tidak pernah selesai dan selalu berubah dengan kata lain “Al-Nushus Mutanahiyah wal waqo’iq ghairu mutanahiyah”*.¹⁰⁷

Dalam rangka menghadapi persoalan yang selalu berubah tersebut, perlu melakukan “*Tajdid al-Fahmi*” (pembaharuan pemahaman) dan tidak cukup pemahaman tekstual, dibutuhkan pendekatan penggalian ruh (jiwa) suatu ayat dengan metode “*maqhosid al-syari’ah*”.¹⁰⁸

Seorang Mujtahid atau Hakim harus mampu menangkap maqhosid al-syari’ah manakala berhadapan dengan situasi dan kondisi perubahan kondisi masyarakat yang harus faham nash (teks) maupun faham kehidupan (waqa’iq), ia wajib memahami “normatif-ediologis dan

¹⁰⁷ A. Khisni, Op. Cit. hal. 1

¹⁰⁸ Loc. Cit.

empiris-historis”, sebagaimana contoh yang dilakukann oleh Umar bin Khottob terkait harta rampasan, dimana pada jaman Nabi dibagi hanya kepada tentara saja kemudian direformasi oleh Umar bin Khottob “bahwa harta rampasan dibagi selain kepada tentara juga pada penduduk setempat, hal ini menunjukkan segi keadilan. Karena keadilan merupakan *manhaj* dalam memecahkan persoalan hukum.¹⁰⁹

Seorang mujtahid dapat menangkap isi kandungan al-Qur’an yang terdapat nilai “idea moral” sebagai *manhaj*, hal ini yang dilakukan oleh para ulama’ dalam menggali nilai-nilai yang terkandung dalam al-Qur’an, sehingga nilai tersebut dijadikan kaedah hukum Islam yang berlakuk universal sebagai *qawa’id fiqiyah* yang disebut “al-qawa’id al-khamsah. Kaedah ini merupakan alat pemandu permasalahan hukum Islam yang bterjadi ditimbang dengan lima kaedah ini secara umum, sebagai berikut¹¹⁰:

- 1). *Al-‘umuru bi maqashidiha* (semua perkara tergantung kepada tujuannya), Kaedah ini menjadikan hukum Islam selalu kontekstual, induktif empiris serta

¹⁰⁹ I b I d, hal. 54

¹¹⁰ I b i d, hal 54-55

- historis sosiologis dalam menyesuaikan dan menjawab permasalahan hukum;
- 2). *Al-'adatu muhakkamah* (adat kebiasaan merupakan sumber hukum), hal ini dapat mengakomodir nilai-nilai lokal atau adat kebiasaan dapat dijadikan hukum Islam, sehingga Hukum Islam menjadi akomodatif;
 - 3). *Al-yakinu la yuzalu bi syakki* (keyakinan itu tidak dapat dihilangkan keragu-raguan), kaedah ini terkait dengan legalitas (kepastian) hukum, perlu adanya kodifikasi dan unifikasi hukum;
 - 4). *Al-masyaqqotu tajlibu al-taisira* (kesulitan dapat mendatangkan kemudahan). Kaedah ini menyatakan bahwa Hukum Islam itu dapat memudahkan manusia dalam kehidupan dengan kata lain memanusiakan manusia;
 - 5). *La dharara wa la dhirara* (jangan berbuat mudharat dan jangan pula mau dibuat mudarat), kaedah ini mempunyai prinsip keseimbangan dan keadilan dalam berhukum dan berkehidupan.

Lima prinsip kaedah umum hukum Islam ini berlaku secara universal didalamnya mengandung nilai “*yuridis* (kepastian), *filosofis* (keadilan), *sosiologis* (kemanfaatan), *Historis* (akomodatif) dan *kemudahan* (taisir)”. Contoh

“Anak non muslim dalam kasus kewarisan dapat wasiat wajibah” ini merupakan mazhab manhaji merupakan teori penemuan hukum (ijtihad), atau “teori pengembangan hukum atau teori pembangunan hukum atau teori ta’aquli (ma’qulat al-makna) dengan pendekatan “kontruktivisme”, dengan demikian teori hukum yang ditemukan adalah “teori hukum kasus atau teori kasuistis”.¹¹¹

1.3.3 Teori Maqoshid al-Syari’ah

1) Pengertian Maqoshid al-Syari’ah

Maqoshid al-Syari’ah terdiri dari dua kata yaitu Maqoshid dan al-Syari’ah yang berbentuk mudhof dan mudhofun ilaih, kata Maqoshid adalah bentuk Jamak dari kata maqshad berarti “tujuan”, sedangkan kata Syari’ah adalah sejatinya adalah hukum Allah baik yang ada dalam al-Qur’an maupun dalam al-Hadits sebagai penjelasan dari hukum Allah (al-Qur’an), jika dihubungkan dengan kata Maqoshid, berarti kata Maqoshid al-Syari’ah adalah “apa yang dimaksud Allah dalam menetapkan Hukum”.¹¹²

Satria Efendi, dalam bukunya Ushul Fiqh mengartikan bahwa Maqoshid al-Syari’ah adalah :

¹¹¹ Loc. Cit.

¹¹² I b i d, hal. 231.

“Tujuan Allah dan RosulNya dalam merumuskan hukum-hukum Islam. Tujuan itu dapat ditelusuri dalam ayat-ayat al-Qur’an dan Sunnah Rosulullah sebagai alasan logis bagi rumusan suatu hukum yang berorientasi kepada kemaslahatan ummat manusia”.¹¹³

2) Fokus Kajian Maqoshid al-Syari’ah

Pembahasan tentang maqasid *al-syari’ah* (tujuan dan cita hukum Islam) selalu bertitik tolak dari dan bermuara kepada konsep *maslahah* yang nota bene inti dari maqasid al-syari’ah. Kemaslahatan membawa manfaat bagi kehidupan manusia, sedangkan mafsadah mengakibatkan kemudharatan bagi kehidupan manusia. Apa yang disebut dengan maslahat memiliki kriteria-kriteria tertentu di kalangan ulama, yang apabila disimpulkan, kriterianya sebagai berikut :

- a) Kemaslahatan itu harus diukur kesesuaiannya dengan maqashid al-syari’ah, dalil-dalil kulli (general dari Al-Qur’an dan As-Sunnah), semangat ajaran, dan kaedah kulliyah hukum Islam;
- b) Kemaslahatan itu harus meyakinkan, dalam arti harus berdasarkan penelitian yang akurat, hingga tidak meragukan lagi;
- c) Kemaslahatan itu harus memberi manfaat pada sebagian besar masyarakat, bukan pada sebagian kecil masyarakat;

¹¹³ Satria Efendi, Op. Cit, hal. 233.

- d) Kemaslahatan itu memberikan kemudahan, bukan mendatangkan kesulitan dalam arti dapat dilaksanakan.¹¹⁴

Ditegaskan lebih lanjut oleh al-Gazali, bahwa setiap sesuatu yang dapat menjamin dan melindungi eksistensi salah satu dari keliam hal tersebut dikualifikasikan sebagai masalah, sebaliknya setiap sesuatu yang dapat mengganggu dan merusak salah dari kelima hal tersebut dinilai sebagai al-mafsadah, maka mencegah atau menghilangkan sesuatu yang dapat mengganggu salah satu dari kelima tersebut dikualifikasikan sebagai masalah.¹¹⁵

Menurut Abdul Wahab Khallaf dalam kitabnya *Al-ijihad fi Asy-syari'ah Al-Islamiyah*,¹¹⁶ bahwa dalil-dalil yang dikemukakan para ulama yang menjadikan Masalah/Istihlah sebagai hujjah adalah :

Pertama, tujuan disyariatkannya hukum-hukum hanyalah untuk mewujudkan ke maslahatan bagi manusia baik berupa menarik manfaat maupun menolak bahaya (mafsadat), dimana adanya permasalahan yang belum ditentukan hukumnya baik dari nash, ijma' maupun qiyas, maka hukum dari permasalahan tersebut

¹¹⁴ H. A. Djazuli, Op. Cit, hlm. 165.

¹¹⁵ Ibid, hlm. 2.

¹¹⁶ Abdul Wahab Khallaf, Op. Cit, hlm. 338.

ditentukan berdasarkan apa yang bisa mewujudkan kemaslahatan, dan hukum yang didasari kemaslahatan tersebut dianggap sebagai hukum syar'i, karena hal itu sesuai dengan hukum-hukum yang telah ditentukan Allah dan RosulNya, dimana tujuan akhirnya adalah untuk mewujudkan kemaslahatan bagi manusia. Dengan kata lain dimana ada kemaslahatan disitu terdapat syariat Allah.¹¹⁷

Kedua, permasalahan semakin banyak terjadi, lingkungan sekitar berubah-ubah, dan kebutuhan semakin bermunculan. Permasalahan muncul pada ummat masa kini yang tidak muncul pada masa lalu, bahkan lingkungan sekitar menuntut adanya kemaslahatan yang belum dialami lingkungan sebelumnya. Terkadang terjadi pula perubahan karakter dan kondisi manusia yang dulunya maslahat menjadi mafsadat, jika hal ini tidak diakomodir oleh metode maslahat, maka para mujtahid akan menjadi sempit untuk menyesuaikan dengan kebutuhan zaman, ruang, lingkungan dan kondisi, padahal syari'at Islam

¹¹⁷ Ibid, hlm.338

diperuntukan untuk semua ummat manusia dan merupakan penutup seluruh syari'at langit.¹¹⁸

Ketiga, kemaslahatan yang mendasari hukum-hukum syra'i merupakan kemaslahatan yang masuk akal, artinya akal menjangkau kebaikan yang dituntut syari'at dan keburukan yang dilarangnya. Allah hanya mewajibkan kepada kita apa yang diketahui manfaatnya oleh akal, seorang mujtahid menjadikam maslahat untuk menakar apa yang belum ditentukan oleh hukum syari'at, oleh karenanya pintu masalah terbuka untuk dijadikan hujjah.¹¹⁹

Keempat, setelah Rasulullah SAW wafat para sahabat menentukan hukum baru pada permasalahan baru yang terjadi kepada mereka berdasarkan apa yang dipandang bisa mewujudkan kemaslahatan menurut mereka. Contoh Ijtihad para sahabat Rosulullah SAW, berikut ini¹²⁰ :

- 1) Khalifah Abu Bakar r.a, menghimpun Al-Qur'an menjadi satu buku, memerangi orang-orang yang enggan membayar zakat, menolak Qishas kepada Khalid bin Walid;

¹¹⁸ Ibid. hlm.339

¹¹⁹ Loc. Cit.

¹²⁰ Ibid, hlm.340.

- 2) Khalifah Umar bin Khattab r.a, telah memutuskan bahwa talak dengan satu kali ucapan dimasukan kedalam talak ba'in, tidak dilaksanakan hukuman bagi pencuri tatkala tahun paceklik dan mengqishas sekelompok orang yang membunuh satu orang;
- 3) Khalifah Ustman bin Affan r. a, membuat azan dua kali pada salat jum'at, memberikan warisan kepada istri dari suami yang menalaknya dan kabur membawa harta warisan tersebut, dan membukukan Al-Qur'an menjadi satu mushaf dan mengumpulkan kaum muslimin untuk berpegang dengan mushaf tersebut;
- 4) Khalifah Ali bin Abi Thalib r.a telah membakar kelompok Rafidah.

Dari kalangan ulama yang populer menjadikan masalah/istihlah sebagai hujjah diataranya¹²¹ :

- 1) Izzudin bin Abdussalam dalam kitabnya *Qawa'id Al-Ahkam fi Mashalih Al-Anam*, berkata, "Sebagian besar kemaslahatan dan kerusakan duniawi diketahui oleh akal, dan hal itu terdapat pada sebaian besar syari'at. Sebab telah jelas bagi setiap orang yang berakal sebelum adanya syari'at

¹²¹ Ibid. hlm 341.

yang menentukan hukumnya, bahwa memperoleh manfaat yang murni dan menolak kerusakan yang murni dari diri seseorang dan orang lain adalah perbuatan yang terpuji”.

- 2) Abu Ishaq Asy-Syathibi, seorang yang faqih dari mazhab Maliki, berkata, “Sesungguhnya syari’at dibuat untuk kemaslahatan para hamba.”
- 3) Muhammad bin Abu Bakar, yang dikenal dengan Ibnul Qoyyim dalam kitab *I’lam Al-Muwaqqi’in ‘an Rabb Al-‘Alamin*, berkata, “ Syari’at yang mulia itu dibangun berdasarkan hikmah-hikmah dan kemaslahatan bagi para hamba baik di dunia maupun di akherat, Syari’at itu semuanya adil, rahmat dan mengandung maslahat.”

Menurut Abdul Mun’in Saleh, dalam bukunya *Hukum Manusia adalah Hukum Tuhan*, mengatakan bahwa Maslahah merupakan kata kunci dalam *al-Qawa’id al-Fiqhiyah*, di mana secara luas diketahui bahwa seluruh kaidah pokok dalam al-qawa’id al-fiqhyah bisa diperas menjadi satu kaedah saja yaitu “*jalb al-masholeh*” yang berarti menarik atau mengusahakan maslahah, hal ini sesuai dengan perkataan Izzuddin bin Abd al-

aziz yang mengatakan bahwa seluruh fiqh bisa dirujukan kepada nilai yang fundamental berbunyi “*I’tibar al-masholeh wa dar’u al-mafasid*” artinya mengindahkan masalah dan menghilangkan mafasid (kerusakan/kerugian).¹²²

Para Ulama Ushul Fiqh memandang bahwa Al- Qur’an dan Sunnah Rasulullah di samping menunjukkan hukum dengan bunyi teksnya juga dengan ruh tasyri’ atau maqhosid al-syari’ah, melalui maqhasid al-syari’ah inilah ayat-ayat dan hadits-hadits hukum yang secara kuantitatif sangat terbatas jumlahnya dapat dikembangkan untuk menjawab permasalahan-permasalahan yang secara kajian tidak dapat ditampung melalui al-Qur’an dan Hadits Nabi, sehingga pengembangan tersebut dapat dilakukan dengan menggunakan metode istimbath seperti dengan Qiyas, istihsan, masalah mursalah dan ‘urf.¹²³

Abu Ishaq al-Syatibi,¹²⁴ penelitian para Ulama terhadap ayat-ayat al-Qur’an dan Sunnah Rosulullah menyatakan “bahwa hukum-hukum disyari’atkan Allah untuk mewujudkan

¹²² Abdul Mun’in Saleh, Op. Cit, hlm.296.

¹²³ Satria Efendi, Op. Cit. hal. 233

¹²⁴ Loc. Cit.

kemaslahatan manusia”, Kemaslahatan tersebut meliputi tiga tingkatan kebutuhan yaitu : Kebutuhan *Dharuriyat* (primer), Kebutuhan *Hajjiyat* (sekunder) dan Kebutuhan *Tahsiniyat* (pelengkap/tersier).

Maqhosid al-Syari’ah dalam kontek memenuhi kebutuhan dharuriyat, meliputi lima aspek pokok yang harus di proteksi (dilindungi) atau disebut al-ushul al-khomsah yang meliputi :¹²⁵

- a) *Memelihara Agama (hifz al-Din)* merupakan hal yang vital, yang harus dijaga karena menjalankan keyakinan dengan aman merupakan kemaslahatan yang harus diciptakan dalam rangka mencapai kebahagiaan dunia dan akherat;
- b) *Memelihara Jiwa (hifz al-Nafs)*, jiwa merupakan pokok dari segalanya, karenanya eksistensinya perlu di dijaga dan dipelihara serta ditingkatkan kualitasnya dalam memenuhi kebutuhan kebahagiaan dunia dan akherat;
- c) *Memelihara Akal (hifz al-Aql)*, akal bagi manusia merupakan hal yang fundamental yang

¹²⁵ Amir Syarifudin, Op. Cit. hal. 233-240

harus dijaga, sehingga merusak akal sama dengan merusak pikiran, dilarang meminum khomer atau narkoba merupakan bagian menjaga eksistensi akal;

d). *Memelihara Keturunan (hifz al-Nasl)*, merupakan menjaga kelangsungan kehidupan berkeluarga, merusak keturunan dengan berzina merupakan hal yang merugikan masa depan kehidupan, karena anak-anak yang dilahirkan tidak mempunyai status yang jelas;

e). *Memelihara Harta (hifz al-Mal)* merupakan kebutuhan yang primer dalam hal menjaga kelangsungan hidup manusia untuk memenuhi kebutuhan pangan, sandang dan papan, proteksi terhadap kebutuhan ini dalam rangka menjaga dan meningkatkan kebahagiaan hidup dunia dan akherat sebagai jalan menuju ke sana, karena ibadah sarananya adalah harta. Oleh kerennya larangan mencuri, merampok, korupsi dalam rangka menjaga harta *halalan toibah*.

3. Peranan Maqoshid al-Syari'ah dalam Pengembangan Hukum Islam

Dalam pengembangan hukum Islam mengetahui Maqoshid al-Syari'ah (MS) merupakan hal yang sangat penting yang dapat dijadikan alat bantu dalam memahami redaksi ayat al-Qur'an dan redaksi Hadits Nabi untuk menetapkan hukum terhadap kasus-kasus yang tidak tertampung oleh al-Qur'an dan Sunnah secara kajian kebahasaan.¹²⁶

Methode-methodode istimewa, seperti Qiyas, Istihsan dan masalah mursalah adalah methode-methodode pengembangan Hukum Islam yang didasarkan atas maqoshid al-syari'ah (MS). Contoh alasan logis (illat) mengapa minuman khomer diharamkan (al-Qur'an Surat al-Maidah : 90) karena sifat memabukannya yang akan merusak akal dan fikiran manusia, sedangkan khomer itu sendiri hanyalah salah satu contoh yang memabukan, ketika Narkoba apapun jenisnya yang memabukan dan merusak akal fikiran manusia, melalui Methode analogi (qiyas) yang sifatnya memabukan adalah haram hukumnya.¹²⁷ Dengan demikian ketika ada illat (alasan logis) setiap makanan dan minuman yang memabukan hukumnya adalah haram.

¹²⁶ Satria Efendi, Op. Cit, hal. 237

¹²⁷ Loc. Cit.

Manakala tidak ada ayat atau hadits secara khusus tidak ada dijadikan al-maqis alaih (tempat menqiyaskan), maka dalam hal tujuan suyari'at untuk memelihara kebutuhan dharury, hajiyat dan tahsiniyat para ulama ushul menggunakan methode maslahah mursalah sebagai methode istimbat hukum.¹²⁸

G. Kerangka Pemikiran Desertasi

Kerangka Pemikiran dalam penelitian ini penulis menggunakan bentuk 3 (tiga) Tabel sebagai berikut :

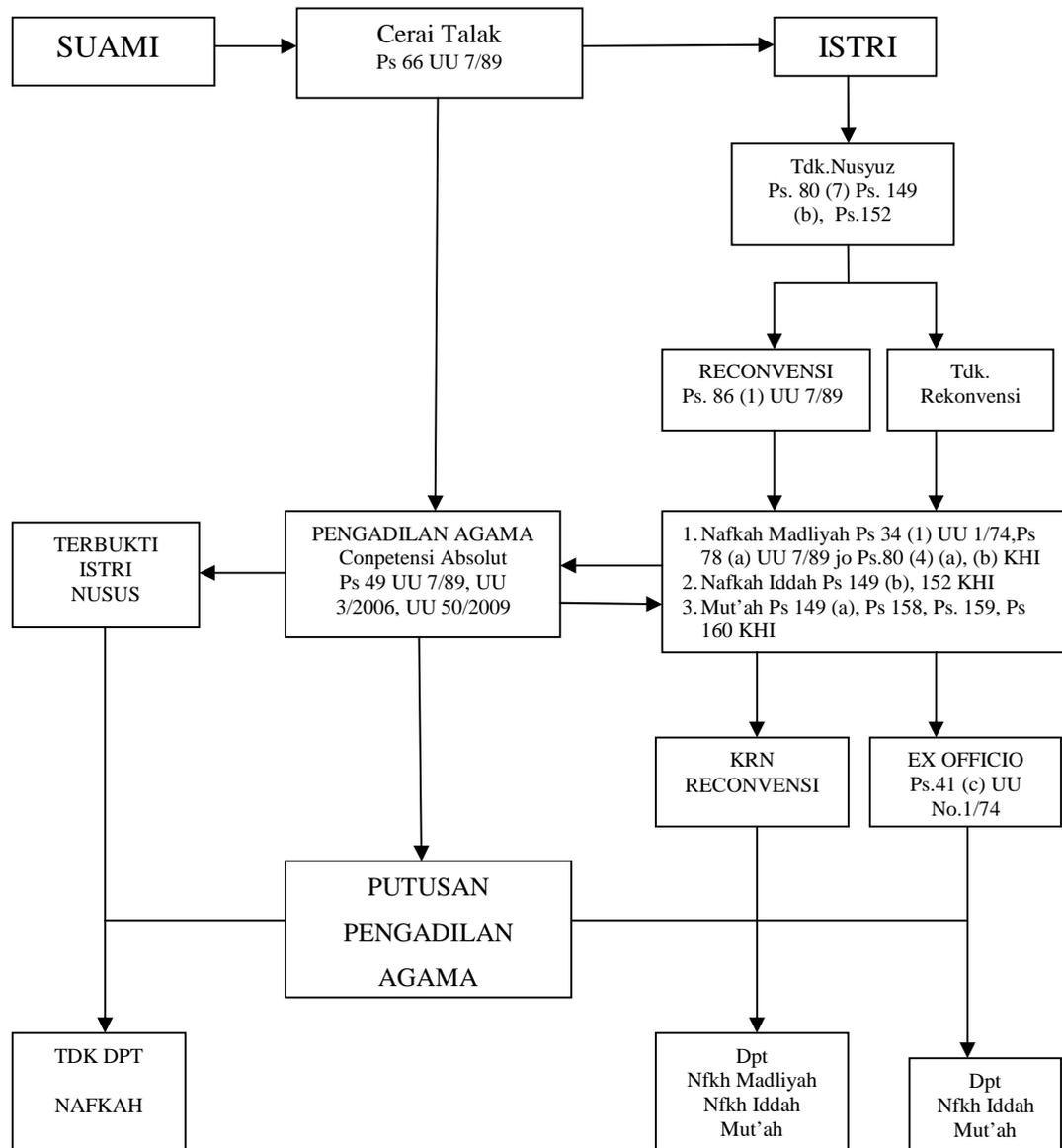
- Tabel yang *Pertama* menjelaskan bahwa, Apabila suami yang mengajukan Cerai Talak dalam memutus perkara, Hakim akan mewajibkan kepada suami secara *Ex Officio* untuk memberikan nafkah Madliyah, nafkah iddah dan mut'ah, hal ini sesuai dengan Pasal 80, Pasal 149, Pasal 152, Pasal 158 dan Pasal 160 Kompilasi Hukum Islam dengan syarat isteri tidak berbuat Nusyus secara *Ex Officio* atau adanya gugatan Rekonvensi dari isteri (Termohon), tapi apabila isteri (termohon) yang berbuat Nusyus maka apabila terbukti kenusyusannya, maka isteri tidak mendapatkan hak nafkah.
- Tabel yang *Kedua* menjelaskan bahwa apabila perceraian atas kehendak isteri yang disebut dengan Gugat Cerai, maka baik menurut Hakim maupun dalam Kopilasi Hukum Islam isteri tidak akan mendapatkan

¹²⁸Ibid, hal. 238

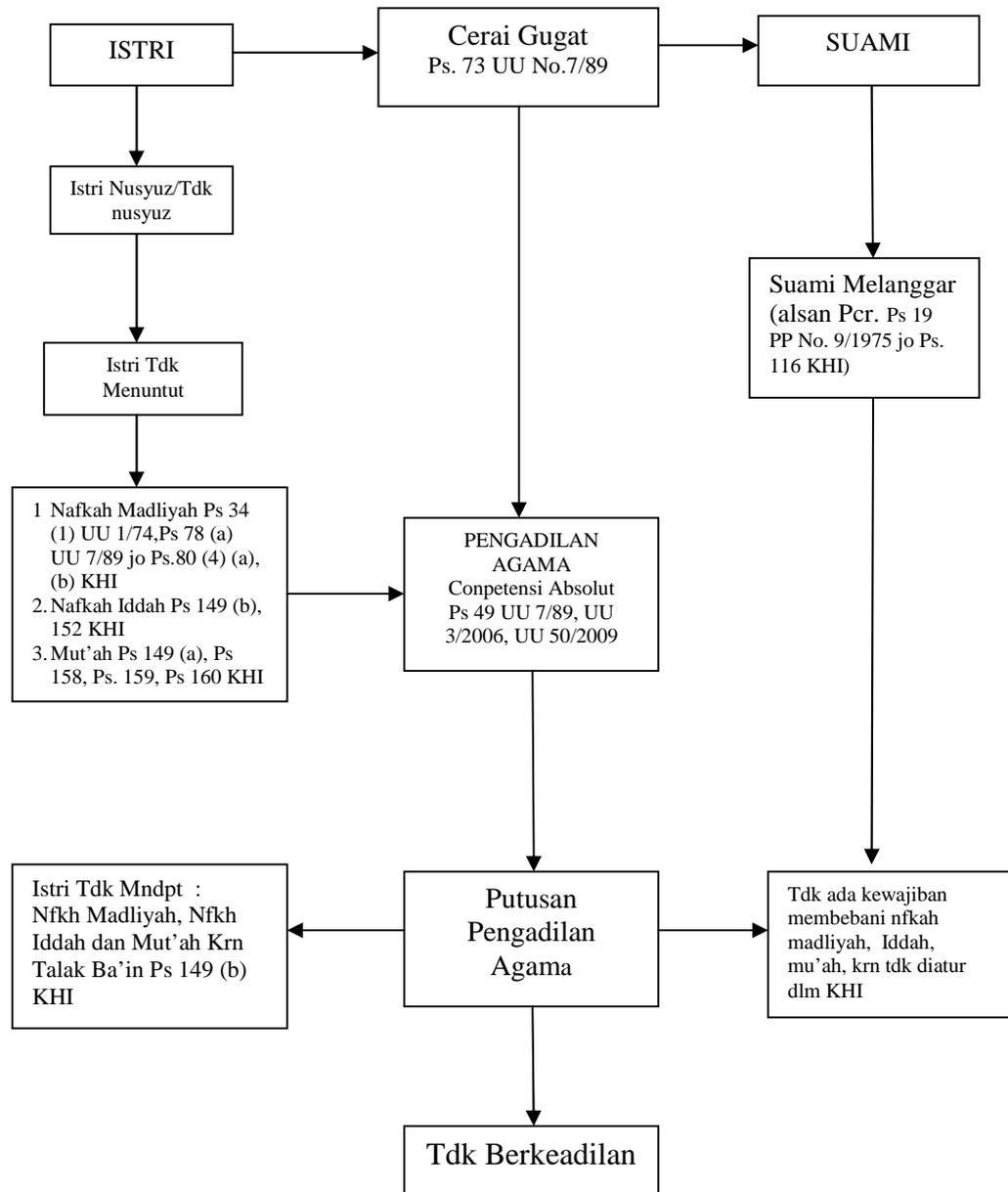
nafkah meskipun isteri tidak nusyus, padahal suaminya yang berbuat nusyus (menelantarkan), hal ini tidak mencerminkan keadilan.

- Tabel *Ketiga*, merupakan penemuan hukum baru, siapapun yang mengajukan perceraian isteri tetap mendapat nafkah madliyah nafkah iddah dan mut'ah, dengan syarat isteri tidak berbuat Nusyus, hukum ini seharusnya melalui putusan hakim sebelum adanya regulasi pada Kompilasi Hukum Islam dan kedepannya perlu adanya amandemen terhadap Kompilasi Hukum Islam atau bahkan amandemen Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 dan Peraturan Pelaksanaannya seperti Peraturan Pemerintah nomor 9 tahun 1975 dan Peraturan Pemerintah nomor 10 tahun 1983 jo Peraturan Pemerintah Nomor 45 tahun 1990.

Tabel I Tentang Pelaksanaan Permohonan Cerai Talak oleh Suami



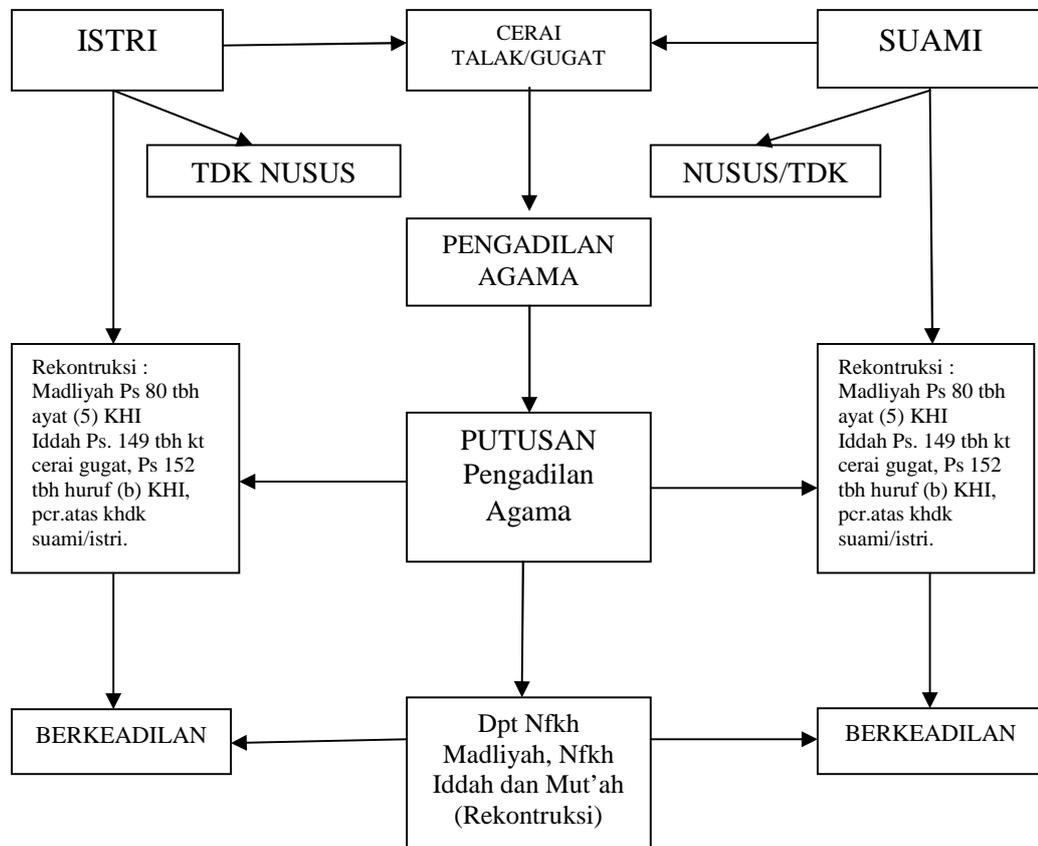
Tabel II Pelaksanaan Cerai Gugat oleh Istri



Tabel III Pelaksanaan Permohonan Cerai Talak oleh Suami atau Cerai Gugat oleh Istri setelah rekontruksi.

Dasar : Pancasila Sila Ke-5 (Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia)

Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 28 B ayat (1), Pasal 28 C ayat (1), Pasal 28 H ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 28 I ayat (2).



H. Metodologi Penelitian Desertasi

Dalam metode penelitian ini, penulis akan menjelaskan sebagai berikut :

1. Paradigma Penelitian

Penulis menggunakan paradigma penelitian paradigma *konstruktivisme*, dimana aspek ontologisnya berupa fenomena masyarakat bahwa semakin tahun perkembangan kasus perceraian didominasi oleh cerai gugat (perempuan menggugat cerai) di Pengadilan Agama, sedangkan aspek epistemologisnya dimana kasus-kasus yang banyak merugikan perempuan dengan mengabaikan hak-haknya berupa nafkah dianalisis dengan pisau analisis teori keadilan, penegakan hukum responsif atau progresif dan teori masalah, sedangkan aksiologisnya mendapatkan ijtihad baru bagi hakim untuk menerapkan pemberian nafkah kepada isteri yang menggunakan lembaga cerai gugat.

2. Tipe /Jenis Penelitian

Tipe Penelitian desertasi ini tipe penelitian *Deskriptif Analisis*, dimana peneliti akan mencari tahu budaya hukum apa yang mempengaruhi hakim Pengadilan Agama dalam memutus perkara cerai gugat, sehingga tidak mengakomodir pemberian nafkah terhadap isteri sebagaimana yang diterapkan pada perkara cerai talak

3. Metode Pendekatan

Metode Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini yaitu *Sosial Legal Research* dimana peneliti menganalisis kasus-kasus tentang perkara cerai gugat yang tidak memberikan hak nafkah, dan kasus cerai talak yang secara *ex officio* ataupun *reconvensi* memberikan hak nafkah kepada termohon, disamping menggali pendapat para hakim yang memutus perkara.

4. Social Setting Penelitian

Sosial Setting dari penelitian ini spesifikasinya adalah hanya membatasi pada kasus-kasus cerai gugat yang ada di Pengadilan Agama dengan menggali putusan-putusan dan pendapat para hakim mengenai nafkah yang menjadi hak tergugat serta budaya hukum apa yang melatar belakangi pendapat atau ijtihad para hakim.

5. Sumber Data Penelitian.

Data Primer :

Informan Penelitian yang menjadi obyek adalah para *hakim* Pengadilan Agama, Para *Pengacara (Advokad)* yang beracara di Pengadilan Agama, dan *para pihak* yang berperkara.

Data Sekunder :

Disamping informan langsung seperti tersebut diatas, juga informan tidak langsung seperti bahan hukum (peraturan

perundang-undangan), kasus-kasus baik di tingkat Pengadilan Agama, tingkat banding maupun tingkat Kasasi.

6. Tehnik/Cara Pengumpulan Data

Cara pengumpulan data baik data primer maupun sekunder bdalam penelitian ini dengan menggunakan :

a. Study Pustaka

Peneliti menggali kepustakaan yang terkait dengan thema penelitian, memaparkan pendapat para ahli dalam rangka untuk menganalisis hasil penelitian sebagai pisau analisis.

b. Observasi Lapangan

Peneliti menginventarisir putusan-putusan yang terkait dengan penelitian kemudian dianalisi satu persatu pertimbangan-pertimbangan para hakim, pendapat para Advokad, dan para pihak.

c. Wawancara

Peneliti mengadakan wawancara dengan para hakim khususnya yang terkait dengan penelitian untuk mencari tahu alasan-alasan para hakim atau hujjah yang dipertimbangkan dalam putusan, kemudian para pengacara dan penasehat hukum yang menangani perkara terkait penelitian, serta para pihak yang berperkara.

7. Analisis Data

Analisis data yang digunakan dalam penelitian ini dengan menggunakan analisis data *Deskriptif Kualitatif* yaitu menggali data yang melatar belakangi kasus-kasus tersebut, termasuk pendapat para hakim, pengacara dan para pihak dengan analisis kwalitatif.

I. Sistematika Penulisan

Sesuai dengan masalah yang dibahas dalam penelitian ini, maka Desertasi ini dirancang dalam 6 Bab, namun demikian sebagaimana biasanya terlebih dahulu diawali dari bagian awal yang terdiri dari : Sampul, Lembar Pengesahan, Motto dan Persembahan Promovendus, Lembar Pernyataan Original Desertasi, Abstrak dan Kata Kunci Desertasi, Ringkasan desertasi., Kata Pengantar Desertasi, Daftar Isi, Daftar Tabel, Daftar Ragaan, Glosary, dan Daftar Isi yang terdiri atas :

Bab I Pendahuluan, yang bersisi :

Latar Belakang Masalah; `Permumusan Masalah; Tujuan Penelitian; Kegunaan Penelitian; Kerangka Teori; Kerangka Pemikiran; Metode Penelitian dan Sistematika Penelitian.

Bab II Kajian Pustaka berisi : Kewenangan Pengadilan Agama; Pengertian Perkawinan dan Asas-asas Perkawian; Tujuan Perkawianan; Pengertian Perceraian dan alasannya; Pengerian Cerai Talak; Pengertian Cerai Gugat; Hak-hak Isteri dalam Perkara Cerai Talak dan Cerai Gugat;

Pengertian Mut'ah; Pengerian Nafkah Iddah; Pengertian Nafkah Madliyah; Hukum Acara Yang Berkaku di Peradilan Agama;

Bab III : Pelaksanaan nafkah madliyah, nafkah iddah dan mut'ah dalam perkara perceraian saat ini, berisi pemaparan hasil penelitian baik dari inventarisir putusan-putusan sesuai kasus-kasus maupun pendapat para hakim, pengacara (advokad) maupun para pihak.

Bab IV : Kelemahan-kelemahan pelaksanaan nafkah madliyah, nafkah iddah dan mut'ah dalam perkara perceraian saat ini, berisi hasil analisis peneliti terhadap kasus-kasus yang terkait dengan penelitian, maupun analisis terhadap pendapat para hakim, pengacara (advokad) maupun para pihak berperkara.

Bab V : Rekontruksi nafkah madliyah, nafkah iddah dan mut'ah dalam perkara perceraian berbasis nilai keadilan, berisi maslahat dan manfaat penemuan hukum baru yang merupakan teori hukum kasus untuk diterapkan dalam perkara cerai talak maupun cerai gugat dalam perkara perceraian terkait nafkah madliyah, nafkah iddah dan mut'ah.

Bab VI :Penutup, berisi Kesimpulan dan Saran serta Implikasi kajian disertasi.

J. Orisinalitas Penelitian

No	Penyusun Disertasi	Judul Disertasi	Kesimpulan	Kebaruan Penelitian Promevendus
1	<i>Asniar Khumas</i>	<i>Model Penjelasan Intensi Cerai Perempuan</i>	<i>Intensi Cerai dipengaruhi oleh daya tarik negatif (KDRT, ketidaksetiaan, dan tanggung jawab).</i>	<i>Faktor yang mempengaruhi Alasan perceraian</i>

2	<i>. H. Imron Rosyadi,</i>	<i>Perlindungan Hak-Hak Perempuan Pasca Perceraian Di Indonesia (Studi Terhadap Putusan Pengadilan Agama Se-Provinsi Kepulauan Riau Dalam Menerapkan Pasal 149 KHI)</i>	<i>Epektifitas Pasal 149 KHI belum seluruhnya diterapkan oleh Hakim se Kep. Riau</i>	<i>Membangun Penerapan Pasal 149 KHI tidak Epektif</i>
---	----------------------------	---	--	--